

Sygn. akt: KIO/KD 67/14

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 5 sierpnia 2014 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń w dniu 5 sierpnia 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Olkuszu, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 26 czerwca 2014 r., przekazanej w piśmie (znak: UZP/DKUE/W2/421/11(6)/14/BK) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Pełnienie nadzoru autorskiego w trakcie realizacji robót budowlanych w ramach Kontraktu W7 Przebudowa Oczyszczalni Ścieków w Olkuszu dla Projektu pn. Porządkowanie gospodarki ściekowej w zlewni Białej Przemszy na terenach gmin: Olkusz, Bukowno, Bolesław, Klucze – etap I”*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Członkowie: Beata Pakulska

Katarzyna Prowadzisz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej następczej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zwanego dalej „Prezesem UZP” lub „Prezesem Urzędu”, wynikły na tle następującego stanu faktycznego.

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Olkuszu (dalej: „Zamawiający”) działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp na pełnienie nadzoru autorskiego w trakcie realizacji robót budowlanych w ramach Kontraktu W7 Przebudowa Oczyszczalni Ścieków w Olkuszu dla Projektu pn. Porządkowanie gospodarki ściekowej w zlewni Białej Przemszy na terenach gmin: Olkusz, Bukowno, Bolesław, Klucze – etap I.”

Prezes UZP przeprowadził kontrolę doraźną następczą opisanego powyżej postępowania. W wydanej w dniu 26 czerwca 2014 r. Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej (znak: UZP/DKUE/W2/421/11(6)/14/BK Prezes Urzędu stwierdził, że Zamawiający w okolicznościach faktycznych sprawy nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Prezes UZP wskazał, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 b) ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Przepis przewiduje zatem dwie przesłanki wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki:

- jest tylko jeden wykonawca, który może świadczyć dostawy, usługi lub roboty budowlane;
- istnienie tego jednego wykonawcy wynika z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów.

W ocenie Prezesa UZP przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, które uzasadniają udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej muszą mieć charakter zasadniczy, tak by można było wykazać, że podjęcie prac przez innego wykonawcę jest ze względu na ochronę praw wyłącznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzezwycięzalny. Prezes UZP wskazał, że przepisy zawarte w ustawie Prawo zamówień publicznych, w szczególności przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 b) ustawy Pzp, interpretować należy w świetle zasad udzielania zamówień publicznych określonych w przepisach ogólnych. Należą do nich zasada uczciwej konkurencji oraz zasada równego traktowania wykonawców, zawarte w art. 7 ust 1 ustawy Pzp. W świetle tych zasad prawidłowa interpretacja przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, w tym art. 67 ust 1 pkt 1 b) ustawy Pzp wymaga, aby istniejący stan faktyczny spowodowany był przyczynami obiektywnymi, niezależnymi w żaden sposób od czynności prawnych i innych działań zamawiającego.

Prezes UZP wskazał ponadto, że mając na uwadze ustawowy obowiązek projektanta - twórcy projektu do sprawowania nadzoru autorskiego, określony w art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo budowlane, pełnienie nadzoru autorskiego przez projektanta wchodzi w zakres samego zamówienia na prace projektowe, albowiem jest związane z opracowaniem samego projektu. Przy czym, to czy w danym przypadku projektant będzie zobowiązany do sprawowania nadzoru autorskiego zależy od decyzji samego inwestora (zamawiającego). Tak więc okoliczność, iż projektant będzie mógł być zobowiązany do sprawowania nadzoru autorskiego jest już znana na etapie przyjęcia samego zamówienia na prace projektowe, niezależnie od tego, czy rzeczywiście będzie taki nadzór wykonywał i niezależnie, czy żądanie sprawowania takiego nadzoru będzie wynikało z własnej decyzji inwestora, czy też związane będzie z decyzją właściwego organu. Powyższe stanowi istotną okoliczność mającą wpływ na sporządzenie oferty (kalkulację wynagrodzenia projektanta). W ocenie Prezesa UZP, z tych względów już na etapie zamówienia na prace projektowe zamawiający ma obowiązek na podstawie przepisów art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 ustawy Pzp określić zasady i warunki sprawowania nadzoru autorskiego. Wobec powyższego należy stwierdzić, iż pełnienie nadzoru autorskiego nie stanowi odrębnego i niezależnego przedmiotu zamówienia od samego zamówienia na prace projektowe. O ile zatem kwestia sposobu pełnienia nadzoru autorskiego i wynagrodzenia za jego sprawowanie w obrocie powszechnym może być przedmiotem swobodnych ustaleń stron w każdym czasie, o tyle w przypadku zamówień publicznych zasady pełnienia nadzoru autorskiego i wynagrodzenia winny być określone już na etapie udzielenia zamówienia na prace projektowe.

