

Sygn. akt: KIO 822/24

WYROK

Warszawa, dnia 5.04.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 25.03.2024 r. i 3.04.2024 r. w Warszawie z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2024 r. przez Odwołującego: **Proexe Sp. z o.o. z/s w Warszawie** (ul. Koszykowa 61B, 00667 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Filmoteka Narodowa – Instytut Audiowizualny z/s w Warszawie** (ul. Wałbrzyska 3/5 02739 Warszawa),

- przy udziale uczestnika po stronie Odwołującego: **INSYS VIDEO TECHNOLOGIES CO. Sp. z o.o. z/s w Poznań** (ul. PL. Wiosny Ludów 2, 61-831 Poznań);

- przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego: **Redge Technologies Sp. z o.o. z/s w Warszawie** (ul. Ostrobramska 86, 04-163 Warszawa),

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego: **Proexe Sp. z o.o. z/s w Warszawie** (ul. Koszykowa 61B, 00667 Warszawa) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów poniesionych przez Zamawiającego;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

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.

.....

Sygn. akt: KIO 822/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2024 r. przez wykonawcę: Proexe Sp. z o.o. z/s w Warszawie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Filmoteka Narodowa – Instytut Audiowizualny z/s w Warszawie. Przedmiotem zamówienia publicznego jest: „„Wykonanie i utrzymanie serwisu Ninateka.pl wraz z aplikacjami mobilnymi i Smart TV”. Numer referencyjny: 1/2024; Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE nr 74846-2024 z dnia 05.02.2024 r. Wykonawca podał, że (...) *zaskarża czynność Zamawiającego wykonaną w dniu 07 marca 2024 roku polegającą na udzieleniu odpowiedzi nr 24 i 25 na wnioski o wyjaśnienie Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”) oraz stanowiącą konsekwencję tychże odpowiedzi modyfikację SWZ – tj. Załącznika nr 1 Opis Przedmiotu Zamówienia, rozdziału Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia pkt 5 - Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”) – zmienionego dnia 7 marca 2024 roku przez Filmotekę Narodową – Instytut Audiowizualny (dalej jako „Zamawiający”) i polegającą na wprowadzeniu dodatkowych wymogów w zakresie technologii zabezpieczania treści video technologią znaku wodnego (odpowiedzi Zamawiającego na pytania Nr 24 i 25 udzielone w dniu 07 marca 2024 r. pismem znak DI-ZPP.261.1(3).2024)”. Dalej podał, że zmianom w treści dokumentów Postępowania dokonany przez Zamawiającego zarzuca naruszenie:*

1.art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję, tj. opis, który charakteryzuje rozwiązania dostarczane przez konkretnego wykonawcę, a które nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia.

2.art. 143 ust. 5 w zw. z art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez dokonanie istotnej zmiany SWZ i niezagwarantowanie wykonawcom adekwatnego czasu na zapoznanie się z przedmiotową zmianą oraz poszukiwania i pozyskanie do współpracy dostawców dysponujących technologią znaku wodnego spełniającą dodatkowe wymogi narzucone przez Zamawiającego w dniu 07 marca 2024 r., a w konsekwencji, uniemożliwienie

potencjalnym wykonawcom rzetelnej kalkulacji całości kosztów wykonania Zamówienia oraz określenie ceny ofertowej, co skutkuje nieuzasadnionym ograniczeniem możliwości przygotowania i złożenia ofert w Postępowaniu przez wykonawców nieposiadających w swoim produkcie funkcjonalności spełniających dodatkowe wymogi podane przez Zamawiającego w dniu 07 marca 2024 r., a co za tym idzie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję,

3.art. 99 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wewnętrznie sprzeczny, niejednoznaczny i niewyczerpujący, co skutkuje ustanowieniem przez Zamawiającego wymagań technicznie niemożliwych do spełnienia przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższymi wskazanymi zarzutami wniósł o:

- 1.merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej jako „KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
- 2.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
- 3.nakazanie Zamawiającemu uchylenie odpowiedzi na pytanie nr 24 i 25 oraz unieważnienie w tym zakresie zmian SWZ wprowadzonych przez Zamawiającego w dniu 07 marca 2024 r. w odniesieniu do pkt 5 Załącznika nr 1 do SWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia, rozdział pn. Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, jak również, nakazanie Zamawiającemu przywrócenia pierwotnego brzmienia pkt 5 Załącznika nr 1 do SWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia, rozdział pn. Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia oraz pozostałych w zakresie wymagań dotyczących zabezpieczenia treści wideo technologią znaku wodnego, w tym, dopuszczenie zastosowania technologii znaku wodnego na poziomie odtwarzacza,
- 4.ewentualnie, z ostrożności - nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania treści SWZ w zakresie wymagań stawianych funkcjonalności zabezpieczenia materiałów Zamawiającego technologią znaku wodnego umieszczonego w strumieniu wideo i ustanowienie ich na możliwym do realizacji poziomie technicznym oraz nakazanie Zamawiającemu wydłużenia terminu do składania ofert o czas co najmniej 30 – dni – co w uzasadnionym przekonaniu Odwołującego jest konieczne do zagwarantowanie wykonawcom odpowiedniego terminu na przygotowanie ofert tak, aby pozostali wykonawcy zainteresowani ubieganiem się o Zamówienie mieli realną możliwość uwzględnienia wpływu zmiany SWZ z dnia 07 marca 2024 r. na przygotowywane oferty,
- 5.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

WYMAGANIA FORMALNE ODWOŁANIA

I.

W związku z faktem, że wartość przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem przekracza wartość progów unijnych, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 PZP odwołanie wobec czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o zaskarżonej czynności Zamawiającego. Odpowiedź na pytanie nr 25 oraz zmiana treści SWZ, której dotyczy niniejsze odwołanie, opublikowana została przez Zamawiającego dnia 7 marca 2024 roku. W ramach zmiany SWZ, o której mowa powyżej Zamawiający wprowadził dodatkowe wymogi, które nie zostały przewidziane na etapie publikacji ogłoszenia o postępowaniu w dniu 05 lutego 2024 roku. W pierwotnej treści SWZ, Zamawiający przewidział bowiem jedynie, iż dostarczony w ramach zamówienia serwis internetowy powinien umożliwiać zabezpieczenie treści wideo technologią znaku wodnego (pkt 5 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia Załącznik nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia), pozostawiając dobór technologii znaku wodnego wykonawcom zamówienia tj. dopuszczając zarówno zastosowanie znaku wodnego na poziomie odtwarzacza treści video, jak i zastosowanie znaku wodnego w strumieniu video.

Dowód: SWZ (w aktach Postępowania);

Na skutek dokonanej dnia 7 marca 2024 roku modyfikacji treści SWZ Zamawiający wprowadził ograniczenie dotyczące rodzaju technologii przy pomocy, której zrealizowany ma być wymóg zabezpieczenia treści wideo technologią znaku wodnego, nakładając wymóg wykorzystania w tym celu technologii, która umieści znak wodny bezpośrednio w strumieniu wideo. Jednocześnie Zamawiający wprost wykluczył zastosowanie rozwiązania w postaci zastosowania znaku wodnego na poziomie odtwarzacza treści video: „Znak wodny na poziomie odtwarzacza nie zostanie uznany za prawidłową formę zabezpieczenia.”

Dowód: zmieniona treść SWZ (w aktach Postępowania);

Wskazuję że, zarzuty podnoszone przez Odwołującego w niniejszym odwołaniu związane są wyłącznie z nowymi wymogami przewidzianymi przez Zamawiającego, o których mowa powyżej, w związku z czym, przed dokonaniem modyfikacji SWZ przez Zamawiającego w dniu 07 marca 2024 roku podniesienie zarzutów objętych niniejszym

odwołaniem było niemożliwe.

Mając na uwadze powyższe, dokonanie przez Zamawiającego zmiany SWZ we wskazanym powyżej zakresie należy uznać za nową czynność w Postępowaniu, na którą przysługują wykonawcy środki ochrony prawnej. Początek biegu terminu na wniesienie odwołania należy więc liczyć od dnia 7 marca 2024 roku, a co za tym idzie, niniejsze odwołanie zostało wniesione w wymaganym przepisami PZP terminie 10 dni.

II.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, ponieważ spełnione zostały przesłanki określone w art. 505 ust. 1 PZP.

Zgodnie z wykładnią art. 505 ust. 1 PZP powszechnie przyjętą w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej „w przypadku odwołania wniesionego na podstawie art. 513 pkt 3) PZP odwołanie może wnieść wykonawca, który wykaże, że oferując na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług, które stanowią przedmiot zamówienia, a także wykaże, że ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie przepisów PZP” (tak: M. Jaworska w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. M.J., D.G., J.J., A.M., C.H. Beck, 2021, potakże: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lutego 2022 r. KIO 153/22).

Odwołujący jednym z wiodących dostawców usług stanowiących przedmiot Postępowania i posiada niezbędne zasoby niezbędne do realizacji usług na rzecz Zamawiającemu.

Odwołujący aktywnie konkuruje również z innymi wykonawcami (w szczególności Redge Technologies sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie) na rynku usług VOD, transmisji wideo live oraz CDN zarówno w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, jak i na rynku komercyjnym.

Dowód: *informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu organizowanym przez Kancelarię Sejmu pn. „Usługa udostępniania w sieci Internet transmisji w wydarzeń w Sejmie oraz innych lokalizacjach nieobjętych zasięgiem sieci LAN Zamawiającego (załącznik nr 4), informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu prowadzonym przez Kancelarię Senatu na świadczenie usługi transmisji audio-video w Internecie oraz unowocześnieniu infrastruktury transmisyjnej (załącznik nr 5), wynik postępowania prowadzonego przez Wytwórnice Filmów Dokumentalnych i Fabularnych pn. Usługa hostingu i dystrybucji treści multimedialnych dla platformy streamingowej Zamawiającego (35mm.online) w ramach projektu nr POPC.02.03.02-000015/18-00 (załącznik nr 6), wynik postępowania prowadzonego przez Centrum Kultury Filmowej im. A.W. pn. Dostawa, uruchomienie oraz utrzymanie Platformy „VOD Warszawa” wraz z aplikacjami (załącznik nr 7), informacja z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez Telewizja Polska S.A. na zakup oprogramowania umożliwiającego wdrożenie systemu rejestracji kanałów LIVE (załącznik nr 8), informacja prasowa o zmianie dostawcy usług CDN Vectra S.A. znajdująca się na stronie internetowej (załącznik nr 9);*

Odwołujący wskazuje, że wprowadzone przez Zamawiającego do SWZ, dodatkowe wymogi co do zabezpieczenia strumienia technologią znaku wodnego, które ma realizować dostarczony w ramach zamówienia produkt, są zaawansowanymi technologicznie rozwiązaniami, które nie są oferowane przez podmioty funkcjonujące na rynku polskim (poza Redge Technologies sp. z o.o. – z wykorzystaniem rozwiązania Spółki zależnej wobec Redge Technologies sp. z o.o.), a ich pozyskanie przez innych wykonawców oraz ponowne skalkulowanie ceny ofert wymaga znacznych nakładów czasu oraz zaangażowania podmiotów z zagranicy oferujących tego typu rozwiązania, znacznie przekraczających czas pozostawiony wykonawcom w tym zakresie przez Zamawiającego (od zmiany SWZ 07 marca do dnia składania ofert 13 marca). Termin wprowadzenia przez Zamawiającego w/wym. zmiany SWZ, abstrahując już od racjonalności i proporcjonalności wprowadzonego wymogu, uniemożliwia innym wykonawcom realny udział i złożenie rzetelnej oferty w niniejszym Postępowaniu.

Stąd też, Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z udzieleniem zamówienia, o którego uzyskanie Odwołujący mógłby się ubiegać z większym powodzeniem w przypadku

pozostawienia wykonawcom dowolności w zakresie wykorzystanej technologii zabezpieczenia treści wideo technologią znaku wodnego, przewidzianej pierwotnie przez Zamawiającego, lub

zagwarantowania wykonawcom wystarczającego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ oraz dostosowanie oferowanych rozwiązań do nowych oczekiwań Zamawiającego.

Wobec powyższego uznać należy, iż Odwołujący spełnia przesłanki z art. 505 ust. 1 PZP uprawniające do wniesienia odwołania.

III.

Odwołujący informuje, że zgodnie z dyspozycją art. 516 ust. 2 pkt 1 PZP wpis od odwołania w kwocie 15.000,00 złotych został uiszczony przed upływem terminu na wniesienie odwołania, a dowód uiszczenia wpisu jest załączony do odwołania.

W uzasadnieniu stanowiska podał:

I.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie i utrzymanie serwisu Ninateka.pl wraz z aplikacjami mobilnymi i Smart TV”.

W dokumentacji Postępowania Zamawiający przewidział, iż dostarczony w ramach zamówienia serwis internetowy powinien umożliwiać zabezpieczenie treści wideo technologią znaku wodnego – pozostawiając wykonawcom dowolność w zakresie sposobu realizacji tego wymagania (Załącznik nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia, rozdział Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia pkt

5).

W udzielonej w dniu 07 marca 2024 roku odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców o wyjaśnienie treści SWZ, (...) czy *Zamawiający* *uzna warunek znakowania materiałów znakiem wodnym jako spełniony w sytuacji, gdy znak wodny osadzony zostanie na poziomie odtwarzacza (player) i będzie widoczny dla użytkownika końcowego?*”, Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

„Znak wodny na poziomie odtwarzacza nie zostanie uznany za prawidłową formę zabezpieczenia. Jako znak wodny rozumiemy technologię, która umieści znak wodny bezpośrednio w strumieniu, nie będzie widoczna z poziomu odtwarzacza (player) dla użytkownika odtwarzającego zabezpieczoną pozycję wideo. Ponadto uznajemy za skuteczną taką formę zabezpieczenia znakiem wodnym, gdzie po przekodowaniu materiału nadal będzie możliwa identyfikacja użytkownika na podstawie znaku wodnego. Ponadto zabezpieczenie znakiem wodnym powinno być unikalne dla każdego użytkownika oraz odporne na wszelkie odkształcenia.”.

W ślad za przytoczoną powyżej odpowiedzi, Zamawiający dokonał zmiany SWZ i wprowadził ograniczenie dotyczące rodzaju technologii przy pomocy, której zrealizowany ma być wymóg zabezpieczenia treści wideo technologią znaku wodnego, nakładając wymóg wykorzystania w tym celu technologii, która umieści znak wodny bezpośrednio w strumieniu wideo tj. technologii, którą wedle najlepszej wiedzy Odwołującego na rynku polskim oferuje tylko jeden wykonawca - VESTIGIT Sp. z o.o. (KRS: 0000734359), a więc, podmiot zależny od Spółki, która wedle najlepszej wiedzy Odwołującego jest dotychczasowym dostawcą usług utrzymania serwisu Zamawiającego - Redge Technologies sp. z o.o.

W ocenie Odwołującego wprowadzone przez Zamawiającego dodatkowe wymaganie jest nieprecyzyjne, sformułowane zostało wadliwie, a także jest wymogiem nieproporcjonalnym biorąc pod uwagę potrzeby Zamawiającego.

