

KND/24/19/DKZP

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

I. Określenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem postępowania wyjaśniającego.

Zamawiający:	Gmina Niepołomice Pl. Zwycięstwa 13 32-005 Niepołomice
Rodzaj zamówienia:	usługa
Przedmiot zamówienia:	Wykonanie projektu koncepcyjnego budowy budynku Szkoły Podstawowej w Niepołomicach
Tryb postępowania:	zapytanie ofertowe – bez stosowania ustawy Pzp
Wartość zamówienia:	wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę mniejszą niż 30.000 euro – Zamawiający nie wskazał dokładnej szacunkowej wartości zamówienia ani sposobu jej ustalenia w dokumentacji postępowania
Data wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia:	brak danych w dokumentacji postępowania
Data udzielenia zamówienia:	7 maja 2015 r.
Wszczęcie kontroli:	6 maja 2019 r.

II. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

A. Informacja o stwierdzonych naruszeniach:

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli doraźnej, na podstawie art. 154 pkt 11 oraz art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 32 ust. 1, 2 i 4, a w konsekwencji art. 4 pkt 8, art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 10 ust. 1, art. 40 ust. 1 i 2 ustawy Pzp¹ poprzez ustalenie wartości zamówienia mającego za przedmiot *wykonanie projektu koncepcyjnego budowy budynku Szkoły Podstawowej w Niepołomicach* bez uwzględnienia kwoty odpowiadającej wartości przeniesienia całości autorskich praw majątkowych do Projektu, co doprowadziło do nieuprawnionego udzielenia ww. zamówienia Wykonawcy XXXXXXXX z pominięciem trybów wskazanych w ustawie Pzp.

Uzasadnienie

Zamawiający przeprowadził przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zapytania ofertowego – bez stosowania przepisów ustawy Pzp – na *Wykonanie dokumentacji projektowej obejmującej kompletny projekt koncepcyjny Obiektu i przeniesienie przez Wykonawcę na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do wykorzystywania Projektu jako elementu opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniach prowadzonych w celu wyboru wykonawcy dalszych prac projektowych oraz budowlanych, w szczególności do sporządzenia Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU).*

Jak wynika z protokołu zamówienia sporządzonego w dniu 7 maja 2015 r., zapytanie ofertowe skierowano drogą telefoniczną do następujących Wykonawców:

1. XXXXXXXX z siedzibą w
2. YYYYYYYY z siedzibą w ...;
3. ZZZZZZZ z siedzibą w ...

W odpowiedzi na ww. zapytania ofertowe oferty złożyli następujący Wykonawcy:

1. XXXXXXXX z siedzibą w ... z ceną 120.000,00 zł netto;
2. YYYYYYYY z siedzibą w ... z ceną 132.300,00 zł netto;
3. ZZZZZZZ z siedzibą w ... z ceną 125.000,00 zł netto.

¹ tekst jedn.: z dnia 28 maja 2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 907).

Zamawiający jako najkorzystniejszą, przy zastosowaniu kryterium 100% cena, wybrał ofertę złożoną przez Wykonawcę XXXXXXXX z ceną 120.000 zł netto.

Zgodnie z § 1 Umowy, jej przedmiotem było wykonanie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego dokumentacji projektowej obejmującej kompletny projekt koncepcyjny Obiektu (budynku Szkoły Podstawowej w Niepołomicach) i przeniesienie przez Wykonawcę na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do Projektu w zakresie określonym w § 2 Umowy.

Przeniesienie autorskich praw majątkowych na Zamawiającego

Na mocy § 2 ust. 3 Umowy Wykonawca zobowiązał się przenieść na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe do Projektu na następującym polu eksploatacji: wykorzystywanie Projektu jako elementu opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniach prowadzonych w celu wyboru wykonawcy dalszych prac projektowych oraz prac budowlanych, w szczególności do sporządzenia Programu Funkcjonalno-Użytkowego.