W ocenie Prezesa Urzędu, wartość świadczeń związanych z pełnieniem nadzoru autorskiego winna być uwzględniona w wartości szacunkowej zamówienia na prace projektowe (arg. z art. 32 ust. 1 ustawy PZP). Stanowią one bowiem, obok samych kosztów prac projektowych, element tego wynagrodzenia. Po drugie, w opisie przedmiotu zamówienia należy określić zasady i warunki wykonywania czynności związanych z pełnieniem nadzoru autorskiego, w sposób umożliwiający wykonawcom należyłą kalkulację ceny oferty. Po trzecie, wybór projektanta powołanego do pełnienia nadzoru autorskiego, jako że związany jest z równoczesnym wyborem autora dokumentacji projektowej, następuje w drodze otwartych i konkurencyjnych postępowań (przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego), w ramach których zamawiane są usługi na prace projektowe.

Pominięcie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na prace projektowe nadzoru autorskiego nie uprawnia następnie zamawiającego do udzielenia takiemu projektantowi zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 b) ustawy Pzp. W takim przypadku ochrona praw wyłącznych ma charakter wtórny do faktu wcześniejszego udzielenia zamówienia na prace projektowe. Oznacza to, że powodem zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 b) ustawy Pzp nie mogą być inne okoliczności, w tym np. brak pełnego opisu pierwotnego przedmiotu zamówienia. W konsekwencji powyższego mimo, że nadzór autorski nad realizacją projektu architektoniczno - budowlanego powinien być w pewnych okolicznościach sprawowany przez projektanta nie są spełnione przesłanki do udzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Prezes Urzędu wskazał ponadto, że ustawa Prawo budowlane nie przewiduje terminu, w którym projektant może pełnić nadzór autorski. Tym samym specyfika tej usługi powoduje możliwość jej wykonywania po upływie jakiegoś czasu od wykonania projektu. Umowa w sprawie zamówienia publicznego może wyznaczać docelowy termin jej wykonania, z możliwością jego zmiany w ramach zmiany umowy wraz z określeniem warunków takiej zmiany (np. w związku z przedłużeniem procedury wyboru wykonawcy robót budowlanych lub przedłużeniem czasu trwania samych robót).

Prezes UZP powołał się na uchwałę Krajowej izby Odwoławczej (KIO) z dnia 19 kwietnia 2012 (sygn. KIO/KD 41/12), w której stwierdzono, że brak wskazania terminu realizacji usługi nadzoru autorskiego nie stanowi przeszkody dla objęcia przedmiotem zamówienia na prace projektowe usług nadzoru autorskiego, gdyż wyłącznie sam fakt autorskiego opracowania dokumentacji projektowej oraz żądanie zamawiającego rodzą obowiązek sprawowania nadzoru. Obowiązek ten na gruncie Prawa budowlanego nie jest ograniczony w czasie. W przedmiotowej sprawie, w umowie nr ZP/4/2013/NA/W7 na pełnienie nadzoru autorskiego wskazano ogólnie, iż zawarta jest ona na okres 16 miesięcy.

Zarówno konkretyzacja zakresu danego nadzoru, jak i terminu jego wykonania następowały wraz z każdorazowym wezwaniem zamawiającego (vide §4 umowy). Wobec powyższego stwierdzić należy, że nic nie stało na przeszkodzie, aby w podobny sposób uregulować te kwestie już na etapie postępowania na wyłonienie wykonawcy projektu, wraz z przewidzeniem możliwości ewentualnych zmian tego terminu.