Co więcej, z uwagi na krótki termin dzielący wprowadzenie nowego wymagania oraz termin składania ofert, wymaganie to powoduje ograniczenie konkurencji w postępowaniu, uniemożliwiając realny udział i złożenie oferty w Postępowaniu podmiotom, które na dzień zmiany SWZ nie posiadają w swoim produkcie funkcjonalności wymaganej przez Zamawiającego, a którą podmioty te byłyby w stanie pozyskać od zewnętrznych dostawców, gdyby przedmiotowe wymaganie znalazło się w SWZ od początku Postępowania.

II.

Odwołujący wskazuje, że funkcjonalność, którą Zamawiający przewidział w SWZ zmienionym dnia 7 marca 2024 roku w postaci rozwiązania nakazującego umieszczenie znaku wodnego bezpośrednio w strumieniu video, jest skomplikowaną technologią, dostarczaną wyłącznie przez wyspecjalizowane firmy.

Według wiedzy Odwołującego na polskim rynku nie występują firmy, które oferują własne platformy VOD i jednocześnie świadczą usługi zabezpieczania treści udostępnianych na takich platformach w technologii wprowadzonej przez Zamawiającego do treści SWZ w dniu 07 marca 2024 roku. Co więcej sam dostęp rozwiązań umożliwiających umieszczanie znaku wodnego w strumieniu jest na rynku polskim utrudniony i wymaga podjęcia przez wykonawców dodatkowych kroków mających na celu pozyskanie zagranicznego podwykonawcy/konsorcjanta, aby móc zrealizować oczekiwania Zamawiającego w tym zakresie.

Odwołujący wskazuje, że według jego najlepszej wiedzy jedynym podmiotem mającym na dzień dzisiejszy w Polsce dostęp do wymaganej przez Zamawiającego technologii jest spółka Redge Technologies sp. z o.o. będąca bezpośrednim konkurentem Odwołującego na rynku VOD, OTT i CDN, posiadająca większość udziałów w spółce VESIGIT sp. z o.o. rozwijającej tego typu rozwiązania.

Dowód: korespondencja mailowa z firmą Hawe Telekom S.A. w restrukturyzacji (załącznik nr 10);

Należy podkreślić, że funkcjonalność, której wdrożenia oczekuje Zamawiający, nie jest powszechnie wykorzystywanym rozwiązaniem wśród zamawiających publicznych – nie była dotąd wykorzystywana również w serwisie Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, wykonawcy planujący wziąć udział w Postępowaniu nie mieli podstaw do przewidywania, iż formułując wymaganie w postaci możliwości oznaczania materiałów wideo znakiem wodnym, Zamawiający oczekuje tej konkretnej, zaawansowanej technologii – taki wymóg nie wynikał bowiem z pierwotnej treści pkt 5 Załącznika nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia, rozdział Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia.

Dowód: *Opis Przedmiotu Zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Wytwórnice Filmów Dokumentalnych i Fabularnych pn. Usługa hostingu i dystrybucji treści multimedialnych dla platformy streamingowej Zamawiającego*

(35mm.online) w ramach projektu nr POPC.02.03.02-000015/18-00 (załącznik nr 11), Opis Przedmiotu Zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Kultury Filmowej im. A.W. pn. Dostawa, uruchomienie oraz utrzymanie Platformy „VOD Warszawa” wraz z aplikacjami (załącznik nr 12), Opis Przedmiotu Zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Telewizja Polska S.A. na zakup oprogramowania umożliwiającego wdrożenie systemu rejestracji kanałów LIVE (załącznik nr 13), Opis Przedmiotu Zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Filmotekę Narodową – Instytut Audiowizualny w 2020 roku (załącznik nr 14);

W uzasadnionym przekonaniu Odwołującego, Zamawiający wprowadzając wyżej wskazane wymogi dotyczące technologii wykorzystywanej do oznaczania materiałów Zamawiającego znakiem wodnym naruszył zasadę proporcjonalności przewidzianą przez przepisy PZP. Biorąc pod uwagę charakter treści udostępnianych za pośrednictwem serwisu Ninateka.pl, należy zwrócić uwagę, że nie są to treści cieszące się szerokim zainteresowaniem publiczności, nie są więc narażone na podwyższone prawdopodobieństwo ataków i kradzieży strumienia. Co więcej zamieszczane w serwisie Ninateka.pl treści w większości udostępniane są bezpłatnie, a ponadto istotna część takich treści jest dostępna także w innych mediach, co również w ocenie Wykonawcy obniża prawdopodobieństwo takich ataków i kradzieży, na które narażone są przede wszystkim treści o większym istotnym komercyjnym.

Wymaganie Zamawiającego co do stopnia zaawansowania technologii mającej na celu ochronę udostępnianych w serwisie Ninateka.pl materiałów stanowi więc rozwiązanie nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę, że Zamawiający formułując wymagania odnośnie do zabezpieczenia materiałów wskazał tę konkretną, wymagającą i zaawansowaną technologię, którą dysponuje wyłącznie jeden podmiot funkcjonujący na polskim rynku oraz nie dopuścił zastosowania innych sposobów zabezpieczenia materiałów (bardziej adekwatnych do ich wartości i popularności), należy uznać iż w sposób nieuzasadniony ograniczył on konkurencyjność postępowania.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej (...) KIO 534/22, (...) – *Zachowanie uczciwej konkurencji nie oznacza konieczności zapewnienia przez Zamawiającego takich warunków postępowania i opisu przedmiotu zamówienia, aby każdy podmiot dystrybuujący dane urządzenie miał możliwość złożenia oferty. Każde z wymagań zamawiającego może w większym lub mniejszym stopniu ograniczyć konkurencję; jednak tak długo, jak wymagania te są podyktowane obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a ich celem nie jest jedynie zawężenie kręgu wykonawców mogących je wykonać, zamawiający jest uprawniony do ich sformułowania.*

W tym zakresie warto przytoczyć również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (...) KIO 1322/21, (...), w którym stwierdzono, że - *zachowanie zasady proporcjonalności przy określaniu warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do konkretnych warunków danego zamówienia, w tym w szczególności - wartości zamówienia, charakterystyki i specyfiki przedmiotu zamówienia, zakresu zamówienia, stopnia jego złożoności oraz warunków realizacji.*

Warunki udziału powinny być określone na minimalnym poziomie, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie, tj. w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ.

Niezależnie od powyższego, pozyskanie przez wykonawców zewnętrznego dostawcy funkcjonalności umożliwiającej umieszczanie znaku wodnego w strumieniu video oraz zintegrowanie tego rozwiązania z oferowanym standardowo produktem wymaga szeregu działań po stronie wykonawców, które z całą pewnością nie są możliwe do realizacji w terminie 3 dni roboczych, które Zamawiający dał wykonawcom na zapoznanie się z dokonanymi w SWZ zmianami oraz ocenę ich skutków. Odwołujący w tak krótkim czasie nie jest w stanie uzyskać nawet ofert od dostawców takiego rozwiązania pozwalających na rzetelne skalkulowanie ceny całej usługi będącej przedmiotem Postępowania, nie wspominając o kwestiach związanych z wykonaniem integracji, chociażby wstępnym określeniem harmonogramu przeprowadzenia testów itd.

Odwołujący wskazuje, że w normalnym toku zdarzeń, tj. gdyby Zamawiający przewidział w pierwotnej treści SWZ szczegółowe wymagania dotyczące sposobu zabezpieczenia materiałów wideo znakiem wodnym, wykonawcy mieliby na przeprowadzenie całego procesu pozyskania zewnętrznego dostawcy tego zabezpieczenia, oceny możliwości integracji oraz ceny pozyskania takiej technologii na potrzeby niniejszego postępowania ok. 35 dni (art. 138 PZP), co w przypadku Odwołującego byłoby wystarczającym terminem na pozyskanie ofert od zewnętrznego dostawcy rozwiązania, ocenę możliwości implementacji go w produkcie Odwołującego, określenie harmonogramu niezbędnych testów, a w przede wszystkim rzetelne skalkulowanie oferowanej Zamawiającemu ceny.

Przekazanie wykonawcom informacji o oczekiwanych funkcjonalnościach systemu zabezpieczenia znakiem wodnym dopiero w dniu 07 marca br. powoduje, że podmioty, które nie dysponowały taką technologią na dzień dokonania zmiany SWZ zostały w praktyce wykluczone przez Zamawiającego z możliwości skutecznego wzięcia udziału w Postępowaniu.

Powyższe, biorąc pod uwagę pozostałe wymagania SWZ m.in. w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej – Rozdział V pkt 4 lit a) SWZ: „Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich

trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie przynajmniej jedno zamówienie (w ramach jednej umowy) na wdrożenie serwisu VOD o charakterze ogólnopolskim i jego utrzymanie i hosting na kwotę minimum 1 000 000,00 (słownie: jeden milion złotych 00/100) zł brutto” uznać należy za działanie naruszające konkurencyjny przebieg tego Postępowania.

Powyższe w konsekwencji powoduje, iż krąg potencjalnych wykonawców, który mogą wziąć udział w Postępowaniu został zawężony praktycznie do jednego podmiotu – Redge Technologies sp. z o.o.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem – „Prawidłowe określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem, ale i prawem Zamawiającego. Określenie przedmiotu zamówienia powinno być poparte obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego. Ograniczenie w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia wskazuje norma ustawy p.z.p., która zakazuje takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję poprzez użycie takich sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiają im złożenie oferty.

Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia.” (tak: KIO Wyrok KIO KIO/UZP 434/09...)

„Dodatkowo należy wskazać, że naruszeniem zasady *uczciwej konkurencji* jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia, które powoduje, że wymagania zamawiającego spełni tylko *jeden* konkretny produkt lub wykonawca, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byłiby w stanie wykonać dane zamówienie.

Skonkretyzowane, obiektywne potrzeby zamawiającego mogą wprawdzie usprawiedliwić utrudnienie *uczciwej konkurencji* przy opisie przedmiotu zamówienia, ale nie może to prowadzić do sytuacji, gdy następuje to w celu preferowania określonego wykonawcy i naruszenia zasad *konkurencji*, ale w celu uzyskania produktu najbardziej odpowiadającego jego potrzebom.” (tak: Wyrok KIO .. KIO 248/22, ...)

Mając na uwadze powyższe, działania Zamawiającego polegające na dokonaniu zmiany SWZ w sposób znacznie rozszerzający zakres wymogów technologicznych dla zamawianego rozwiązania oraz zagwarantowanie wykonawcom jedynie kilku dni na dostosowanie oferowanych przez siebie rozwiązań do oczekiwań Zamawiającego, biorąc pod uwagę charakter, dostępność i stopień skomplikowania technologii, której wdrożenia oczekuje Zamawiający, należy uznać za niezgodne z art. 16 pkt 1 PZP i sprzeczne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

III.

Niezależnie od opisanych powyżej zarzutów dotyczących działań Zamawiającego, Odwołujący wskazuje, iż przewidziane w ramach wprowadzonej w dniu 07 marca 2024 roku zmiany SWZ wymagania co do oczekiwanych przez Zamawiającego funkcjonalności oferowanego produktu opisane zostały przez Zamawiającego w sposób wewnętrznie sprzeczny – jeśli bowiem treść tych wymogów byłaby rozumiana literalnie i egzekwowana przez Zamawiającego w pełnym zakresie, to byłyby one obiektywnie niemożliwe do spełnienia.

Odwołujący wskazuje, że wymaganie umieszczenia w strumieniu znaku wodnego, który nie będzie widoczny z poziomu odtwarzacza (player) dla użytkownika odtwarzającego zabezpieczoną pozycję wideo, a jednocześnie wymaganie zapewnienia, że po przekodowaniu materiału nadal będzie możliwa identyfikacja użytkownika na podstawie znaku wodnego oraz wymaganie, iż zabezpieczenie ma być odporne na wszelkie odkształcenia, jest oczekiwaniem obiektywnie niewykonalnym i przeczy idei rozwiązania, którego dostarczenia wymaga Zamawiający.

W nauce wyróżnia się następujące właściwości znaków wodnych:

Viedostrzegalność (ang. *Imperceptibility*),

Odporność (ang. *Robustness*),

Ładowność (ang. *Payload*),

Odwracalność (ang. *Invertibility*).

Niedostrzegalność

Po osadzeniu znaku wodnego w oryginalnym obrazie, obraz ze znakiem wodnym powinien przypominać obraz oryginalny. Pogorszenie jakości nie powinno być większe. Szczytowy stosunek sygnału do szumu i wskaźnik podobieństwa strukturalnego (SSIM) mierzą podobieństwo między dwoma obrazami, aby pokazać skuteczność osadzania.

Odporność

Zdolność do wytrzymania kompresji, szumu i różnych ataków geometrycznych sprawia, że odporność jest kluczową cechą znaku wodnego. Przy użyciu metryki znormalizowanego współczynnika korelacji (NCC) oceniana jest wydajność

odporności.

Pojemność

*Pojemność znaku wodnego wskazuje ilość bitów na piksel danych zawartych w oryginalnym obrazie. Dobra odporność zostanie osiągnięta dzięki osadzeniu dużej ilości danych, a także zapewnia że ładunek osadzania powinien być mniejszy niż limit zniekształceń, co nie wpłynie na jakość obrazu. Gdy pojemność ładunku wzrośnie, pojawi się konflikt między jakością znaku wodnego (niepostrzeżalnością) a pojemnością. Jeśli osadzimy dane w wysokiej częstotliwości z mniejszą ładownością, obraz ulegnie mniejszej degradacji, ale będzie mniej odporny; jeśli dane są osadzone w niskiej częstotliwości, wykazują wysoką odporność przy mniejszej niedostrzeżalności. **Zawsze istnieje kompromis między tymi cechami, który jest uważany za otwartą kwestię w znaku wodnym, jak pokazano na rys. 8.** (por. Aberna, P., Agilandeewari, L. *Digital image and video watermarking: methodologies, attacks, applications, and future directions. Multimed Tools Appl* 83, 5531–5591 (2024).*

W pierwszej kolejności należy wskazać że, wbrew oczekiwaniu Zamawiającego zgodnie z aktualnym stanem techniki, nie ma możliwości zastosowania zupełnie niewidocznego znaku wodnego. Jedynym dostępnym rozwiązaniem jest zastosowanie znaków niezauważalnych (ang. imperceptible) lub trudno dostrzegalnych.

Co więcej, dane multimedialne mogą być manipulowane przez różne ataki: 1) ataki przetwarzania obrazu, 2) ataki geometryczne i 3) ataki wielokrotne. Dodatkowe ataki związane z wideo to ataki przestrzenne, czasowe lub związane z przetwarzaniem wideo. Na chwilę obecną nie istnieją metody pozwalające na uzyskanie 100% odporności na wszelkie ataki.

Właściwości znaku wodnego zawsze stanowią kompromis pomiędzy jego widocznością, odpornością oraz pojemnością. Zwiększanie jednego z wyżej wskazanych parametrów wiąże się z zmniejszeniem wartości pozostałych. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wprowadzając wymóg dostarczenia funkcjonalności opartej o znak wodny znajdujący się w strumieniu, powinien sprecyzować chociaż w przybliżony sposób parametry, które taki znak powinien spełniać.