Zgodnie z § 2 ust. 4 Umowy przeniesienie autorskich praw majątkowych, o których mowa w punkcie 3. nastąpić miało z chwilą wydania Zamawiającemu przedmiotu Umowy, tj. z dniem podpisania protokołu odbioru, o którym mowa w § 6 ust. 1 Umowy.

Z kolei § 2 ust. 5 Umowy stanowi, że opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizacja budowy w oparciu o Projekt wymaga uzyskania przez Zamawiającego lub podmioty trzecie stosownej licencji lub nabycia od Wykonawcy autorskich praw majątkowych do Projektu na odpowiednich polach eksploatacji.

Obowiązki Wykonawcy – autora Projektu w stosunku do Wykonawcy dalszych prac

Na mocy § 4 ust. 1 Umowy, w przypadku podjęcia przez Zamawiającego decyzji o realizacji na podstawie Projektu budowy Obiektu, Wykonawca zobowiązuje się:

- a) przenieść na wskazany przez Zamawiającego podmiot lub podmioty autorskie prawa majątkowe do Projektu na następujących polach eksploatacji:
 - utrwalanie i zwielokrotnianie jakąkolwiek techniką, w tym techniką druku, techniką cyfrową, techniką zapisu magnetycznego oraz techniką reprograficzną;
 - wprowadzanie do obrotu, użyczenie lub najem oryginału albo egzemplarzy;
 - wprowadzenie do pamięci komputera;
 - rozpowszechnianie poprzez publiczne wystawianie oraz udostępnianie w sieci internet;
 - wykorzystywanie w ramach realizacji prac budowlanych oraz projektowych;
- oraz udzielić tym podmiotom zgody na wykonywanie praw zależnych do opracowań Projektu;

lub

b) w przypadku gdy taka będzie wola podmiotu lub podmiotów, których oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu przeprowadzonym w trybie ustawy Pzp oraz innych właściwych przepisów zawrzeć ze wskazanym przez Zamawiającego podmiotem lub podmiotami, o których mowa wyżej umowę o wykonanie dalszych prac projektowych obejmujących w szczególności opracowanie pełnoprojektowego projektu architektoniczno-budowlanego i wykonawczego Obiektu;

oraz

c) sprawować nadzór autorski nad realizacją inwestycji opartej na Projekcie lub projektach, o których mowa w ust. 1 lit. b, na zasadach określonych w odrębnej umowie.

Wynagrodzenie za przeniesienie całości autorskich praw majątkowych

Z kolei zgodnie z brzmieniem § 4 ust. 3 Umowy wynagrodzenie ryczałtowe za przeniesienie całości autorskich praw majątkowych do Projektu, o którym to wynagrodzeniu mowa w ust. 1 lit. a wyniesie kwotę 400.000 zł netto.

Na mocy § 4 ust. 2 Umowy Wykonawca udzielił Zamawiającemu nieodwołalnego i niewygasającego z chwilą śmierci pełnomocnictwa do zawarcia imieniem Wykonawcy umowy z podmiotem lub podmiotami wskazanymi w ust. 1 lit. a umowy przeniesienia autorskich praw majątkowych do Projektu za cenę 400.000 zł netto.

Wynagrodzenie za wykonanie Umowy

Wynagrodzenie przysługujące Wykonawcy z tytułu zrealizowania przedmiotowej Umowy zostało uregulowane w § 8 ust. 1 Umowy, zgodnie z którym z tytułu wykonania Projektu oraz przeniesienia na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do Projektu na wszystkich polach eksploatacji wymienionych w § 2 ust. 3 Umowy (wykorzystanie projektu koncepcyjnego Obiektu jako elementu opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniach prowadzonych w celu wyboru Wykonawcy dalszych prac projektowych oraz prac budowlanych, w szczególności do sporządzenia programu funkcjonalno-użytkowego) Wykonawcy przysługuje zryczałtowane wynagrodzenie w wysokości 120.000 zł netto.