W ocenie Prezesa UZP, wobec powyższego nie zasługuje na uwzględnienie argument zamawiającego, zgodnie z którym określenie terminu ewentualnego rozpoczęcia świadczenia usług nadzoru autorskiego było niemożliwe ze względu na niemożność określenia czasu trwania postępowania przetargowego na wyłonienie wykonawcy robót budowlanych.

Ponadto Prezes UZP, że w umowie nr ZP/4/2013/NA/W7 na pełnienie nadzoru autorskiego, zakres robót i obowiązki wykonawcy wskazane zostały w §1 ust. 2 przez wskazanie branż i ust. 4 przez doprecyzowanie, że nadzorem objęte będą również roboty dodatkowe, zamienne lub uzupełniające oraz w §2, gdzie zakres czynności wykonawcy został wskazany przez odesłanie do treści art. 20 ust. 1 pkt 4 Prawa budowlanego, Natomiast w § 4 ust. 3 strony ustaliły, że „czynności nadzoru autorskiego odbywać się będą na wezwanie Zamawiającego. Wraz z wezwaniem Zamawiający przekaże krótki opis zagadnień, których będzie dotyczyć dany nadzór oraz określi wymagany termin wykonania nadzoru.” W §5 ust. 1 umowy strony ustaliły, że umowa ta zawarta jest na okres 16 miesięcy. Strony w §6 ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe.

W ocenie Prezesa UZP przywołane zapisy umowy również nie uzasadniają stanowiska prezentowanego przez zamawiającego jakoby określenie zakresu zamówienia na nadzór, terminu jego wykonania oraz wartości pracy nie było możliwe na etapie udzielania zamówienia na projekt. Zakres prac w umowie został wskazany dość ogólnie, a poczynione odesłanie do art. 20 Prawa budowlanego tym bardziej wskazuje, że w ramach umowy wykonawca miał wykonać typowe czynności dla tego rodzaju zamówień. Ponadto już w umowie nr ZP/3/2008 w § 3 ust. 5 wskazano, że „Wycena prac związanych z prowadzeniem nadzoru autorskiego oparta zostanie o Środowiskowe Zasady Wycen Prac Projektowych publikowane przez Izbę Projektowania Budowlanego.” Zapis taki stanowił zatem podstawę ustalenia wartości nadzoru autorskiego.

Ponadto Prezes UZP zwrócił uwagę należy na okoliczność, że w umowie nr ZP/3/2008 na prace projektowe w § 16 wykonawca przeniósł na zamawiającego autorskie prawa majątkowe do projektu m.in. na następujących polach eksploatacji: wykonanie w przyszłości zmian lub modyfikacji w całości bądź części dzieła oraz wyrażenie zgody na wykonywanie autorskich praw zależnych do utworów stanowiących własność intelektualną, w

zakresie związanym z realizacją przedsięwzięcia. Biorąc pod uwagę powyższy zapis umowy w ocenie Prezes należy stwierdzić, że nie było przeszkód, aby usługa nadzoru była powierzona wykonawcy wyłonionemu w trybie konkurencyjnym. Zapis ten bowiem przewiduje możliwość wykonania autorskich praw zależnych w zakresie związanym z realizacją zamówienia, co obejmować może także wykonywanie nadzoru autorskiego przez inny podmiot niż projektant. W tym miejscu wskazać należy, iż zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej „(...) projektant, a więc osoba legitymująca się uprawnieniami budowlanymi uzyskuje uprawnienie do sprawowania nadzoru autorskiego, (...) ustawa Prawo budowlane ogranicza nadzór autorski do sprawowania nadzoru nad robotami budowlanymi, w zakresie zgodności realizacji z projektem oraz uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie. Powyższe uzasadnia zatem twierdzenie, iż inwestor może również powierzyć nadzór innemu projektantowi” (vide: wyrok KIO z dnia 30.08.2011, sygn. KIO 1805/11). Podobne stanowisko Izba wyraziła w wyroku z 7.06.2011 r. (sygn. KIO 1103/11): „Z prawa do integralności utworu wynika, że nabywca autorskich praw majątkowych nie może bez zgody twórcy czynić zmian w utworze, za wyjątkiem zmian oczywiście koniecznych, którym twórca nie miałby słusznej podstawy się przeciwstawić, a które są niezbędne do umówionego korzystania z utworu.” Prezes UZP zauważył, że sprawowanie nadzoru autorskiego nad utworami architektonicznymi stosownie do art. 60 ust. 5 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych regulują odrębne przepisy tj. przepisu ustawy prawo budowlane, które jakkolwiek nie mogą i nie ingerują w zakres osobistych praw autorskich, przewidują sprawowanie nadzoru autorskiego przez osobę o określonych uprawnieniach oraz możliwość zmiany osoby projektanta sprawującego nadzór autorski stosownie do art. 44 ust. 1 pkt 1.