Wydajność algorytmu znakowania wodnego mogłaby zostać przez Zamawiającego określona za pomocą różnych wskaźników, takich jak szczytowy stosunek sygnału do szumu (PSNR), średni błąd kwadratowy (MSE), wskaźnik podobieństwa strukturalnego (SSIM), znormalizowany współczynnik korelacji (NCC), współczynnik błędów bitowych (BER), współczynnik korekcji bitów (BCR), współczynnik fałszywych alarmów (FPR), współczynnik fałszywych alarmów negatywnych (FNR), wyuczone podobieństwo percepcyjne plamki obrazu (LPIPS) i tak dalej. Zamawiający nie przewidział jednak żadnego z powyżej wymienionych parametrów dla określenia właściwości oczekiwanego rozwiązania, a poprzestał jedynie na niemożliwych z punktu widzenia technologicznego wytycznych „niewidzialności” oraz „odporności na wszelkie odkształcenia”. Brak wyżej wskazanych zmian w treści SWZ spowoduje, iż zawarta w ramach Postępowania umowa będzie niemożliwa do wykonania, ponieważ ani Odwołujący, ani jakikolwiek inny podmiot nie będzie w stanie dostarczyć Zamawiającemu funkcjonalności w 100% spełniającej wymogi opisane w zmienionym w dniu 07 marca br. pkt 5 Załącznika nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia, rozdział pn. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia.

Należy więc uznać, iż Zamawiający wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 99 ust. 1 PZP nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

IV.

W przekonaniu Odwołującego, czynności Zamawiającego, które zostają zaskarżone w drodze niniejszego odwołania należy osadzić w szerszym kontekście działań Zamawiającego związanych z trybem pozyskiwania usług dotyczących utrzymania portalu Ninatka.pl, które to w ocenie Odwołującego świadczą o uprzywilejowywaniu przez Zamawiającego dotychczasowego dostawcy usług utrzymania serwisu Ninatka.pl w tym zakresie, naruszeniu konkurencyjnego przebiegu postępowania, a także, budzą uzasadnione wątpliwości co do ich zgodności z wymogami Prawa zamówień publicznych.

I tak, jedynie dla przykładu stwierdzić należy, iż treść Specyfikacji Warunków Zamówienia wskazuje, jakoby czas uruchomienia usługi miał dla Zamawiającego bardzo istotne – krytyczne wręcz – znaczenie, ponieważ zgodnie z pkt 1 Rozdziału IV SWZ Zamawiający wymaga, aby „termin uruchomienia nowej usługi ninatka.pl w pełnym zakresie opisanym w Rozdziale III SWZ wynosił maksymalnie 120 dni roboczych.”

Co więcej, zgodnie z pkt 2 ppkt 2) Rozdziału XIV SWZ, Zamawiający zdecydował się przyznać wagę aż 20% kryterium oceny ofert właśnie terminowi uruchomienia usługi stanowiącej przedmiot postępowania.

Powyższe z jednej strony świadczy o niekonsekwencji Zamawiającego, ponieważ dotychczas jego działania nie wskazywały na pośpiech w uruchomieniu konkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia na wykonanie i utrzymanie serwisu Ninatka.pl.

Ostatnie zamówienie publiczne dotyczące utrzymania takiej usługi udzielone zostało przez Zamawiającego w 2020 roku na okres 12 miesięcy. Mimo tego, zgodnie z informacjami pozyskanymi przez Odwołującego od Zamawiającego (o czym szerzej poniżej), Zamawiający nadal korzystał z usług wykonawcy wyłonionego w wyniku zamówienia udzielonego w 2020 roku (względnie – podwykonawcy takiego wykonawcy), w okolicznościach, których zgodność z wymogami PZP budzi uzasadnione wątpliwości Odwołującego.

Z drugiej strony – takie działanie jednoznacznie faworyzuje dotychczasowego dostawcę tychże usług dla Zamawiającego, albowiem w odróżnieniu od pozostałych potencjalnych wykonawców zamówienia zna on architekturę tego serwisu (Zamawiający w ramach wyjaśnień SWZ z dnia 14.02.2024 r. odmówił udostępnienia innym wykonawcom dokumentacji serwisu stwierdzając, że „Pytanie nie dotyczy treści SWZ, w związku z tym Zamawiający nie udziela odpowiedzi.”).

Co prawda inni wykonawcy ubiegający się o zamówienie mogą stworzyć portal Ninatka.pl od podstaw (wobec braku udostępnienia im architektury dotychczasowego portalu nie mają zresztą innego wyjścia), ale niewątpliwie wpłynie to na konkurencyjność ich ofert, gdyż będą potrzebowali czasu na stworzenie takiego portalu oraz na migrację danych – czego bądź to uniknie, bądź to zrealizuje to w zdecydowanie krótszym czasie, dotychczasowy dostawca tej usługi dla Zamawiającego.

V.

Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z informacjami udostępnionymi Odwołującemu przez Zamawiającego w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej, ostatnim zamówieniem publicznym udzielonym przez Zamawiającego a dotyczącym usług związanych z modernizacją i utrzymaniem serwisu Ninatka.pl było zamówienie udzielone w 2020 roku, na podstawie którego Zamawiający zawarł z dotychczasowym wykonawcą tej usługi umowę znak 927/FINA/2020 – umowa ta zawarta została w dniu 20.11.2020 roku.

Zgodnie z warunkami postępowania z 2020 roku, objęta tym postępowaniem usługa utrzymania serwisu Ninatka.pl miała być świadczona przez 12 miesięcy – w okresie od 31.03.2021 r. do 31.03.2022 r.

Dowód: wniosek o udostępnienie informacji publicznej z dnia 16.11.2023 r. (załącznik nr 15), odpowiedź Zamawiającego z dnia 30.11.2023 r. (załącznik nr 16), Opis Przedmiotu Zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Filmotekę Narodową – Instytut Audiowizualny w 2020 roku (załącznik nr 14);

Co więcej, pomimo, iż objęty udzielonym zamówieniem okres świadczenia usług utrzymania serwisu Ninatka.pl upłynął w dniu 31.03.2022 r., Zamawiający powiadomił Odwołującego, iż nadal korzysta z usług dotychczasowego wykonawcy zamówienia udzielonego w 2020 roku.

Zamawiający przedstawił Odwołującemu wyjaśnienia w tym zakresie, jednakże w ocenie Odwołującego nie zawierają one przekonującego uzasadnienia dla braku wyłonienia wykonawcy takich usług w konkurencyjnym trybie zamówień publicznych przez okres kolejnych 2 lat.

Zamawiający w swoich wyjaśnieniach potwierdził zaś, iż korzysta on z takich usług na podstawie porozumień zawieranych z dotychczasowym wykonawcą zamówienia z 2020 roku – jednakże, porozumienia ta zawierane były na kolejne następującego po sobie okresy a ich wartość – wedle wyjaśnień Zamawiającego – była każdorazowo minimalnie niższa od progu stosowania Prawa zamówień publicznych tj. kwoty 130.000,00 złotych.

Zamawiający poinformował Odwołującego, iż zamawiał usługi utrzymania serwisu Ninatka.pl na podstawie porozumienia z dnia 03.04.2023 roku – którego łączna wartość wynosiła 128 700,00 zł netto, a następnie, na podstawie porozumienia z dnia 03.07.2023 roku – którego łączna wartość wyniosła 129.000 zł netto. Wedle kolejnych wyjaśnień Zamawiającego, pierwsze z tych porozumień dotyczyło usług utrzymania serwisu Ninatka.pl w okresie od 01.04.2022 r. do 31.12.2022 r., kolejne zaś okresu od 01.01.2023 r. do 30.06.2023 r.

Odwołujący ponownie podkreśla, iż wedle wyjaśnień otrzymanych od Zamawiającego, każde z tych porozumień zawarte zostało z dotychczasowym wykonawcą zamówienia z 2020 roku. Ponadto, wedle najlepszej wiedzy Odwołującego, w świadczenie tychże usług – jako dostawca lub podwykonawca dostawcy tychże usług – zaangażowana jest Spółka Redge Technologies sp. z o.o. – a więc podmiot, którego w uzasadnionym przekonaniu Odwołującego uprzywilejowują czynności Zamawiającego zaskarżone niniejszym Odwołaniem.

Dowód: odpowiedź Zamawiającego z dnia 30.11.2023 r. (załącznik nr 16), odpowiedź Zamawiającego z dnia 18.12.2023 r. wraz z poprzedzającym ją ciągiem korespondencji (załącznik nr 17), odpowiedź Zamawiającego z dnia 02.01.2024 r. (załącznik nr 18);

Niejasne jest przy tym, na jakich podstawach prawnych oraz w zamian za jakie wynagrodzenie serwis Ninatka.pl jest utrzymywany w okresie od 01.07.2023 r. do chwili obecnej, ale brak informacji o wyłonieniu takiego wykonawcy w procedurze przetargowej uzasadnia przypuszczenie, iż Zamawiający kolejny raz zdecydował się zamówić takie usługi na kolejny okres czasu w zamian za wynagrodzenie nieznacznie niższe od kwoty 130.000,00 złotych stanowiącej próg stosowania PZP.

Powyższe działania w ocenie Odwołującego mogą wskazywać na dokonywanie przez Zamawiającego, w okresie od 01

kwietnia 2022 roku do chwili obecnej, podziału zamówienia na usługi utrzymania serwisu Ninatka.pl w celu omięcia stosowania przepisów PZP, co stanowiłoby naruszenie art. 29 ust. 2 PZP „Zamawiający nie może dzielić zamówienia na odrębne zamówienia, jeżeli prowadzi to do niestosowania przepisów ustawy (...)” oraz co prowadziło do kontynuowania świadczenia tychże usług przez wykonawcę wyłonionego w wyniku zamówienia z 2020 roku bez uruchomienia konkurencyjnych trybów udzielania zamówień i bez możliwości ubiegania się o to zamówienie innym potencjalnym wykonawcom, zdolnym do jego realizacji.

Taki sam skutek ma zresztą w ocenie Odwołującego kryterium oceny ofert zawarte przez Zamawiającego w pkt 2 ppkt 2) Rozdziału XIV SWZ. Przede wszystkim jednak, w uzasadnionym przekonaniu Odwołującego oceniając czynność Zamawiającego zaskarżoną w drodze niniejszego odwołania nie sposób pominąć właśnie powyższego kontekstu, albowiem odpowiedzi Zamawiającego złożone na wnioski o wyjaśnienie specyfikacji stanowią kolejne działania zaburzające konkurencyjny przebieg postępowania i wyraźnie uprzywilejowujące podmiot, który wedle najlepszej wiedzy Odwołującego pozostaje zaangażowany w realizację usług utrzymania serwisu. O ile bowiem, jak wyjaśniono we wcześniejszych punktach Odwołania, pierwotna treść pkt 5 OPZ nie narzucała wykonawcom ubiegającym się o zamówienie sposobu wykorzystania technologii znaku wodnego, umożliwiając nałożenie tego znaku na poziomie odtwarzacza materiałów, to treść wyjaśnień Zamawiającego z dnia 07.03.2024 r. już wyraźnie taką możliwość przekreśla i wprost nakazuje zastosowanie rozwiązania, którym – wedle najlepszej wiedzy Odwołującego – na rynku polskim dysponuje wyłącznie VESTIGIT Sp. z o.o. (KRS: 0000734359), a więc, podmiot zależny od - Redge Technologies sp. z o.o.

Ponadto, VESTIGIT Sp. z o.o. na opracowanie tej technologii pozyskał pomoc publiczną w wysokości ok. 5.640.701,84 złotych w formie bezzwrotnych dotacji.

Dowód: odpis z KRS VESTIGIT Sp. z o.o. (załącznik nr 19), zestawienie informacji o pomocy publicznej pozyskanej przez VESTIGIT Sp. z o.o. (załącznik nr 20);

Odwołujący wskazuje, iż dla konkurencyjnego przebiegu postępowania optymalne byłoby uchylenie odpowiedzi Zamawiającego udzielonych w dniu 07.03.2024 r. na pytania oznaczone numerami 24 i 25 oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia zmian SWZ wprowadzonych w pkt 5 OPZ w tej samej dacie i w konsekwencji - pozostawienie wyboru zastosowanej technologii znaku wodnego wykonawcy zamówienia (pozostawienie pierwotnej treści pkt 5 OPZ, wykreślenie zmian naniesionych wskutek wyjaśnień SWZ z dnia 07.03.2024 r.), w tym, dopuszczenie zastosowania technologii znaku wodnego na poziomie odtwarzacza, a przynajmniej zagwarantowanie wykonawcom odpowiedniego terminu na pozyskanie wymaganej przez Zamawiającego technologii od zagranicznych dostawców i ponowne rzetelne skalkulowanie ofert składanych Zamawiającemu.

Odwołujący ponownie wskazuje, iż tak wygórowane oczekiwania co do technologii zabezpieczeń, jakie wynikają z odpowiedzi Zamawiającego z dnia 07.03.2024 r. na pytania nr 24 i 25, są przede wszystkim nieuzasadnione jeśli wziąć pod uwagę treści, jakie są i mają być udostępniane za pomocą serwisu Ninatka.pl, a które nie należą do propozycji szczególnie popularnych i budzących powszechne zainteresowanie szerokiej publiczności – a to w właśnie tego typu treści są najbardziej narażone na ataki i kradzieże strumienia. Ponadto, istotna część takich treści jest dostępna nieodpłatnie w innych mediach, co również w ocenie Wykonawcy obniża prawdopodobieństwo takich ataków i kradzieży, na które narażone są przede wszystkim treści o większym potencjale komercyjnym.

Wreszcie, nawet w przypadku uznania, iż oczekiwanie Zamawiającego co do specyfiki i poziomu technologii znaku wodnego, jaka ma zostać zastosowana przez wykonawcę Zamówienia, wyrażone w odpowiedziach na pytania Nr 24 i 25 z dnia 07.03.2024 r. jest uzasadnione, to z całą pewnością Zamawiający wprowadzając tak istotną zmianę specyfikacji w dniu 07.03.2024 r., a jednocześnie wydłużając termin składania ofert wyłącznie do dnia 13.03.2024 r., i tak praktycznie uniemożliwił wykonawcom innym niż dotychczasowy wykonawca utrzymujący serwis Ninatka.pl złożenia rzetelnej oferty na wykonanie tego Zamówienia. Wykonawcom nie dysponującym samodzielnie technologią, co do której Zamawiający określił swoje wymagania dopiero w dniu 07.03.2024 r., pozostawiono bowiem wyłącznie 3 dni robocze na analizę rynku dostawców takich usług znaku wodnego spełniających nowe wymagania zakomunikowane w dniu 07.03.2024 r.