Mając na uwadze stan faktyczny przedmiotowej sprawy, wskazać należy, że na etapie czynności przygotowawczych, poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ustawodawca zastrzegł obowiązek ustalenia przez zamawiającego wartości zamówienia (art. 32 – 35 ustawy Pzp). Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy,

bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Z przepisu tego wynika zatem obowiązek dołożenia przez zamawiającego należytej staranności przy ustalaniu wartości zamówienia. Jednocześnie w myśl art. 32 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Sens normatywny tego przepisu sprowadza się do ustalenia, iż zamawiający nie może dokonywać podziału zamówienia (zaniżać jego wartości) w taki sposób, aby na skutek ustalenia wartości dla każdej z wydzielonych części zamówienia doszło do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp odnoszących się do zamówień o wartości powyżej określonego progu, czy też, z drugiej strony, do nieuprawnionego zastosowania przepisów odnoszących się do zamówień o wartości poniżej określonego progu. Innymi słowy nie jest zakazany sam podział jednego zamówienia na części, ale jest zakazany taki podział, który zmierza do uniknięcia stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp w ogóle albo przepisów właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej.

Powyższe znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, w myśl którego jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Oznacza to, że zamawiający może z określonych względów (organizacyjnych, ekonomicznych, celowościowych itp.) dokonać podziału jednego zamówienia na części, dla których będzie prowadził odrębne postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, ale wartością każdej z części zamówienia, będzie łączna wartość wszystkich części zamówienia. W konsekwencji, przy udzieleniu każdej z części zamówienia, zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej wartości zamówienia. Takie działanie zamawiającego nie narusza art. 32 ust. 2 i 4 ustawy Pzp.

Dla ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się więc kryteriami: tożsamość przedmiotowa zamówienia - kryterium to powinno prowadzić do wyodrębnienia nie tylko zbliżonych przedmiotowo zamówień, ale także zamówień, które mimo braku przedmiotowego podobieństwa tworzą funkcjonalną całość, tożsamość czasową zamówienia – funkcjonalnie powiązane ze sobą zamówienia mają być nabywane w dającej się przewidzieć, określonej perspektywie czasowej oraz tożsamość podmiotowej – możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Innymi słowy konieczne jest ustalenie czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w przewidywalnym czasie, przez tego samego wykonawcę. Z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy (np. wykonanie poszczególnych zamówień wymaga spełnienia przez wykonawców odmiennych warunków). W przeciwnym

wypadku, tzn. gdy udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy należy uznać, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem. Wartość tak określonego zamówienia należy oszacować zgodnie z postanowieniami art. 32 – 35 ustawy Pzp.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy przedmiotem dwóch zawartych umów było:

- a) *Wykonanie dokumentacji projektowej obejmującej kompletny projekt koncepcyjny Obiektu i przeniesienie przez Wykonawcę na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do wykorzystywania Projektu jako elementu opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniach prowadzonych w celu wyboru wykonawcy dalszych prac projektowych oraz budowlanych, w szczególności do sporządzenia Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU) z wartością szacunkową zamówienia ustaloną na kwotę poniżej 30.000,00 euro – brak pism dokumentujących szacowanie;*
- b) *Zaprojektowanie i wybudowanie szkoły podstawowej w Niepołomicach wraz z przylegającym otoczeniem – przedmiotem zamówienia było m.in. przeniesienie przez na Wykonawcę całości autorskich praw majątkowych do wykorzystania Projektu koncepcyjnego (znak postępowania: ZP.271.20.2015) z wartością szacunkową zamówienia ustaloną na kwotę 21.817.939,20 zł (w tym wartość wynagrodzenia należnego za przeniesienie całości autorskich praw majątkowych do Projektu wynosząca 400.000,00 zł netto).*

Podkreślenia wymaga, że w dacie zawarcia umowy oznaczonej literą a) wartością zamówienia, od której uzależniony był obowiązek stosowania ustawy Pzp była równowartość kwoty 30 000 euro obliczona według kursu określonego w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2013 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 1692), wynoszącego 4,2249. Obowiązek stosowania ustawy Pzp obejmował zatem zamówienia o wartości równej co najmniej 126 747,00 zł netto.