Reasumując Prezes UZP stwierdził, że w okolicznościach faktycznych sprawy, zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki czym naruszył art. 10 ustawy Pzp.

W dniu 7 lipca 2014 r. wpłynęło do Urzędu Zamówień Publicznych pismo z zastrzeżeniami Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej. W piśmie tym Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Prezesa UZP.

W pierwszej kolejności, Zamawiający odniósł się do przedstawionej w treści informacji pokontrolnej tezy, zgodnie z którą, z uwagi na przeniesienie przez Wykonawcę projektu na Zamawiającego, praw autorskich do wykonanego utworu (§ 16 Umowy ZP/3/2008 z dnia 06.03.2009 r.), Zamawiający miał możliwość późniejszego udzielenia

zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją robót budowlanych wg. wykonanego projektu, w trybie konkurencyjnym.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią przywołanego § 16 Umowy ZP/3/2008 z dnia 06.03.2009 r., wykonawca przeniósł na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe i prawa zależne do modyfikacji utworu, nie zaś prawa osobiste, które to z mocy prawa są niezbywalne i nie mogą być przeniesione na podmioty trzecie. Zamawiający wskazał, że wśród fundamentalnych praw osobistych twórcy znajduje się prawo do autorstwa, prawo do integralności utworu oraz prawo do pełnienia nadzoru autorskiego, w kontekście sposobu korzystania z dzieła, to jest zgodności wykonywanych na podstawie projektu prac, z rozwiązaniami przyjętymi w koncepcji projektowej.

W ocenie Zamawiającego, ustawodawca używając pojęcia "nadzór autorski" zakładał, zgodnie z wykładnią celowościową i językową, że nadzór ten, poza niektórymi wyjątkami (np. śmierć projektanta), może sprawować wyłącznie twórca projektu, zobowiązany do pełnienia nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub właściwego organu. Obowiązek ten wynika z samego faktu opracowania projektu budowlanego, a jego źródłem jest przepis prawa (art. 20 ust. 1 pkt 4 Prawa budowlanego). Analogiczne stanowisko prezentowane jest także przez przedstawicieli doktryny. Zamawiający wskazał, na opinię prof. dr hab. Jana Błęszyńskiego pt: „Prawo twórcy utworu architektonicznego do nadzoru nad realizacją jego dzieła”, z dnia 15 lutego 2012 roku, gdzie autor wskazuje: „W szczególności wymienienie w art. 16 pkt 5 Prawa autorskiego „nadzoru nad sposobem korzystania z utworu” wynika z przekonania, że przyznanie twórcy bezwzględne prawa kontroli sposobu korzystania z jego utworu jest rozwinięciem ochrony integralności autorstwa, a takie korzystania z renomy utworu oraz bez ujmy dla słusznych interesów jego twórcy. Stwarza to możliwość zarówno do czuwania nad właściwym korzystaniem z utworu, doprecyzowywania różnorodnych detali zamysłu twórczego, jego właściwego odczytania w toku realizacji oraz problemów realizacyjnych powstających w związku z różnymi sytuacjami w stadium realizacji projektu, jak również do dochodzenia naruszeń w sytuacjach, gdy prawo twórcy zostało naruszone lub zaszła potrzeba zapobiegnięcia naruszeniom (gdy okoliczności realizowania lub korzystania z utworu uzasadniają obawę naruszenia praw twórcy). (...) realizacja zamysłu twórcy, składającego się na utwór, wymaga czynności technicznych wykonywanych przez osoby trzecie. Uzasadnia to kontrolę wykonywania tych czynności pod kątem zgodności z zamysłem twórcy. W stadium realizacji utworu architektonicznego niezbędna jest intensywna współpraca twórcy z realizującym jego dzieło. Wynika ona z potrzeby właściwego odczytania twórczego zamysłu składającego się na realizowany projekt. (...) Okazuje się również niezbędne wypowiedzenie się przez twórcę co