Biorąc zaś pod uwagę, że muszą to być podmioty spoza rynku polskiego, oczywistym jest, iż czas 3 dni roboczych jest niewystarczający do podjęcia dialogu z takimi dostawcami, przekazania im wymogów Zamawiającego, weryfikacji usług dostawców w kontekście takich wymogów, pozyskania od takich dostawców ofert na zastosowanie ich technologii przy realizacji Zamówienia, a także, uwzględnienia warunków handlowych takiej oferty w ofercie wykonawcy, jaka ma zostać złożona w niniejszym postępowaniu.

Także przez wzgląd na powyższe, niniejsze Odwołanie jest konieczne i uzasadnione.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego wykonawca INSYS VIDEO TECHNOLOGIES CO. Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wniósł o uwzględnienie zarzutów odwołania oraz (.3) z uwagi na dokonywanie przez Zamawiającego dalszych czynności w ramach Zamówienia mimo wpływu odwołania, wnosząc o unieważnienie postępowania o udzielenie Zamówienia w całości.” W uzasadnieniu stanowiska podał: (...)

Interes Przystępującego w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego przejawia się w tym, iż Przystępujący, tak samo jak Odwołujący, jest podmiotem zainteresowanym uzyskaniem Zamówienia a czynności i zaniechania Zamawiającego z dnia 07 marca 2024 roku pozbawiły Przystępującego takiej możliwości. Przedmiot działalności Przystępującego jest zgodny z przedmiotem Zamówienia i spełniał on samodzielnie wszystkie warunki określone w dokumentach postępowania o udzielenie Zamówienia – do dnia 07 marca 2024 roku, kiedy to Zamawiający publikując 66 odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie SWZ złożone przez wykonawców w sposób drastyczny zmodyfikował treść SWZ i zawarł w niej nowe istotne wymogi dotyczące usługi, której dotyczy Zamówienie.

Nasza Spółka INSYS VIDEO TECHNOLOGIES CO. Sp. z o.o. specjalizuje się m.in. w usługach związanych z przygotowaniem utrwalonych treści VIDEO - zarówno materiałów tworzonych na żywo i w ramach VOD - do przesyłania strumieniowego oraz ich transmisji do odtwarzacza lub aplikacji, usługami związanymi z zabezpieczeniem treści VIDEO przed nieuprawnionym dostępem (DRM w chmurze), oraz usługami z zakresu CDN (tworzenie prywatnych sieci CDN VIDEO, rozpowszechnianie treści VIDEO w sieci operatora i w Internecie), jak również usługami z zakresu projektowania i wdrażania usług multimedialnych oraz strumieniowego przesyłania VIDEO – przykładowy katalog usług Spółki dostępny jest pod adresem . Przystępujący podjął działania aby ubiegać się o uzyskanie Zamówienia – analizował treść SWZ jak również, zwracał się do Zamawiającego z wnioskami o wyjaśnienie treści Specyfikacji. Tymczasem, Zamawiający dokonując tak istotnych zmian SWZ w dniu 07 marca 2024 roku nie tylko ograniczył konkurencyjny charakter Zamówienia wprowadzając dodatkowe wymogi, które nie występowały w pierwotnym SWZ, ale również, nie wydłużył terminu na składanie ofert w sposób odpowiedni, to jest pozwalający Przystępującemu oraz innym wykonawcom potencjalnie zdolnym do wykonania Zamówienia, na rozsądną analizę zmian SWZ dokonanych w dniu 07 marca 2024 roku, ich wpływu na sposób wykonania Zamówienia, a przede wszystkim – na znalezienia odpowiednich podwykonawców czy konsorcjantów.

W konsekwencji w/w uchybień Zamawiającego, załącznik nr 1 do SWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia, po wprowadzonych w dniu 07 marca 2024 roku modyfikacjach - zawiera zapisy preferujące jednego z potencjalnych wykonawców, a tym samym, pozbawia innych uczestników rynku mających interes w uzyskaniu Zamówienia realnych szans na jego pozyskanie, względnie, co najmniej stawia takich innych wykonawców przed koniecznością dostosowania rozwiązań tych wykonawców do nieuzasadnionych wymogów zawartych w zmienionym Opisie Przedmiotu Zamówienia, które nie są obiektywnie konieczne do uzyskania przez Zamawiającego produktu odpowiadającego celowi Zamówienia, bądź też, wymusza na nich pozyskanie podwykonawców albo konsorcjantów do wykonania Zamówienia, co najprawdopodobniej byłoby możliwe, ale wymagałoby odpowiedniego czasu – natomiast Zamawiający pozostawił na takie działania tylko 3 dni robocze – 8,11 i 12 marca – co jest przedziałem czasu dalece niedostatecznym. Przystępujący podziela w tym zakresie w całości uwagi i rozważania poczynione przez Odwołującego. Wskazać zatem należy, iż działanie Zamawiającego spełnia przesłanki do uznania go za naruszające nie tylko przepisy wskazane przez Odwołującego, ale także wymogi art. 16 pkt 1 i 3 PZP, które wyraźnie wymagają od Zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców – ale także – określenie wymogów co do zamawianych usług w sposób proporcjonalny. Podkreślić należy że - jak zostało przedstawione w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej ... - KIO 126/22, wydanym na tle aktualnie obowiązującego PZP – „zasada konkurencyjności jest jedną z najważniejszych zasad, która obowiązuje na rynku europejskim. Zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia winien nie tylko dokonać opisu przedmiotu zamówienia, w sposób umożliwiający mu uzyskanie spełnienia uzasadnionych potrzeb w tym zakresie, ale także ocenić możliwości rynku, czy tak dokonany opis nie doprowadzi do takiego utrudnienia wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom, iż tylko jeden z nich będzie w stanie sprostać postawionym wymaganiom. Dokonany opis nie może prowadzić do eliminacji wykonawców, którzy są zdolni w sposób należyty wykonać dane zamówienie” (podobnie w wyroku ... KIO 443/16 oraz wyrokuKIO 582/16).

Przystępujący podziela stanowisko przedstawione w odwołaniu, iż Zamawiający poprzez publikację 66 odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie SWZ dopiero w dniu 07 marca 2024 roku, a przede wszystkim, poprzez zawarcie w tych odpowiedziach istotnych modyfikacji pierwotnej SWZ, dopuścił się uchybień polegających na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, ale również, opisując przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący. Zdaniem Przystępującego działania i czynności Zamawiającego podjęte w dniu 07 marca 2024 roku stanowiły naruszenie art. 16 ust. 1 PZP w zakresie wszystkich punktów tego przepisu, choć przede wszystkim co do pkt 1) ust.1. Zasadniczy sprzeciw Przystępującego budzi jednak fakt, że Zamawiający dokonując takich istotnej modyfikacji SWZ w dniu 07 marca 2024 roku nie dał wykonawcom odpowiedniego czasu na analizę możliwości rynkowych oraz pozyskanie do wykonania tego zadania kooperantów – czy to podwykonawców czy konsorcjantów – z udziałem którym możliwe byłoby wypełnienie dodatkowych wymagań zamawiającego dotyczących technologii watermarking czy też CDN. Dlatego też Przystępujący w dniu 08 marca 2024 roku o g. 09.25 skierował do Zamawiającego wniosek o wydłużenie terminu składania ofert co najmniej o tydzień a więc do 20 marca 2024 roku, aby

dać wykonawcom szansę na realną analizę zmian SWZ i odpowiednie przygotowanie oferty. Uwzględnienie tego wniosku zdaniem Przystępującego dawałoby szansę na „uratowanie” postępowania o udzielenie Zamówienia i jeśli nie wyrównanie antykonkurencyjnego wymiaru zmian wprowadzonych do SWZ w dniu 07 marca 2024 roku, to przynajmniej znalezienia rozwiązań rynkowych dla spełnienia wymogów wynikających z tych zmian poprzez pozyskanie kooperantów. Ten wniosek został jednak przez Zamawiającego zignorowany. Z tych względów Przystępujący wystąpił do Zamawiającego z kolejnym wnioskiem 12 marca 2024 roku o g. 11.24, wyraźnie oświadczając, że jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, specjalizuje się w usługach stanowiących jego przedmiot, ale potrzebuje czasu na dostosowanie się do zmian wprowadzonych do SWZ w dniu 07 marca 2024 roku po godzinie 16tej. Obydwie nasze wiadomości do Zamawiającego powinny znajdować się w aktach postępowania – prosimy więc aby Izba wzięła je pod uwagę, gdyż były one racjonalne i stwarzały szansę, z której Zamawiający z przyczyn trudnych do zrozumienia nie skorzystał. Podkreślamy, że nasze kolejne pismo również nie wywołało żadnej adekwatnej reakcji Zamawiającego, co zdaniem Przystępującego jest zadziwiające, ponieważ Zamawiający powinien być zainteresowany tym, aby udział w postępowaniu wzięło możliwie wielu wyspecjalizowanych wykonawców, gdyż dzięki temu oraz konkurencji między nimi, uzyskałby on możliwość nabycia usługi za niższą cenę. Okolicznością potwierdzającą chęć złożenia oferty przez Przystępującego jest wpłacenie przez niego w dniu 12 marca 2023 roku wadium związanym z postępowaniem.

Mając powyższe na uwadze oświadczył, że Przystępujący w całości podziela zastrzeżenia Odwołującego zawarte w odwołaniu co do wadliwości czynności podjętych przez Zamawiającego, popiera podniesione przez Odwołującego zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP oraz wnioski sformułowane w odwołaniu. Biorąc powyższe pod uwagę, skoro Zamawiający nie uwzględnił wniosków ani ze strony Przystępującego ani też odwołującej firmy, konieczne jest unieważnienie postępowania o udzielenie Zamówienia w całości (...)

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 22/03/24) wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego,

2. przeprowadzenie następujących dowodów:

1) przykładowe ogólnodostępne prezentacje dostawców usług watermarkingu:

a) <https://www.verimatrix.com/anti-piracy/watermarking/>

b) <https://irdeto.com/video-entertainment/forensic-watermarking/>

c) <https://dtv.nagra.com/nexguard-forensic-watermarking>

d) <https://castlabs.com/image-watermarking/>

2) przykłady nielegalnego udostępnienia gal "Gromda" w serwisach pirackich, które zostały nieskutecznie zabezpieczone technologią Video Tattoo oraz DRM:

a) <https://zajefajna.com/sport-91/gromda-16-w-imie-zasad-01-03-2024-a-815577/>

b) <https://zajefajna.com/sport-91/gromda-15-podziemny-krag-01-12-2023-a-791591/>

c) <https://exsite.pl/sport/39410-gromda-16-w-imi-zasad-01032024plppv1080pweb-dlx264-dsite.html>

d) <https://exsite.pl/sport/33376-gromda-15-podziemny-kr-g-01122023plppv1080pweb-dlh264-ozw.html>

3) przykłady nielegalnego udostępniania materiałów wideo skradzionych z HBO Max, nieskutecznie zabezpieczonych technologią DRM:

a) <https://exsite.pl/seriale/lt-lektor/>

4) artykuły branżowe przedstawiające konkretne metody nielegalnego nagrywania treści dostarczanych przez popularnego dostawcę VOD - firmę Netflix, zabezpieczonych technologią DRM, co wykazuje jej nieskuteczność:

a) <https://movpilot.com/pl/blog/record-netflix-with-obs/>

b) <https://pl.itopvpn.com/recorder-tips/jak-nagranc-netflix-163>

5) kwestionariusze techniczne pochodzące od producentów dostawców treści wideo, gdzie pytanie o zabezpieczenie znakiem wodnym (zaznaczone w treści) pojawia się w dokumentach już sprzed kilku lat (np. 2018):

a) 2018 FIFA World Cup™ DRM Approval Form CLEAR.doc

b) EMEA Distribution Technology - Checklist v4.doc

c) Questionnaire_technique_studiocanal - 19.07.docx

d) Universal Studios Technical Questionnaire for SD&HD v4.85.docx

3. zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu stanowiska podał:

Zarzuty zawarte w odwołaniu są całkowicie bezpodstawne z niżej wskazanych przyczyn:

1. Wbrew twierdzeniom Skarżącego, Zamawiający nie wprowadził dodatkowych wymogów w zakresie technologii zabezpieczania treści wideo technologią znaku wodnego w odpowiedzi

Zamawiającego na pytania Nr 24 i 25 udzielone w dniu 07 marca 2024 r. pismem znak DIZP.261.1(3).2024, bowiem:

a) W rzeczywistości na gruncie analizowanego postępowania Zamawiający nie wprowadził w zakresie przedmiotu

zamówienia żadnego dodatkowego wymogu, który nie został przewidziany na etapie publikacji ogłoszenia o postępowaniu w dniu 05 lutego 2024 roku. Już w pierwotnej treści SWZ Zamawiający przewidział, że dostarczony w ramach zamówienia serwis internetowy powinien umożliwiać zabezpieczenie treści wideo technologią znaku wodnego (pkt 5 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia Załącznik nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia). Jednocześnie w języku branżowym jako znak wodny rozumie się technologię, która umieści znak wodny bezpośrednio w strumieniu i nie będzie widoczna z poziomu odtwarzacza (playera) dla użytkownika odtwarzającego zabezpieczoną pozycję wideo. Tym samym Zamawiający, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie pozostawił kwestii doboru technologii znaku wodnego wykonawcom zamówienia, ani nie dopuścił zastosowania znaku wodnego na poziomie odtwarzacza treści video.

b)W dalszej konsekwencji oznacza to, że Zamawiający nie dokonał zmiany SWZ i nie wprowadził w drodze odpowiedzi na pytania oferentów ograniczenia dotyczącego rodzaju technologii przy pomocy, której zrealizowany ma być wymóg zabezpieczenia treści wideo technologią znaku wodnego. Powyższy wymóg od samego początku był zawarty w Opisie przedmiotu zamówienia.

2.Wbrew twierdzeniom Skarżącego przewidziane przez Zamawiającego w SWZ wymogi co do zabezpieczenia strumienia technologią znaku wodnego, które ma realizować dostarczony w ramach zamówienia produkt – jakkolwiek są zaawansowanymi technologicznie rozwiązaniami – to jednak są powszechnie oferowane przez podmioty funkcjonujące na rynku europejskim i z łatwością coraz częściej są stosowane także na rynku polskim, a ich pozyskanie przez wykonawców nie wymaga wysiłku ani znacznych nakładów czasu. Tym samym Zamawiający w żaden sposób nie ogranicza wykonawców w zakresie pozyskania skutecznych narzędzi umożliwiających zabezpieczanie strumienia wideo technologią znakowania wodnego. Co więcej Zamawiający nie zna powiązań kapitałowych pomiędzy różnymi podmiotami funkcjonującymi na rynku (co zdaje się sugerować Odwołujący), jednak mimo braku tej wiedzy jest w stanie z łatwością ustalić, że usługi watermarkingu są aktualnie powszechnie dostępne. Wprowadzając do wyszukiwarki Google hasło "Forensic Watermarking video" (termin znany profesjonalnym podmiotom) otrzymujemy bardzo wiele odpowiedzi, gdzie łatwo odnaleźć prezentację usług wiodących dostawców usług watermarkingu, nie tylko polskich, w tym np.:

1.<https://www.verimatrix.com/anti-piracy/watermarking/>

2.<https://irdeto.com/video-entertainment/forensic-watermarking/>

3.<https://dtv.nagra.com/nexguard-forensic-watermarking>

4.<https://castlabs.com/image-watermarking/>

Jednocześnie fakt złożenia oferty przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu wydaje się potwierdzać, że skutecznie znalazł innego, niż wskazany przez siebie w odwołaniu dostawcę usług watermarkingu.