W przedmiotowym stanie faktycznym, przy założeniu wyodrębnienia zamówienia mającego za przedmiot wykonanie projektu koncepcyjnego (lit. „a”) do odrębnego postępowania, wartość zamówienia oznaczonego literą „a” powinna zostać zsumowana łącznie z wartością – ustalonego przez Zamawiającego jako cena sztywna – wynagrodzenia należnego na podstawie § 4 ust. 3 *Umowy z dnia 7 maja 2015 r.* za przeniesienie całości autorskich praw majątkowych do Projektu, o których mowa w § 4 ust. 1 lit. a) *Umowy z dnia 7 maja 2015 r.*² wynoszącego

²W przypadku podjęcia przez Zamawiającego decyzji o realizacji na podstawie Projektu budowy Obiektu, Wykonawca zobowiązuje się przenieść na wskazany przez Zamawiającego podmiot lub podmioty autorskie prawa majątkowe do Projektu, na następujących polach eksploatacji:

400.000 zł netto. Tak oszacowana kwota odpowiadałaby największemu możliwemu zakresowi zamówienia dopuszczanemu przez Zamawiającego na etapie wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wówczas wartość netto zamówienia oznaczonego literą „a” przekraczałaby kwotę 30.000 euro, co obligowałoby Zamawiającego do zastosowania procedur określonych w ustawie Pzp.

W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z treścią przepisu art. 17 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych z dnia 4 lutego 1994 r. (tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r. poz. 1191), zwanej dalej „ustawą papp”, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, twórca przysługuje wyłączne prawo do korzystania z utworu i rozporządzania nim na wszystkich polach eksploatacji oraz do wynagrodzenia za korzystanie z utworu. Powyższe uprawnienie twórcy ma charakter bezwzględny, ale również zbywalny. Związek autorskich praw majątkowych z utworem nie ma zatem charakteru trwałego, jednak do korzystania z utworu i rozporządzania nim niezbędne jest przeniesienie na nabywcę utworu również autorskich praw majątkowych. W przypadku zamówień z zakresu architektoniczno-budowlanego, w których może wystąpić potrzeba wprowadzenia zmian niemożliwych do przewidzenia na etapie np. tworzenia koncepcji architektonicznej, konieczne jest zabezpieczenie interesów zamawiającego. Z uwagi na to zamawiający powinien w umowie mającej za przedmiot wykonanie projektu koncepcyjnego zagwarantować sobie przeniesienie majątkowych praw autorskich do danego projektu w zakresie umożliwiającym ewentualne wprowadzanie zmian – korzystanie z koncepcji i rozporządzanie nią na określonych polach eksploatacji. Zamawiający zobowiązany do działania z należytą starannością jest zobligowany do zapewnienia sobie autorskich praw majątkowych do dzieła stanowiącego przedmiot umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego. Chcąc uzyskać prawo do swobodnego dysponowania nabytym projektem koncepcyjnym, Zamawiający powinien szczegółowo określić pola eksploatacji.

W przedmiotowym stanie faktycznym formuła prowadzenia postępowania w trybie zapytania ofertowego istotnie przewidywała przekazanie całości autorskich praw majątkowych do projektu koncepcyjnego, jednak dopiero na etapie przystąpienia do realizacji inwestycji docelowej w oparciu o Program Funkcjonalno-Użytkowy stworzony na podstawie przedmiotowego projektu koncepcyjnego. Przez zawarcie umowy z dnia 7 maja 2015 r. Zamawiający nabył jedynie autorskie prawa majątkowe do wykorzystywania projektu jako elementu opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniach prowadzonych w celu wyboru wykonawcy dalszych prac projektowych oraz budowlanych, w szczególności do sporządzenia Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU). Zastosowana przez Zamawiającego konstrukcja