do dopuszczalności wprowadzania do utworu różnorodnych zmian, których potrzeba (możliwość, konieczność) ujawnia się w toku realizacji budowl. W płaszczyźnie autorskich praw osobistych nadzór autorski jest prawem twórcy gwarantującym mu dostęp do utworu w toku realizacji budowl i następnie jej eksploatacji. (...) nadzór autorski w świetle art. 16 pkt 5 PrAut stanowi osobiste prawo architekta jako twórcy utworu architektonicznego. Jest ta (jak całość prawa autorskiego do utworu) uprawnienie wynikające z prawa podmiotowego bezwzględnego, a więc skutecznego wobec wszystkich (erga omnes). (...) Jest to samoistne uprawnienie, które może być w uzasadnionym gospodarczo zakresie egzekwowane od każdego, w tym od wykonawcy lub użytkownika budowl. Prawa tego nie można ani twórcy pozbawić, ani wymusić na nim zastępczego wykonywania przez inną osobę w jakiegokolwiek konfiguracji. Powstanie prawa do nadzoru jest konsekwencją nie zawarcia umowy o sporządzenie projektu, a stanowi konsekwencję stworzenia utworu architektonicznego będącego następnie przedmiotem realizacji lub wykorzystywania (...). Uważam zatem za niedopuszczalne próby powierzenia wykonywania nadzoru autorskiego w wyniku przetargu. Taka sytuacja nie tylko stanowiłoby oczywiste naruszenie prawa autorskiego, polegające na unicestwieniu fundamentalnego autorskiego osobistego prawa twórcy, ale osoba wyłoniona do wykonywania tak rozumianego nadzoru autorskiego nie miałaby tytułu do skutecznego wykonywania praw, które jako niezbywalne i niezrzekalne służą jedynie twórcy. Nie powinno budzić wątpliwości, że prawo do nadzoru autorskiego może być (a wynika to z jego istoty i charakteru prawnego) wykonywane tylko przez jedną osobę, tj. przez twórcę realizowanego dzieła, a więc, w omawianym przypadku, przez architekta (...). W konsekwencji, biorąc nadto pod uwagę związanie nadzoru autorskiego z autorstwem projektu architektonicznego, moim zdaniem, może ono być realizowane wyłącznie na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b) ustawy Pzp. Umowa o nadzór autorski jest bowiem umową, której zawarcie wynika z istnienia ochrony o charakterze praw wyłącznych. Jak powiedziana to wyżej, sprawowanie nadzoru autorskiego, niezależnie od tego, że jest wykonywane także w interesie inwestora i przyszłego użytkownika budowl, jest w swej listocie wykonywaniem uprawnień twórcy wynikających z prawa bezwzględnego, jakim jest służące mu prawo autorskie, a w jego ramach wynikających z ochrony autorskich dóbr osobistych".

Zamawiający podkreślił, że podobnie stanowisko jest prezentowane w Komentarzu do Prawa Zamówień Publicznych pod redakcją T. Czajkowskiego (Jerzy Baehr, Tomasz Czajkowski, Włodzimierz Dzierżanowski i Tomasz Kwieciński, Waldemar Łysakowski), wyd. trzecie (stan prawny na 1 stycznia 2008 r.) Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2007 /komentarz aktualny na chwilę wszczęcia przez Zamawiającego postępowania na opracowanie dokumentacji projektowej dla modernizacji oczyszczalni ścieków/: „Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, gdy dostawy, usługi lub roboty

budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Chodzi w szczególności o przypadki związane z ochroną praw autorskich i praw pokrewnych na podstawie przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (...). Warto podkreślić, że zamówienia z wolnej ręki można udzielić na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b), gdy ochrona praw wyłącznych udzielana jest ex lege. Kontraktowa ochrona przyznanego umowie prawa ekskluzywnego nie uzasadnia zastosowania tego trybu".