3.Wbrew twierdzeniom Skarżącego termin składania ofert nie uniemożliwiał innym wykonawcom realnego udziału i złożenia rzetelnej oferty w postępowaniu Nr ref.: 1/2024. W szczególności:

a)W dokumentacji postępowania Zamawiający przewidział, iż dostarczony w ramach zamówienia serwis internetowy powinien umożliwiać zabezpieczenie treści wideo technologią znaku wodnego (Załącznik nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia, rozdział Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia pkt 5). W konsekwencji, w świetle wiedzy branżowej w SWZ od samego początku znajdował się wymóg, by znak wodny osadzony był w strumieniu i pozostawał niewidoczny dla użytkownika końcowego. W dalszej konsekwencji na etapie postępowania nie doszło do zmiany przedmiotu zamówienia, co czyni bezzasadnym zarzut Odwołującego, jakoby oferenci zostali zaskoczeni nowymi oczekiwaniami Zamawiającego.

b)Zamawiający opublikował odpowiedzi na 66 zadanych mu pytań. Wychodząc naprzeciw oferentom, Zamawiający udzielił odpowiedzi na zadane mu istotne pytania merytorycznie, niezależnie od tego, że część została zadana po terminie obligującym Zamawiającego do udzielenia odpowiedzi. Zamawiający nie miał wpływu na liczbę zadanych pytań, a liczba udzielonych odpowiedzi świadczy o jego dążności do precyzyjnej komunikacji z oferentami. Należy podkreślić, że 24 z udzielonych odpowiedzi to odpowiedzi odmawiające wprowadzenia zmian proponowanych przez oferentów. Wiele z pozostałych pytań powielalo się co do zakresu przedmiotowego i zostały na nie udzielone odpowiedzi wspólne. Odpowiedzi do pytań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia (dalej: OPZ) w zakresie poruszonym w odwołaniu ograniczyły się do potwierdzenia i wyjaśnienia pojęć wcześniej już tam obecnych (m. in. pojęcia „znaku wodnego”) oraz dotyczyły wprowadzenia kilku ułatwień wnioskowanych przez oferentów (ograniczenie liczby wymaganych w obsłudze starszych przeglądarek internetowych; rozszerzenia listy dopuszczalnych dostawców usług telekomunikacyjnych; wskazanie najpopularniejszych dostawców usług płatności). Zmian tych było łącznie 7 i w związku z nimi przedłużony został termin na składanie ofert o tydzień, tj. do dnia 13.03.2024 roku. Co istotne, ww. zmiany nie są przedmiotem zarzutów Odwołującego.

4.Zamawiający nie miał obowiązku odnieść się do wniosku firmy INSYS (podmiotu przystępującego do procedury odwoławczej) z dnia 8 marca 2024 r., ponieważ wpłynął on po terminie obligującym Zamawiającego do udzielenia

odpowiedzi. Niezależnie od tego, Zamawiający uznał, że zaproponowane powtórne przedłużenie terminu składania ofert jest zbędne i niczym nie uzasadnione.

5. Wymóg postawiony przez Zamawiającego w zakresie technologii znaku wodnego jest racjonalny i proporcjonalny do uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. W szczególności:

a) Pozostawienie wykonawcom dowolności w zakresie wykorzystanej technologii zabezpieczenia treści wideo technologią znaku wodnego rodziłoby ryzyko związane z plagą piractwa i nieuczciwego wykorzystywania treści audiowizualnych. Chodzi tu o kopiowanie treści publikowanych przez nadawców publicznych przez osoby korzystające z rozwiązań programistycznych pozwalających na nagrywanie strumienia i osobną publikację wykonanych w ten sposób nagrań w innych serwisach, w celu uzyskania nienależnych im korzyści. Jak pokazały dotychczasowe doświadczenia Zamawiającego, najbardziej popularne tytuły z zasobów Zamawiającego natychmiast są kopiowane i umieszczone w pirackich mediach ze względu na niedostateczne zabezpieczenia w aktualnym systemie ninateka.pl. Odpowiedzialnością FINA oraz przejawem szacunku dla autorów publikowanych dzieł jest dołożenie należytej staranności, by proceder ten uniemożliwić. Dodatkowo, możliwość zastosowania niewidocznych metod oznaczania materiałów prezentowanych w serwisie VOD jest też warunkiem technicznym sprzedaży praw do odtwarzania przez największych światowych dystrybutorów treści audiowizualnych.

b) Treści udostępniane za pośrednictwem serwisu Ninateka.pl w większości są cennymi, unikalnymi dziełami, a wiele z nich cieszy się szerokim zainteresowaniem publiczności np. „Znachor”, „Rozmowy kontrolowane”, „C.K. Dezerterzy”. Z tego względu zasoby Zamawiającego są narażone na podwyższone prawdopodobieństwo ataków i kradzieży strumienia. Powyższego nie zmienia fakt, że zamieszczane w serwisie Ninateka.pl treści w większości udostępniane są bezpłatnie, a ponadto istotna część takich treści jest dostępna także w innych mediach. Nieodpłatne publikacje nie są bowiem równoznaczne ze zgodą na kopiowanie zasobów Zamawiającego i nielegalne wprowadzanie ich do obrotu w sposób pozostający poza całkowitą kontrolą Zamawiającego.

c) Rynek dostawców rozwiązań informatycznych w ostatnich latach cechuje się dużą konkurencyjnością, co z jednej strony wiąże się z walką oferentów na ceny oferowanych usług (zjawisko pozytywne dla Zamawiającego), z drugiej powoduje, że o zlecenia często konkurują firmy, które nie dysponują właściwą technologią czy zasobami kadrowymi. Biorąc pod uwagę, że FilMOTEKA Narodowa - Instytut Audiowizualny jest instytucją państwową mającą wyznaczać standardy w dziedzinie sztuk audiowizualnych oraz kultury, a serwis ninateka.pl jest jego wizytówką w przestrzeni multimedialnej, w organizacji postępowania należało zwrócić uwagę na konieczność wykazania się odpowiednim doświadczeniem oraz zapleczem przez oferentów, tak by dostarczony przez nich produkt finalny cechowała należyta jakość i niezawodność.

d) Zamawiający - FilMOTEKA Narodowa Instytut Audiowizualny jest instytucją statutowo zobligowaną do opieki nad narodowym i międzynarodowym dziedzictwem audiowizualnym. Statutowa działalność Zamawiającego wymaga także publikacji tego dziedzictwa w przestrzeni Internetu. Będąc jednocześnie opiekunem i publikującym unikalne zasoby audiowizualne w sieci, Zamawiający jest z definicji zobowiązany do skutecznego zabezpieczenia praw własności intelektualnej z nimi związanymi. Jednym z największych problemów związanych z działalnością serwisu ninateka.pl w ostatnich latach był problem piractwa i kopiowania zamieszczonych tam materiałów, a następnie ponownego, nielegalnego ich wykorzystania w sieci. Zjawisko piractwa jest szczególnie niepokojące dla Zamawiającego ze względu na umieszczenie w serwisie ninateka.pl w październiku 2023 r. aż 200 polskich filmów zdigitalizowanych z unikalnych zbiorów FINA w ramach realizacji projektu z Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa, które to filmy natychmiast zaczęły być przedmiotem kradzieży i ponownego wykorzystania. Na dowód tego niepokojącego zjawiska przekazujemy listę 37 filmów z zasobów Zamawiającego, które w ostatnim czasie zostały nielegalnie pobrane z serwisu ninateka.pl, pomimo zastosowania w nich np. zabezpieczeń DRM.

Tytuł filmu	film na youtube
Biały ślad	
Bolek i Lolek (1936) Zwiastun	
Córka Generała Pankatowa (1934)	
Czy Lucyna to dziewczyna?	
Darem Pomorza do Sztokholmu	
Dodek na froncie (1936)	

Doktór Murek (1939)	
Drewniany jeździec - animacja (1964)	
Dwie Joasie (1935)	
Jeśli masz serce bijące (1980)	
Kaktus - animacja (1960)	
Kłamstwo Krystyny (1939) digitalizacja 2023	
Kocha, lubi, szanuje (1934)	
Lis i bocian - animacja kukiełkowa (1949)	
Meir Ezofowicz	
Niedorajda	
Ołowiane żołnierzyki	
Panienka z Poste restante	
Papa się żeni (1936)	
Paweł i Gawęł - animacja (1946)	
Płomienne serca (1937)	
Przeor Kordecki obrońca Częstochowy (1934)	
Przy torze kolejowym (1959)	
Pokój z widokiem na morze 1977, reż J Zaorski	
Sąd królewski - animacja (1964)	
Strachy (1938)	
Szewczyk Dratewka - animacja (1958)	
Szlakiem mew (1938)	
Szpieg (1915)	
Ślimak niecnota - animacja (1951)	
Tatry w Śniegu (1939)	
Wielka Droga (1946)	
Wilno, miasto wspomnień (1936)	
Warszawa dawna i dzisiejsza (1934)	
Wyrok życia (1933)	

Z wędrowek po Warszawie (1932)	
Zapomniana melodia (1938)	

Gdyby w powyższych przypadkach kradzieży serwis ninateka.pl posiadał system znakowania wodnego, możliwym byłoby ustalenie źródła wycieku i właściwe dochodzenie swoich praw. W związku z powyższym, Zamawiający specyfikując nowy system na kolejne 24 miesiące poszukiwał rozwiązań ograniczających do minimum możliwość kradzieży i nieuprawnionego wykorzystania materiałów i umieścił w Opisie przedmiotu zamówienia jednoznaczne wymaganie zastosowania znaku wodnego.

e) Technologia znaku wodnego (ang. Watermarking, Digital Watermarking, Forensic Digital Watermarking) jest pojęciem znanym w branży VOD i nie oznacza techniki nałożenia znaku graficznego w warstwie odtwarzacza (ta funkcjonuje pod nazwą Content Tatro lub Video Tatro). Nanoszenie znacznika na poziomie odtwarzacza jest od dłuższego czasu zabezpieczeniem nieskutecznym, pozwalającym na relatywnie proste obejście z wykorzystaniem ogólnodostępnych narzędzi, najczęściej już przeglądarki internetowej, ponadto w ocenie Zamawiającego nie jest to technika znaku wodnego, który z definicji powinien być niewidoczny dla użytkownika oglądającego treść.

f) Odwołujący domaga się od Zamawiającego zastosowania rozwiązania, które nie jest technologią skutecznie zabezpieczającą strumień wideo. Zamawiający dbając o swój uzasadniony interes i mając świadomość ułomności proponowanego przez Odwołującego się rozwiązania nie może wyrazić na to zgody. Dowodem istnienia potrzeby znakowania wodnego niech będzie poniższy przykład dostępnych gal "Gromda" w serwisach pirackich, zabezpieczonych technologią Video Tatro oraz DRM.

- 1.
- 2.
- 3.
- 4.

Jednocześnie Zamawiający kwestionuje zarzuty Odwołującego mówiące o unikalnym i innowatorskim charakterze zabezpieczeń watermarkingu. W załączeniu przekazujemy powołujące się na nie formularze techniczne od dystrybutorów treści pozostające w dyspozycji eksperta branżowego współpracującego z Zamawiającym: pana Patryka Stachuli, z których wynika, że rozwiązania te są w użyciu branżowym od przynajmniej 2018 r.

g) Zamawiający pragnie raz jeszcze podnieść, że proponowane przez Oferentów w zamian watermarkingu zabezpieczenia DRM przestały już być zabezpieczeniem wystarczającym dla dystrybutora posiadającego unikalne lub w inny sposób wartościowe treści. Istnieją bowiem sposoby łatwego ominięcia takich zabezpieczeń, czego dowodem jest poniższa lista odnośników z serwisów pirackich, umożliwiającą pobranie współczesnych produkcji wideo pochodzących np. z serwisu HBO Max:

1. <https://exsite.pl/serie/lt-lektor/>

Kolejnym dowodem niech będą publikacje internetowe przedstawiające konkretne metody nielegalnego nagrywania treści dostarczanych przez popularnego dostawcę VOD - firmę Netflix:

- 1.
- 2.

6. OPZ nie jest wewnętrznie sprzeczny, niejednoznaczny i niewyczerpujący. W szczególności zarzuty sformułowane w tym zakresie są pozbawione wszelkich przykładów. Tymczasem Zamawiający otrzymał dużą liczbę pytań do dokumentacji postępowania, jednak prawie połowa dotyczyła wniosków o złagodzenie treści umowy, a wnioski te nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego. Problem Odwołującego polega na czymś odwrotnym – w OPZ zapisy są precyzyjne i jednoznaczne, a Zamawiający w swoich odpowiedziach na pytania nie zgodził się na ich dowolną interpretację i modyfikację polegającą na obniżeniu standardu usługi wymaganego od samego początku przez Zamawiającego.

6. Zgodnie z pkt 1 Rozdziału IV SWZ Zamawiający wymaga, aby „termin uruchomienia nowej usługi ninateka.pl w pełnym zakresie opisanym w Rozdziale III SWZ wynosił maksymalnie 120 dni roboczych.”. Ekspert branżowy Zamawiającego – pan P.S., posiadający kilkunastoletnie doświadczenie w obszarze dostarczania i zabezpieczania treści wideo, zdobyte w ramach współpracy m.in. z Telewizją Polską, konsultując czas potrzebny na migrację biblioteki ninateka.pl, powołał się na samodzielnie nadzorowany przez niego projekt realizowany w 2023 roku, którego elementem była migracja ok. 1500 pozycji szyfrowanych DRM z systemu CDN Redge Technologies do systemu CDN TVP S.A w taki sposób, by TVP S.A. oferowała te treści z własnych systemów dystrybucji w postaci zaszyfrowanej własnymi mechanizmami DRM. Operacja odszyfrowania, ponownego zaszyfrowania i przeniesienia do CDN TVP S.A wspomnianej biblioteki zajęła ok. 14 dni i w ocenie ww. biegłego mogłaby zostać nawet znacznie przyspieszona, gdyby istniała wówczas taka potrzeba.

W konsekwencji bezpodstawne są zarzuty naruszenia:

1)art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję, tj. opis, który charakteryzuje rozwiązania dostarczane przez konkretnego wykonawcę, a które nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia.