-
- a) utrwalanie i zwielokrotnianie jakąkolwiek techniką, w tym techniką druku, techniką cyfrową, techniką zapisu magnetycznego oraz techniką reprograficzną;
 - b) wprowadzenie do obrotu, użyczenie lub najem oryginału albo egzemplarzy;
 - c) wprowadzenie do pamięci komputera;
 - d) rozpowszechnianie poprzez publiczne wystawianie oraz udostępnianie w sieci Internet;
 - e) wykorzystywanie w ramach realizacji prac budowlanych oraz projektowych oraz udzielić tym podmiotom zgody na wykonywanie praw zależnych do opracowań Projektu.

umowna nie jest naganna w znaczeniu materialnym, jednakże błędem jest zaniechanie zsumowania wartości nabycia projektu koncepcyjnego wraz z oszacowanym łącznie kosztem nabycia całości autorskich praw majątkowych do projektu koncepcyjnego. Zamawiający, obciążając przyszłego Wykonawcę kosztami nabycia autorskich praw majątkowych koniecznych do dysponowania (korzystania i rozporządzania) projektem koncepcyjnym, a niebędących przedmiotem umowy z dnia 7 maja 2015 r., dopuścił się nieuprawnionego podziału zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp. Argument Zamawiającego polegający na twierdzeniu, że Zamawiający nie mając wiedzy, czy będzie w stanie zrealizować inwestycję zgodnie z programem funkcjonalno-użytkowym oraz kiedy będzie ją realizował, był uprawniony do nabycia praw autorskich wyłącznie w wąskim zakresie, uznać należy za uprawniony pod warunkiem oszacowania wartości całości praw autorskich przy zastosowaniu prawa opcji (art. 34 ust. 5 ustawy Pzp). Korzystanie z autorskich praw majątkowych stanowi bowiem niezbędny element zamawianego utworu przy założeniu nabycia utworu z koniecznością zapewnienia sobie prawa do korzystania z niego i rozporządzania nim – co mogło być objęte zamierzeniem Zamawiającego. Samo nabycie projektu koncepcyjnego, bez możliwości dysponowania nim na określonych polach eksploatacji nie może stanowić podstawy do odrębnego oszacowania przedmiotu zamówienia w zakresie nabycia autorskich praw majątkowych do nabywanego projektu koncepcyjnego.

Dostrzec należy, że w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontrolnego nie kwestionowano potrzeby – a nawet konieczności – sporządzenia przez Zamawiającego programu funkcjonalno-użytkowego, który na mocy przepisu art. 31 ust. 2 ustawy Pzp stanowi podstawę opisu przedmiotu zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. Ustawodawca obowiązkiem sporządzenia programu funkcjonalno-użytkowego istotnie obciążył Zamawiającego. Powyższy obowiązek nie może być jednak realizowany z pogwałceniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady nakazującej Zamawiającemu szacowanie wartości zamówienia z należytą starannością.

W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z dnia 20 listopada 2015 r., sygn. akt: KIO 2399/15, (...) *prawo opcji realizuje cel, jakim jest właśnie elastyczna realizacja umowy o zamówienie publiczne, uwzględniająca dopuszczony opcjonalnie margines zmian. (...) wykonanie prawa opcji może, ale nie musi nastąpić, w zależności od potrzeb Zamawiającego i na skutek jego dyspozycji, przy czym zakres zamówienia objęty prawem opcji, jak i okoliczności, w jakich może dojść do skorzystania z tego prawa, powinny być (...) opisane zgodnie z zachowaniem reguł stosowanych przy opisie przedmiotu zamówienia, w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i umożliwiający złożenie oferty. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że (...) Zamawiający może oprócz prawa opcji skorzystać także z zamówień uzupełniających, ale tylko od woli samego Zamawiającego zależy, którą z instytucji uzna on za dogodniejszą. (...) Nie jest też wykluczona*

sytuacja, w której Zamawiający przewidzi zarówno prawo opcji, jak też zamówienia uzupełniające.