2)art. 143 ust. 5 w zw. z art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez dokonanie istotnej zmiany SWZ i niezagwarantowanie wykonawcom adekwatnego czasu na zapoznanie się z przedmiotową zmianą oraz poszukiwania i pozyskanie do współpracy dostawców dysponujących technologią znaku wodnego spełniającą dodatkowe wymogi narzucone przez Zamawiającego w dniu 07 marca 2024 r., a w konsekwencji, uniemożliwienie potencjalnym wykonawcom rzetelnej kalkulacji całości kosztów wykonania Zamówienia oraz określenie ceny ofertowej, co skutkuje nieuzasadnionym ograniczeniem możliwości przygotowania i złożenia ofert w Postępowaniu przez wykonawców nieposiadających w swoim produkcie funkcjonalności spełniających dodatkowe wymogi podane przez Zamawiającego w dniu 07 marca 2024 r., a co za tym idzie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję,

3)i art. 99 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wewnętrznie sprzeczny, niejednoznaczny i niewyczerpujący, co skutkuje ustanowieniem przez Zamawiającego wymagań technicznie niemożliwych do spełnienia przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W załącznikach do odpowiedzi wskazał na:

-przykładowe ogólnodostępne prezentacje dostawców usług watermarkingu ze stron:

- a)
- b)
- c)
- d)

-artykuły branżowe przedstawiające konkretne metody nielegalnego nagrywania treści dostarczanych przez popularnego dostawcę VOD - firmę Netflix, zabezpieczonych technologią DRM wydrukowane ze stron:

- a)
- b)

-kwestionariusze techniczne pochodzące od producentów dostawców treści wideo, gdzie pytanie o zabezpieczenie znakiem wodnym (zaznaczone w treści) pojawia się w dokumentach sprzed kilku lat (np. 2018):

- a)2018 FIFA World Cup™ DRM Approval Form CLEAR.doc
- b)EMEA Distribution Technology - Checklist v4.doc
- c)Questionnaire technique studiocanal - 19.07.docx
- d)Universal Studios Technical Questionnaire for SD&HD v4.85.docx

Przystąpienie do postępowania odwoławczego z kolei po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Redge Technologies sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, który wniósł o oddalenie odwołania. Podał: (...) Czynności Zamawiającego, których dotyczą zarzuty Odwołania pozostają w całości zgodne z przepisami Ustawy Prawo Zamówień Publicznych, w konsekwencji wnioski Odwołania są chybione i nie zasługują na uwzględnienie". Dalej wskazał, że: (...) Spółka otrzymała kopię Odwołania w dniu 14.03.2024 r., w związku z czym zachowany został wymagany treścią art. 525 ust. 1 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych, 3 dniowy termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Przystępujący posiada interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje tj. Zamawiającego, który związany jest z faktem, że oferta Spółki jest najkorzystniejszą ofertą w Postępowaniu. Ewentualne uwzględnienia odwołania oraz unieważnienie postępowania miałyby bezpośredni i negatywny skutek na status oferty Przystępującego, co w konsekwencji uniemożliwiłoby realizację zamówienia publicznego przez Przystępującego oraz brak możliwości uzyskania wynagrodzenia za jego realizację. Dodatkowo, interes Przystępującego w przystąpieniu do niniejszego postępowania odwoławczego wyraża się także w tym, że Przystępujący ma możliwość, zgodnie z art. 523 ust 1 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych, złożenia sprzeciwu przeciwko uwzględnieniu zarzutów Odwołania przez Zamawiającego".

W piśmie procesowym z dnia 22 marca 2024 r. wnosząc ponownie o oddalenie odwołania wskazał na następujące okoliczności:

Stan faktyczny:

1.Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Wykonanie i utrzymanie serwisu Ninateka.pl wraz z aplikacjami mobilnymi i Smart TV”, znak sprawy 1/2024 („Postępowanie”) poprzez przesłanie ogłoszenia o zamówieniu do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, po czym dnia 5 lutego 2024 roku – opublikował na stronie internetowej https://fina.logintrade.net/zapytania_email,152846,ec7ef8fcfb19b963d58b814a3ed9b7a6.html dokumenty zamówienia.

2.Przedmiot zamówienia został przez Zamawiającego opisany w rozdziale III Specyfikacji

Warunków Zamówienia („SWZ”). W myśl pkt. 1 rozdziału III, przedmiotem zamówienia

jest wykonanie i utrzymanie serwisu Ninateka.pl wraz z aplikacjami mobilnymi i Smart TV. Na serwis będący przedmiotem zamówienia miały się składać następujące elementy:

- a)strona internetowa Ninateka.pl;

- b) aplikacja mobilna;
- c) aplikacja smart tv;
- d) system zarządzania treścią.

3. W zakresie szczegółów przedmiotu zamówienia, Zamawiający odsyłał potencjalnych wykonawców do treści załącznika numer 1 do SWZ – opisu przedmiotu zamówienia, w którym Zamawiający określił wszystkie elementy dla niego istotne. Zamawiający opisał każdy z elementów wskazanych w pkt. 2. W przypadku strony internetowej Ninatka.pl, Zamawiający wskazał „Serwis internetowy powinien co najmniej odzwierciedlać zakres funkcjonalny Ninatka.pl funkcjonującego w dniu ogłoszenia przetargu uwzględniając w szczególności:

(...) 5. Możliwość zabezpieczania treści wideo technologią znaku wodnego”.

4. Analiza opisu przedmiotu zamówienia opublikowanego w dniu 5 lutego 2024 roku, przez podmiot profesjonalny pozwalała na przyjęcie następujących założeń:

- a) przedmiot zamówienia ma być wykonany zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i składać się z 4 elementów;
- b) serwis internetowy Ninatka.pl ma posiadać zakres funkcjonalności nie gorszy, aniżeli serwis Ninatka.pl w dniu wszczęcia Postępowania;
- c) serwis internetowy musi uwzględniać zabezpieczenie treści wideo technologią znaku wodnego.

5. Konstrukcja opisu przedmiotu zamówienia przyjęta przez Zamawiającego, pozwala na przyjęcie, że uzupełnieniem treści załącznika numer 1 do SWZ jest działający serwis internetowy. Każdy podmiot planujący ubiegać się o to zamówienie podczas analizy funkcjonalności wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia powinien zapoznać się ze sposobem funkcjonowania serwisu Ninatka.pl.

6. Określenie standardu zabezpieczenia plików wideo, który kwestionuje Odwołujący, dla profesjonalisty działającego na rynku było możliwe już dnia 5 lutego 2024 roku. Bowiem po zapoznaniu się z opisem przedmiotu zamówienia, każdy z wykonawców zainteresowanych Postępowaniem, mógł bez jakichkolwiek przeszkód i ograniczeń zapoznać się z funkcjonalnościami Ninatka.pl, w tym sposobem zabezpieczeń dla materiałów audiowizualnych.

7. Otwierając jakikolwiek materiał wideo na stronie Ninatka.pl, osoba nie posiadająca jakiegokolwiek wiedzy technicznej widzi, że materiały zabezpieczone są w sposób niewidoczny dla użytkownika:

8. W konsekwencji, wprowadzenie w serwisie, który zostanie oddany użytkownikom po wykonaniu przedmiotu zamówienia, zabezpieczeń widocznych dla użytkownika, byłoby nieracjonalnym z punktu widzenia Zamawiającego, gdyż takie działanie prowadziło do udostępnienia użytkownikom serwisu o gorszych parametrach technicznych, aniżeli dostępne obecnie. Klóciłoby się to z zasadą efektywności zamówień publicznych oraz racjonalnością działań podmiotów publicznych.

9. Zamawiający dnia 1 marca 2024 roku, opublikował informację o zmianie terminu składania ofert, wyznaczając nowy termin na dzień 8 marca 2024 roku. Następnie dnia 7 marca 2024 roku, Zamawiający ponownie przedłużył termin składania ofert, który po zmianie wyznaczony został na dzień 13 marca 2024 roku. W konsekwencji wykonawcy planujący ubiegać się o zamówienie mieli 34 dni na przygotowanie swoich ofert i pozyskanie podwykonawców, gdyby takie działanie było konieczne.

10. Zamawiający dnia 7 marca 2024 roku, nie tylko zmodyfikował termin składania ofert, ale również udzielił szeregu wyjaśnień SWZ. Podkreślenia jednak wymaga, że Zamawiający odpowiadając na pytania do SWZ, co prawda opublikował 66 pytań i odpowiedzi, jednakże żadna z odpowiedzi nie wpływała w sposób istotny na sposób realizacji przedmiotu zamówienia. Kwestionowane przez Odwołującego odpowiedzi na pytania 24 i 25, stanowią jedynie deskrypcję wymogów, które z łatwością można było zdekodować w oparciu o opis przedmiotu zamówienia oraz dostępny serwis Ninatka.pl. Z opisu przedmiotu zamówienia jednoznacznie wynika, że serwis Ninatka.pl ma mieć możliwość wyświetlania „treści audiowizualnych (vod oraz live)” (pkt 4 ze str. 6 OPZ), które będą zabezpieczone znakiem wodnym (pkt 5 ze str. 6 OPZ) – odpowiedź na pytanie 24 i 25 stanowiły jedynie doprecyzowanie tego, co zostało pierwotnie określone w opisie przedmiotu zamówienia, który uzupełniany był działającym serwisem internetowym.

11. W tych okolicznościach odpowiedzi na pytania z dnia 7 marca 2024 roku nie wprowadzały żadnych nowych wymogów dla przedmiotu zamówienia, a jedynie stanowiły potwierdzenie okoliczności znanych potencjalnym wykonawcom od dnia 5 lutego 2024 roku.

12. Drugą istotną okolicznością jest fakt, że Odwołujący dnia 13 marca 2024 roku przed godziną 11:00 złożył w Postępowaniu ofertę, w której oświadczył, że wykona przedmiot zamówienia w sposób zgodny z treścią SWZ, w tym również z opisem przedmiotu zamówienia. Treść zapewnień złożonych przez Odwołującego w treści oferty przeczy treści odwołania. Przyjmując, że oferta została złożona kilkanaście godzin później, zaś Odwołujący oświadczył w niej, że wykona przedmiot zamówienia w sposób zgodny z wymogami SWZ, pozwala na uznanie, że Odwołujący uchylił się od wcześniejszych oświadczeń, iż pozyskanie oferty podwykonawcy (dostawcy technologii pozwalającej na umieszczenie w treści audiowizualnej znaku wodnego) i skalkulowanie ceny oferty jest niemożliwe w terminie 3 dni - czyniąc zarzuty odwołania bezprzedmiotowymi.

13. W świetle odwołania złożonego w dniu 12 marca 2024 roku po godzinie 20 (podpis na odwołaniu został złożony o godzinie 20:22), potwierdza się teza zawarta w pkt. 12 powyżej, że w chwili składania odwołania - Odwołujący musiał wiedzieć o tym, że za kilkanaście godzinłoży w Postępowaniu ofertę. Wskazuje to na zamiar Odwołującego w postaci próby wywarcia presji, aby Zamawiający przełożył termin składania ofert. Wzmocnieniem tej argumentacji jest to, że Odwołujący w chwili złożenia odwołania nie wniósł wpisu od odwołania, co zostało uczynione dopiero po opublikowaniu informacji z otwarcia ofert i powzięciu przez Odwołującego informacji, że jego oferta jest o ok. 1% droższa od oferty Redge.

14. Działanie Odwołującego wskazuje, że jego główną motywacją do wniesienia odwołania nie było jakiegokolwiek naruszenie prawa przez Zamawiającego, a jedynie próba unieważnienia Postępowania ze względu na cenę jego oferty i klasyfikację oferty w rankingu ofert.

Uzasadnienie:

1. Niespełnianie przesłanek materialnoprawnych korzystania ze środków ochrony prawnej:

1. Skuteczne wniesienie odwołania do Izby, wymaga wykazania, iż ziszczyły się przesłanki formalne dla wniesienia odwołania oraz wykazania przez odwołującego, że ziszczyły się przesłanki materialnoprawne. W myśl przepisu art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych („Pzp”), środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma, lub miał on interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł, lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

2. Odwołujący jest podmiotem działającym na rynku usług audiowizualnych, z którym Redge konkuruje w różnych postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, a co za tym idzie pierwsza przesłanka zawarta w przepisie art. 505 ust. 1 Pzp się ziszcza. Jednak jest to jedyna z przesłanek materialnoprawnych, która została spełniona w stanie faktycznym niniejszej sprawy.

3. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp, które uniemożliwiają wykonawcom realny udział w Postępowaniu. Uzasadniając spełnienie przesłanek materialnoprawnych Odwołujący wskazał „pozyskanie przez innych wykonawców oraz ponowne skalkulowanie ceny ofert wymaga znacznych nakładów czasu oraz zaangażowania podmiotów z zagranicy oferujących tego typu rozwiązania, znacznie przekraczający czas pozostawiony wykonawcom w tym zakresie (od zmiany SWZ 07 marca do dnia składania ofert 13 marca). Termin wprowadzenia przez Zamawiającego w/wym. zmiany SWZ, abstrahując od racjonalności i proporcjonalności wprowadzonego wymogu, uniemożliwia innym wykonawcom realny udział i złożenie rzetelnej oferty w niniejszym Postępowaniu” (str. 4-5 Odwołania). Sekwencja zdarzeń w stanie faktycznym sprawy, wskazuje, że Odwołujący wnosząc odwołanie – wiedział, że następnego dnia rano złoży ofertę w Postępowaniu – a co za tym idzie musiał posiadać już wycenę pochodzącą od potencjalnego podwykonawcy, lub przynajmniej estymacje kosztów wprowadzenia znaku wodnego. Uzasadnienie dla wykazania przesłanki interesu we wniesieniu odwołania – w chwili jego złożenia nie miało oparcia w rzeczywistości, a jedynie miało na celu wywarcie presji na Zamawiającym.

4. Argumenty mające na celu uzasadnienie, że ze względu na działania Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę również nie znajdują potwierdzenia. Odwołujący wskazuje, że może ponieść „szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z udzieleniem zamówienia, o które Odwołujący mógłby się ubiegać z większym powodzeniem w przypadku:

1) pozostawienia wykonawcom dowolności w zakresie wykorzystywanej technologii zabezpieczenia treści wideo technologią znaku wodnego, przewidzianej pierwotnie przez Zamawiającego;

2) zagwarantowania wykonawcom wystarczającego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ oraz dostosowanie oferowanych rozwiązań do nowych oczekiwań Zamawiającego”.

5. Twierdzenia wskazane w pkt. 4, zmierzają do wywołania przeświadczenia Izby, że doszło do zmiany SWZ w drodze odpowiedzi na pytania z dnia 7 marca 2024 roku. Jednakże analiza treści dokumentów zamówienia, potwierdza, że wymogi w zakresie sposobu umieszczania znaku wodnego znane były wykonawcom już w dniu opublikowania dokumentów zamówienia. Po drugie, jak wiadomo, cena oferty Odwołującego jest o ok. 15 tysięcy wyższa od ceny oferty złożonej przez Redge, co stanowi ok. 1% wynagrodzenia Redge. Tak minimalna różnica w cenie potwierdza, że Odwołujący i Redge mogły ze sobą konkurować na równych warunkach przy zastosowaniu tożsamy parametrów przedmiotu zamówienia, które odpowiadały potrzebom Zamawiającego.