Przenosząc powyższe ustalenia na grunt przedmiotowej sprawy należy stwierdzić, że wskazane przez Zamawiającego okoliczności uprawniałyby go do skorzystania z prawa opcji obejmującego przeniesienie całości autorskich praw majątkowych do Projektu (§ 4 ust. 1 lit. a) Umowy z dnia 7 maja 2015 r.), z której Zamawiający byłby uprawniony skorzystać w sytuacji podjęcia decyzji o realizacji budowy Obiektu (szkoła podstawowa w Niepołomicach) na podstawie koncepcji stanowiącej przedmiot umowy z dnia 7 maja 2015 r.

Powyższe rozwiązanie zobligowałoby jednak Zamawiającego do ustalenia wartości przedmiotowego zamówienia z uwzględnieniem największego możliwego zakresu tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji. Wskutek takiego działania Zamawiający, szacując wartość zamówienia mającego za przedmiot opracowanie projektu koncepcyjnego, byłby zobowiązany uwzględnić w niej wartość odpowiadającą wartości ustalonego przez Zamawiającego jako cena sztywna – wynagrodzenia należnego na podstawie § 4 ust. 3 Umowy z dnia 7 maja 2015 r. za przeniesienie całości autorskich praw majątkowych do Projektu, o których mowa w § 4 ust. 1 lit. a) Umowy z dnia 7 maja 2015 r., wynoszącego 400.000 zł netto. To w konsekwencji spowodowałoby konieczność udzielenia przedmiotowego zamówienia na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych – z wykorzystaniem jednego z trybów przewidzianych w art. 10 ustawy. Skorzystanie przez Zamawiającego z tego instrumentu prawnego, jakim jest prawo opcji, umożliwiłoby realizację interesu Zamawiającego z poszanowaniem podstawowych zasad prawa zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższy stan faktyczny sprawy należy wskazać, że Zamawiający udzielając zamówienia na *Wykonanie dokumentacji projektowej obejmującej kompletny projekt koncepcyjny Obiektu i przeniesienie przez Wykonawcę na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do wykorzystywania Projektu jako elementu opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniach prowadzonych w celu wyboru wykonawcy dalszych prac projektowych oraz budowlanych, w szczególności do sporządzenia Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU)* bez stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych naruszył art. 32 ust. 1, 2 i 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy. Powyższe skutkowało naruszeniem przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik postępowania – poprzez udzielenie przedmiotowego zamówienia bez stosowania ustawy na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy, nie znajdującym zastosowania w tych okolicznościach. Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż Zamawiający naruszył art. 40 ust. 1 i 2 w zw. z art. 11 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 32 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp, bowiem skutek dokonanego podziału zamówienia, zaniechał zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych. W związku z powyższym, przy udzielaniu niniejszego zamówienia został również naruszony art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

Ponadto należy stwierdzić, że Zamawiający udzielając ww. zamówienia publicznego Wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych naruszył art. 7 ust. 3 ustawy.

Jednocześnie należy wskazać, że zgodnie z treścią art. 10 ust. 1 ustawy Pzp, podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony. Zamówienia udzielane w tych trybach, wymagają obowiązkowego ogłoszenia w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej zamawiającego oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych, o czym stanowi przepis art. 40 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Reasumując należy stwierdzić, że Zamawiający – Gmina Niepołomice – zawierając umowę na *Wykonanie dokumentacji projektowej obejmującej kompletny projekt koncepcyjny Obiektu i przeniesienie przez Wykonawcę na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do wykorzystywania Projektu jako elementu opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniach prowadzonych w celu wyboru wykonawcy dalszych prac projektowych oraz budowlanych, w szczególności do sporządzenia Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU)* udzielił zamówienia publicznego Wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz nie opublikował ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, tj. naruszył przepis art. 4 pkt 8, art. 7 ust. 1 i 3, art. 32 ust. 1, 2 i 4 oraz art. 40 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia *Informacji o wyniku kontroli*.