6. Odwołujący w dniu 13 marca 2024 roku złożył ofertę w Postępowaniu – działaniem tym potwierdził, że wniesienie odwołania nie służyło usunięciu wad Postępowania w postaci zakłócenia konkurencji, a jedynie miało na celu wymuszenie na Zamawiającym przyjęcia gorszej technologii lub opóźnienia w procedowaniu. W orzecznictwie Izby wskazuje się, że przez interes we wniesieniu odwołania należy rozumieć „ochronę określonego wykonawcy, w danym postępowaniu, ukierunkowanym na uzyskanie przez tego wykonawcę stanu, w którym będzie mógł uzyskać dane zamówienie. Podkreślić raz jeszcze należy, że działanie Odwołującego, nie jest ukierunkowane na zmianę statusu jego oferty w tym postępowaniu o zamówienie, a na jego unieważnienie. W ocenie Izby nie wykazał, że posiada obiektywną

tn. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania określonego rozstrzygnięcia, a tym samym nie wykazał interesu w uzyskaniu danego zamówienia” .

7.W tych okolicznościach, wskazać należy, że czynności Odwołującego potwierdzają, że nie miał on interesu we wniesieniu odwołania, ani też w chwili wnoszenia odwołania nie było ryzyka poniesienia przez niego szkody wynikającej z nienależytego realizowania powinności Zamawiającego w Postępowaniu.

8.Skuteczność wniesienia odwołania, uzależniona jest od wykazania ziszczenia się wszelkich przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. wykazania, że odwołujący: a) ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, b) poniósł lub może ponieść szkodę, c) poniesiona lub możliwa do poniesienia szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów . Niewykazanie ziszczenia się którejkolwiek z przesłanek powinno skutkować oddaleniem odwołania bez konieczności jego merytorycznego rozpoznania .

9.Konstatując, Odwołujący w chwili wniesienia odwołania wiedział, albo co najmniej z bardzo dużą pewnością mógł przewidywać, że za ok. 13-14 godzin od chwili wniesienia odwołania – złoży w Postępowaniu ofertę. Złożenie przez Odwołującego konkurencyjnej względem Redge oferty w Postępowaniu – potwierdza w sposób niebudzący wątpliwości, że przesłanki materialnoprawne dla wniesienia odwołania nie zostały spełnione.

II. *Zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia – naruszenie uczciwej konkurencji (zarzut pierwszy):*

[opisanie przedmiotu zamówienia w sposób charakteryzujący jedno rozwiązanie]

10.Z ostrożności, w przypadku stwierdzenia przez Izbę, że w stanie faktycznym sprawy doszło do ziszczenia się wszystkich przesłanek materialnoprawnych dla wniesienia odwołania, wskazujemy, że zarzut naruszenia przepisów art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp (zarzut pierwszy) jest spóźniony. Opis przedmiotu zamówienia, jak wskazałam w opisie stanu faktycznego dla profesjonalisty działającego na rynku usług audiowizualnych był jasny, jednoznaczny i precyzyjny od dnia opublikowania dokumentów zamówienia. Uszczegółowienie, jakie zostało dokonane przez Zamawiającego w dniu 7 marca 2024 roku, stanowiło jedynie potwierdzenie wymogów sprecyzowanych w oparciu o literalne brzmienie opisu przedmiotu zamówienia i funkcjonalności serwisu Ninatka.pl.

11.Nieprawdą jest również twierdzenie, że opis przedmiotu zamówienia naruszał zasadę uczciwej konkurencji – poprzez zastosowanie rozwiązania technologicznego właściwego dla produktów oferowanych przez Redge. Zgodnie z naszą najlepszą wiedzą, rozwiązania technologiczne umożliwiające opatrzenie znakiem wodnym materiałów audiowizualnych, który jest niewidoczny dla użytkownika – oferuje co najmniej kilka podmiotów na rynku – oprócz wskazanej w odwołaniu VESTGIT spółki z ograniczoną odpowiedzialnością („VESTGIT”), technologią o tej funkcjonalności dysponują następujące podmioty Verimatrix, Irdeto, Nagra, Synamedia, castLabs . Fakt, że część z nich nie ma siedziby w Polsce, nie wyklucza możliwości skorzystania z ich rozwiązania podczas realizacji przedmiotu zamówienia. A co za tym idzie, wykonawcy planujący ubiegać się o zamówienie mogli skorzystać z usług różnych podmiotów, w tym VESTGIT.

12.W tym miejscu, wskazać również należy, że Redge nie posiada żadnej umowy zawartej z VESTGIT, która uniemożliwiałaby pozyskanie właściwej oferty Odwołującemu, czy jakimkolwiek innemu podmiotowi i skorzystanie z tej technologii. Z faktu, że Redge i VESTGIT przynależą do jednej grupy kapitałowej, nie sposób wywieść, jak próbuje to zrobić Odwołujący, że doszło do naruszenia konkurencyjności, gdyż rozwiązanie oferowane przez VESTGIT dostępne jest dla wszystkich zainteresowanych podmiotów, które wystąpią z prośbą o ofertę i zawrą stosowną umowę.

[brak uzasadnienia dla wymogów Zamawiającego]

13.Nie sposób zgodzić się również z drugim twierdzeniem Odwołującego, które miałyby uzasadnić zasadność odwołania. Odwołujący wskazuje, że konieczność opatrzenia materiałów audiowizualnych znakiem wodnym, który jest niewidoczny nie ma uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego.

14.Twierdzenia Odwołującego nie mają poparcia w stanie faktycznym. Po pierwsze, wskazać należy, że celem opatrzenia materiałów audiowizualnych znakiem wodnym jest zapewnienie przestrzegania przepisów z zakresu prawa własności intelektualnej podczas realizacji przez Zamawiającego jego obowiązków statutowych.

15.Do obowiązków statutowych Zamawiającego, które muszą być wykonywane z poszanowaniem praw autorskich przysługującym twórcom, artystom wykonawcom oraz innym podmiotom, w myśl § 3 ust. 2 statutu Zamawiającego należy zaliczyć:

(...)

4) upowszechnianie kultury filmowej, w tym udostępnienia zasoby sztuki filmowej;

6) gromadzenie i archiwizowanie dokumentacji dotyczącej produkcji i rozpowszechnienia filmów;

10) wykorzystywanie nowych technologii (w tym internet) do działań w zakresie promocji kultury i edukacji, w tym filmowej oraz nauki”.

16.Literalne brzmienie statutu wskazuje na potrzebę korzystania podczas działań mających na celu promocję kultury i edukacji filmowej nowych technologii. Konieczność poszanowania praw autorskich wynika z przepisów powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Co więcej, w chwili publikacji przetargu – Zamawiający korzystał z takich form zabezpieczenia materiałów audiowizualnych, które nie utrudniały użytkownikom ich odbioru. Wszystkie te okoliczności,

wskazują na konieczność wprowadzenia do opisu przedmiotu zamówienia, nowoczesnej technologii, która umożliwi udostępnianie użytkownikom dzieł sztuki filmowej w formie co najmniej odpowiadającej obecnie funkcjonującemu serwisowi, tj. bez widocznych zabezpieczeń. W konsekwencji konieczność zastosowania znaku wodnego, który nie będzie widoczny dla użytkowników ma pokrycie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego.

17. Nie można pomijać faktu, że to Zamawiający decyduje o tym, jaki kształt zostanie nadany opisowi przedmiotu zamówienia oraz jakie jego elementy są dla niego istotne. W orzecznictwie Izby wskazuje się, że „jakkolwiek słusznie Odwołujący wskazał, że Zamawiający zobowiązany jest respektować ustawy Pzp, która zakazuje dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, to podkreślenia wymaga, że powyższa norma nie może być równoważona z obowiązkiem wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia uzasadnionych wymagań, które dla wykonawcy mogą stanowić źródło ewentualnych niedogodności. Skład orzekający podziela pogląd wielokrotnie prezentowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż nie narusza przepisów ustawy Pzp sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, który uwzględnia potrzeby zamawiającego, nawet jeżeli utrudnia lub uniemożliwia niektórym podmiotom dostęp do zamówienia. Zamawiający nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Jak wskazano w wyroku z dnia 26 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 1951/21, podstawowym celem zamówień publicznych jest zaspokajanie uzasadnionych potrzeb zamawiającego, a w znaczącej części postępowań również pośrednio zaspokajanie potrzeb szerszej zbiorowości. Wskazany cel zamówień publicznych nie jest więc spełniony wtedy, gdy zamawiający dopuszcza złożenie oferty z każdym produktem rodzajowo podobnym do opisanego przez siebie w SWZ, aby umożliwić udział w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danym obszarze rynku”.

18. Zamawiający kształtując swoje wymagania, realizował swoje obowiązki statutowe oraz obowiązki nałożone na niego w przepisach prawa, dlatego też, nie można mówić o jakimkolwiek naruszeniu przepisu art. 99 Pzp czy też art. 16 Pzp.

III. Zarzut dotyczący braku przedłużenia terminu złożenia oferty (zarzut drugi)

19. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż nie zapewnił on wykonawcom czasu odpowiedniego do przygotowania oferty. Twierdząc, że odpowiedzi na pytania z dnia 7 marca 2024 roku wprowadzały istotne zmiany do treści opisu przedmiotu zamówienia – jednak nie sposób się zgodzić z tym twierdzeniem.

20. Po pierwsze Odwołujący potwierdził per facta concludentia, że złożenie oferty było możliwe w terminie – pomimo zmian do opisu przedmiotu zamówienia. Po drugie, Odwołujący mógł złożyć ofertę konkurencyjną – różnica w cenie wynosi tylko 1% wartości wynagrodzenia Redge.

21. Po trzecie, w stanie faktycznym sprawy – nie można mówić o naruszeniu jakiegokolwiek przepisu ustawy. Przepis art. 143 ust. 5, na który powołuje się odwołujący dotyczy przetargu ograniczonego – czyli innego trybu, aniżeli zastosowany przez Zamawiającego. Po czwarte, Zamawiający nie dokonał modyfikacji treści opisu przedmiotu zamówienia, a jedynie wyartykułował wcześniejsze wymagania wynikające z funkcjonalności serwisu Ninatka.pl w formie doprecyzowania.

22. Mając na uwadze powyższe, nie można mówić o naruszeniu przepisów Pzp, jakie zarzuca Zamawiającemu – Odwołujący.

IV. Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wewnętrznie sprzeczny (zarzut trzeci)

23. W doktrynie nie ma żadnych wątpliwości, co do tego, że opis przedmiotu zamówienia kierowany jest do podmiotów profesjonalnych, zajmujących się zawodowo wykonywaniem usług danego rodzaju. A co za tym idzie, podmioty te powinny dokonywać analizy wymagań postawionych przez Zamawiającego w oparciu o swoją wiedzę, doświadczenie oraz aktualny stan wiedzy technicznej.

24. Analiza treści odpowiedzi na pytanie 25, prowadzi do wniosku, że nie sposób wywieść z niej twierdzeń przedstawionych w odwołaniu. Zamawiający odpowiedział na pytanie 25 w następujący sposób „Znak wodny na poziomie odtwarzacza nie zostanie uznany za prawidłową formę zabezpieczenia. Jako znak wodny rozumiemy technologię, która umieści znak wodny bezpośrednio w strumieniu, nie będzie widoczna z poziomu odtwarzacza (player) dla użytkownika odtwarzającego zabezpieczoną pozycję wideo. Ponadto uznajemy za skuteczną taką formę zabezpieczenia znakiem wodnym, gdzie po przekodowaniu materiału nadal będzie możliwa identyfikacja użytkownika na podstawie znaku wodnego. Ponadto zabezpieczenie znakiem wodnym powinno być unikalne dla każdego użytkownika oraz odporne na wszelkie odkształcenia”. Odpowiedź na pytanie jest zgodna z aktualnym stanem wiedzy. Zdanie drugie odpowiada definicji znaku wodnego dostępnej w domenie publicznej. W zdaniu trzecim, Zamawiający wskazał, jakie rozwiązania technologiczne uzna za zgodne z opisem przedmiotu zamówienia. W zdaniu czwartym doprecyzował wymagania – indywidualne oznaczenie użytkownika i odporność na odkształcenia.

25. W ocenie Redge, wymagania te są zgodne z aktualnym stanem wiedzy technicznej i nie są wewnętrznie sprzeczne.

V. Termin wdrożenia

26. Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego zawartych w IV odwołania, zauważyć należy, że nie mają one znaczenia dla jego rozstrzygnięcia. Po pierwsze Odwołujący nie sformułował w tym zakresie zarzutu, dlatego też Izba nie ma podstaw faktycznych i prawnych dla podjęcia rozstrzygnięcia w tym zakresie.

27. Po drugie, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że tylko Redge może sprostać wymaganiom terminowi uruchomienia nowej usługi, który wynosi 120 dni roboczych. Jednocześnie oferując Zamawiającemu, że wykona przedmiot zamówienia w terminie 30 dni roboczych. Odwołujący po raz kolejny przedstawia w odwołaniu stanowisko, które jest sprzeczne z jego działaniami i treścią złożonej oferty.

28. Mając na uwadze powyższe, wnosimy o pominięcie twierdzeń zawartych w pkt IV odwołania, jako irrelevantnych.

(...)

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, ponieważ spełnione zostały przesłanki określone w art. 505 ust. 1 Pzp. Wnosząc niniejsze odwołanie na podstawie art. 513 pkt 3) Pzp wykonawca wykazał, że oferuje na rynku świadczenie usług, które stanowią przedmiot zamówienia. Jak podał w odwołaniu jest jednym z wiodących dostawców usług stanowiących przedmiot Postępowania i posiada niezbędne zasoby niezbędne do realizacji usług na rzecz Zamawiającego. Aktywnie konkuruje również z innymi wykonawcami (w szczególności Redge Technologies sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – Uczestnik po stronie Zamawiającego) na rynku usług VOD, transmisji wideo live oraz CDN zarówno w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak i na rynku komercyjnym. Wykazał tym samym, że ma interes w uzyskaniu zamówienia. Wykazał również, że może ponieść szkodę w wyniku zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów Pzp, których naruszenie zarzucił w odwołaniu wniesionym w dniu 12 marca 2024 r. Ocena legitymacji procesowej bowiem następuje z uwzględnieniem stanu z dnia wniesienia odwołania. Z uwagi na zarzuty podnoszone w odwołaniu z 12 marca 2024 r., w której to dacie nie upłynął jeszcze termin na składanie ofert oraz z uwagi na zgłaszane wnioski o wydłużenie terminu na składanie ofert przed 13 marca 2024 r., w tym przez Uczestnika po jego stronie, Odwołujący miał legitymację procesową w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia tego odwołania.

Mając na uwadze zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz pisemne stanowiska Stron i Uczestników składane w toku postępowania odwoławczego Izba uznała, że podnoszone w odwołaniu zarzuty nie podlegają uwzględnieniu.

Rozpoznając zarzuty podnoszone w odwołaniu Izba musi mieć na względzie dyrektywę wskazane w przepisach ustawy Pzp. W niniejszej sprawie w szczególności wynikające z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp a także z art. 555 tej ustawy. W myśl pierwszego z przepisów: „Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne”. Z kolei drugi z nich stanowi, że: „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”.

Odwołujący w odwołaniu podniósł trzy zarzuty. Pierwszy z nich, zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp wnoszący odwołanie wykonawca oparł na twierdzeniu opisanego przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję, tj. opis, który charakteryzuje rozwiązania dostarczane przez konkretnego wykonawcę, a które nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Drugi z kolei, zarzut naruszenia art. 143 ust. 5 w zw. z art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp odniósł do dokonanej w dniu 7 kwietnia 2024 r., zdaniem wykonawcy istotnej, „zmiany SWZ i niezagwarantowanie wykonawcom adekwatnego czasu na zapoznanie się z przedmiotową zmianą oraz poszukiwania i pozyskanie do współpracy dostawców dysponujących technologią znaku wodnego spełniającą dodatkowe wymagania narzucone przez Zamawiającego w dniu 07 marca 2024 r., a w konsekwencji, uniemożliwienie potencjalnym wykonawcom rzetelnej kalkulacji całości kosztów wykonania Zamówienia oraz określenie ceny ofertowej, co skutkuje nieuzasadnionym ograniczeniem możliwości przygotowania i złożenia ofert w Postępowaniu przez wykonawców nieposiadających w swoim produkcie funkcjonalności spełniających dodatkowe wymagania podane przez Zamawiającego w dniu 07 marca 2024 r., a co za tym idzie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję”. W zakresie trzeciego natomiast zarzutu, naruszenie art. 99 ust. 1 Pzp odniósł do opisanego przedmiotu zamówienia w sposób wewnętrznie sprzeczny, niejednoznaczny i niewyczerpujący, co miało skutkować ustanowieniem przez Zamawiającego wymagań technicznie niemożliwych do spełnienia przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy „Wykonania i utrzymania serwisu Ninateka.pl wraz z aplikacjami mobilnymi i Smart TV.” Prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o przetargu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 5 lutego 2024 r. Pierwotny termin na składanie ofert został ustalony na dzień 4 marca 2024 r. Następnie zmieniony na dzień 8 marca 2024 r. a ostatecznie termin ten przedłużono w dniu 7 marca 2024 r. na dzień 13 marca 2024 r. W dniu 13 marca 2024 r. zostały złożone w tym postępowaniu 2 oferty. Składającymi oferty są:

Nr	Nazwa (firma) i adres Wykonawcy	Nazwa kryterium
Cena oferty brutto	Termin uruchomienia nowej usługi	

1.	PROEXE spółka z o.o. ul. Koszykowa 61B 00-667 Warszawa	1 103 260,80 zł	30 dni roboczych
2.	Rodge Technologies Sp. z o. o. ul. Ostrobramska 86 04-163 Warszawa	1 087 320,00 zł	30 dni roboczych

Odwołujący podnoszone w odwołaniu zarzuty odniósł do punktu 4 i punktu 5 Opisu przedmiotu zamówienia po jego zmianach z dnia 7 kwietnia 2024 r.

Wskazane postanowienia pierwotnie (przed ich zmianą) miały następujące brzmienie:

Serwis internetowy powinien co najmniej odzwierciedlać zakres funkcjonalny Niniateka.pl funkcjonującego w dniu ogłoszenia przetargu uwzględniając w szczególności:

(...)

4. *Możliwość wyświetlania treści audiowizualnych (vod oraz live) przy wykorzystaniu następujących technik strumieniowania adaptacyjnego, zależnie od oprogramowania wykorzystywanego przez odbiorcę:*

a.Apple http Live Streaming (HLS)

b.Microsoft Smooth Streaming (MSS)

c.MPEG Dynamic Adaptive Streaming over HTTP (MPEG-DASH)

5. *Możliwość zabezpieczania treści wideo technologią znaku wodnego (...)*

Pytania skierowane do tych punktów dotyczyły:

Pytanie nr 24: *„Zwracamy się z prośbą o doprecyzowanie, czy Zamawiający przewiduje zabezpieczanie treści video znakiem wodnym dla materiałów zarówno VOD jak i live?”*

Pytanie nr 25: *„Zwracamy się z prośbą o doprecyzowanie, czy Zamawiający uzna warunek znakowania materiałów znakiem wodnym jako spełniony w sytuacji, gdy znak wodny osadzony zostanie na poziomie odtwarzacza (player) i będzie widoczny dla użytkownika końcowego?”*

W odpowiedzi na pytania do tych punktów Zamawiający podał:

Odpowiedź na pyt. 24: *„Przewidujemy zabezpieczanie treści znakiem wodnym. Musi istnieć możliwość użycia zabezpieczenia dla materiałów VOD oraz live”.*

Odpowiedź na pytanie 25: *„Znak wodny na poziomie odtwarzacza nie zostanie uznany za prawidłową formę zabezpieczenia. Jako znak wodny rozumiemy technologię, która umieści znak wodny bezpośrednio w strumieniu, nie będzie widoczna z poziomu odtwarzacza (player) dla użytkownika odtwarzającego zabezpieczoną pozycję wideo. Ponadto uznajemy za skuteczną taką formę zabezpieczenia znakiem wodnym, gdzie po przekodowaniu materiału nadal będzie możliwa identyfikacja użytkownika na podstawie znaku wodnego. Ponadto zabezpieczenie znakiem wodnym powinno być unikalne dla każdego użytkownika oraz odporne na wszelkie odkształcenia”.*

W związku z tymi odpowiedziami Zamawiający także w dniu 7 marca 2024 r. wprowadził zmienione – jak w odpowiedziach - ich brzmienie do Opisu przedmiotu zamówienia.

Rozpoznając pierwszy z zarzutów, Izba stwierdziła, że ten zarzut nie podlega uwzględnieniu. W toku rozprawy Odwołujący nie wykazał bowiem, że opis postanowień punktu 4 i punktu 5 po ich zmianach charakteryzuje rozwiązanie technologiczne właściwe dla produktów dostarczanych przez konkretnego wykonawcę, w tym przypadku oferowanych przez firmę Rodge – Uczestnika po stronie Zamawiającego. Natomiast Zamawiający, podobnie jak Przystępujący po jego stronie wykonawca wykazali w postępowaniu dowodowym przed Izbą, że rozwiązania technologiczne umożliwiające opatrzenie znakiem wodnym materiałów audiowizualnych, który jest niewidoczny dla użytkownika – oferuje co najmniej kilka podmiotów na rynku zarówno krajowym jak i zagranicznym. Oprócz wskazanej w odwołaniu VESTGIT spółki z ograniczoną odpowiedzialnością („VESTGIT”), technologią o tej funkcjonalności dysponują takie podmioty jak: Verimatrix, IrdeTo, Nagra, Synamedia, castLabs. Sam fakt, że część z nich nie ma siedziby w Polsce, jak słusznie podnosił Uczestnik Rodge, nie wyklucza możliwości skorzystania z ich rozwiązania podczas realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym, wykonawcy planujący ubiegać się o zamówienie mogli skorzystać z usług różnych podmiotów, w tym VESTGIT. Odwołujący, pomimo twierdzeń, że nie miał możliwości pozyskania właściwej Odwołującemu oferty, nie wykazał aby z takim zapytaniem przed dniem 13 marca 2024 r. zwrócił się do tego podmiotu. Natomiast – składając w tym postępowaniu ofertę i potwierdzając, że jego przedmiot zamówienia spełnia wymagane cechy – Odwołujący nie wykazuje aby rozwiązanie opisane po jego zmianach w punktach 4 i 5 OPZ było dla wykonawcy niedostępne do dnia 13 marca 2024r. tj. terminie wyznaczonym na składanie ofert. Tym samym Odwołujący nie uprawdopodobnił, aby opis przedmiotu zamówienia w zakresie tego wymagania naruszał zasadę uczciwej konkurencji.

Izba, co do podnoszonego w odwołaniu braku uzasadnionych obiektywnych potrzeb Zamawiającego co do takiego opisu w punkcie 5 OPZ, niezgodziła się z twierdzeniem Odwołującego, że konieczność opatrzenia materiałów audiowizualnych znakiem wodnym, który jest niewidoczny nie ma uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego. Przede wszystkim, jak wskazywał Zamawiający celem opatrzenia materiałów audiowizualnych znakiem

wodnym jest zapewnianie przestrzegania przepisów z zakresu prawa własności intelektualnej podczas realizacji przez Zamawiającego jego obowiązków statutowych. Poza tym przewidziane przez Zamawiającego w SWZ wymogi co do zabezpieczenia strumienia technologią znaku wodnego, które ma realizować dostarczony w ramach zamówienia produkt są zaawansowanymi technologicznie rozwiązaniami – jak wykazywał Zamawiający i Uczestnik Redge - oferowane przez podmioty funkcjonujące zarówno na rynku polskim jak i europejskim, a z uwagi na dostępność środków komunikacyjnych przede wszystkim elektronicznych (SMS/MMS, komunikator internetowy, VoIP (w tym wideokonferencja), poczta elektroniczna, czat, IRC) ich pozyskanie przez wykonawców nie wymaga takiego wysiłku i znacznych nakładów czasu jak to przedstawiali Odwołujący i Uczestnik po jego stronie uprawdopodobniając w postępowaniu dowodowym tych okoliczności. Zamawiający, zdaniem Izby wprowadzając takie wymagania nie ograniczył wykonawców w zakresie pozyskania skutecznych narzędzi umożliwiających zabezpieczenie strumienia wideo technologią znakowania wodnego. Usługi watermarkingu, uwzględniając rozwój technologii także w tej dziedzinie, są aktualnie dostępne. Tym samym pierwszy z zarzutów Izba uznała za niepodlegający uwzględnieniu.

Izba także nie zgodziła się z twierdzeniami w zakresie trzeciego z zarzutów. W tym przypadku Odwołujący nie wykazał, aby opisanie przedmiotu zamówienia w punkcie 5 (po jego zmianach) nastąpiło w sposób wewnętrznie sprzeczny, niejednoznaczny i niewyczerpujący. Nie wykazał także, że ten opis skutkuje ustanowieniem przez Zamawiającego wymagań technicznie niemożliwych do spełnienia przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Tak jak wskazywał Przystępujący po stronie zamawiającego wykonawca Redge opis w punkcie 5 w brzmieniu z 7.04.2024 r. znajduje oparcie (bezpośrednie lub pośrednie) w innych postanowieniach OPZ, a mianowicie: wymagania, o którym mowa w zdaniu 2 związane jest z pkt 4 OPZ. Z kolei wymagania wg zdania 3 pośrednio może być związane z opisem cech według punktu 2 OPZ lit. g). Opisane wymagania uwzględniają 19 właściwości i wśród nich brak jest wskazania na właściwości audio-video. Zatem brak takiej właściwości w playerze można odczytywać jako znak wodny strumienia. Izba zwraca uwagę, że ten przedmiot zamówienia jest dedykowany do podmiotów profesjonalnie zajmujących się tą usługą i na bieżąco w ich działalności powinni uwzględniać postęp technologiczny. W odwołaniu wykonawca formułując zarzut, że OPZ jest wewnętrznie sprzeczny, niejednoznaczny i niewyczerpujący wskazał na właściwości znaków wodnych wyróżnionych w nauce. W świetle przedstawionych przez Odwołującego i Uczestnika Redge opinii ekspertów – uwzględniając dedykowanie tego zamówienia do firm specjalizujących się w usługach związanych z jego przedmiotem – interpretacja użytych w opisie pojęć takich jak „niewidzialność” czy „odporność na wszelkie odkształcanie” niewątpliwie powinna następować obiektywnie jako „perceptualnie niezauważalne – niewidoczne dla ludzkiego oka.

Izba zwraca uwagę, że podnoszone zarzuty dotyczą tylko dwóch postanowień. Zamawiający natomiast w odpowiedzi na pytania odnosił się – jak wynika z pisma z dnia 7 marca 2024 r. - do wszystkich zagadnień, w większości potwierdzając wymagania. Niewątpliwie dokonując opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający zobowiązany jest respektować przepisy ustawy Pzp, które zakazują dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, jednakże ta norma – jak podkreśla się w orzecznictwie - nie może być równoważona z obowiązkiem wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia uzasadnionych wymagań, które dla wykonawcy mogą stanowić źródło ewentualnych niedogodności. Z tego względu sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, który uwzględnia potrzeby zamawiającego, nawet jeżeli utrudnia lub uniemożliwia niektórym podmiotom dostęp do zamówienia, nie może być kwalifikowane jako naruszenie przepisów ustawy Pzp. Również jak zauważa się w orzecznictwie, zamawiający nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Podstawowym bowiem celem zamówień publicznych jest zaspokajanie uzasadnionych potrzeb zamawiającego, a w znaczącej części postępowań również pośrednio zaspokajanie potrzeb szerszej zbiorowości. W przypadku tego postępowania Zamawiający wykazał, że kształtując sporne wymagania, zarówno obowiązki nałożone na niego w przepisach prawa, jak i realizował obowiązki statutowe.

Jednocześnie Izba w związku ze wskazanym art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, podkreśla, że w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą podstawę rozstrzygnięcia stanowi materiał dowodowy zgromadzony z inicjatywy stron i uczestników. Kontrydiktoryjny charakter tego postępowania, pozostawia zatem inicjatywę dowodową stronom. Nie nakładając na Izbę obowiązku ustalania prawdy materialnej, wymaga – jak w przypadku tego stanu faktycznego – dokonać oceny zebranych faktów oraz dowodów, z tym zastrzeżeniem, że ciężar dowodowy dla stwierdzenia faktów będzie obciążał tę stronę (lub uczestnika), który wywodzi skutki prawne. W odwołaniu ten ciężar dowodowy przede wszystkim dotyczy Odwołującego, albowiem zgodnie z jego żądaniem z uwagi na istotność wprowadzonych zmian konieczne było uchylenie tych zmian jako naruszających wskazywane przepisy ustawy Pzp lub alternatywnie wydłużenie terminu składania ofert o żądane 30 dni w odwołaniu z dnia 12.03.2024 r., a w konsekwencji – z uwagi na złożenie ofert – unieważnienie tego postępowania jak podnosił we wniosku z 15.03.2024 r.

Także nie podlega uwzględnieniu drugi z zarzutów. Odnośnie naruszenia art. 143 ust. 5 w zw. z art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w trybie

przetargu nieograniczonego. Natomiast wskazany w ramach tego zarzutu – jak wiodący - przepis art. 143 ust. 5 Pzp, dotyczy przetargu ograniczonego – czyli innego trybu i ten przepis nie nawiązuje do przepisów o przetargu nieograniczonego. Tym samym nie jest możliwe jego wskazywanie jako podstawy prawnej dla tego zarzutu. Izba zwraca uwagę na art. 516 pkt 10 ustawy Pzp, zgodnie z którym odwołanie winno zawierać wskazanie nie tylko okoliczności faktycznych, ale i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania. Także Izba nie znalazła uzasadnienia do uwzględnienia podnoszonego w ramach tego zarzutu naruszenia pozostałych przepisów. Wskazany w związku art. 99 ust. 4 Pzp stanowi: *„Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów”*. Z kolei stosownie do postanowień art. 16 pkt 1) Pzp wskazywanego w związku z art. 99 ust.4 Pzp: *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, (...)* Te okoliczności podnoszone w ramach pierwszego i trzeciego zarzutu nie zostały przez Izbę uwzględnione.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

.....