W świetle powyższego, w ocenie Zamawiającego, podkreślenia wymaga, iż z treści regulacji § 16 Umowy ZP/3/2008 z dnia 06.03.2009 r. na realizacją usług projektowych, zawartej pomiędzy Zamawiającym a twórcą projektu nie wynika, aby projektant zezwolił na wykonywanie osobistych praw autorskich Zamawiającemu lub innemu podmiotowi. Tym samym, przyznane projektantowi, z mocy prawa, uprawnienie do pełnienia nadzoru autorskiego nad realizacją sporządzonego projektu, nie zostało w żaden sposób ograniczone, implikując tym samym konieczność zawarcia z twórcą projektu umowy na pełnienie nadzoru autorskiego.

Zamawiający wskazał, że stanowisko Prezesa UZP wyrażone w protokole pozostaje w sprzeczności ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych zaprezentowanym w opinii pt.: „Stosowanie ustawy - Prawa zamówień publicznych do zamówień na pełnienie nadzoru autorskiego nad realizację projektu architektoniczno - budowlanego”. W ocenie Zamawiającego, z opinii UZP wynika, że to umowa o prace projektowe opisuje zobowiązanie wykonawcy - projektanta do świadczenia usług nadzoru autorskiego na zasadach tą umową wskazanych i to zapisy umowy o prace projektowe są źródłem praw wyłącznych uzasadniających późniejsze wszczęcie procedury zamówienia z wolnej ręki. A zatem zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp do udzielenia zamówienia na usługi nadzoru autorskiego, może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji kiedy na etapie konstruowania warunków zamówienia na usługi projektowe, Zamawiający pośród obowiązków projektanta przewidział obowiązek pełnienia nadzoru autorskiego. Zgodnie bowiem z tezami powoływanej opinii: „Pominięcie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na prace projektowe nadzoru autorskiego, który może być sprawowany przez projektanta wybranego w toku takiego postępowania, nie uprawnia następnie zamawiającego do udzielenia takiemu projektantowi zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp. Obowiązek pełnienia nadzoru autorskiego przez projektanta powinien być bowiem określany już na etapie zamówienia na prace projektowe.” W takim wypadku umowa o prace projektowe, w zakresie zobowiązania do pełnienia usług nadzoru autorskiego, w

pewnym sensie winna być traktowana jako umowa przedwstępna, zawierająca zobowiązanie stron do zawarcia umowy przyrzeczonej na świadczenie usług nadzoru autorskiego, a zatem, w wyniku wyraźnego opisanego tego elementu obowiązków projektanta Już w umowie o prace projektowe, dochodzi do świadczenia tych usług albo jeszcze w ramach umowy o prace projektowe albo na podstawie odrębnej umowy o nadzór autorski, zawartej na mocy art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b) ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, że umowa nr ZP/3/2008 z dnia 6.03.2009 r. o świadczenie usług projektowych na „Opracowanie projektu modernizacji Oczyszczalni Ścieków w Olkuszu” zawarta pomiędzy Przedsiębiorstwem Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Olkuszu a Biurem Projektów Budownictwa Komunalnego we Wrocławiu Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zawierała w swej treści, w § 2 ust. 2, wskazania dotyczące świadczenia usług z zakresu nadzoru autorskiego określając, iż szczegółowy zakres przedmiotu umowy określa Opis Przedmiotu Zamówienia, w którym w pkt 2.5.4 lit. g) wskazano, że zakres zamówienia obejmuje m.in.: „sprawowanie funkcji nadzoru autorskiego w trakcie realizacji robót oraz w okresie rękojmi na roboty (w ramach odrębnej umowy)” oraz „obligatoryjny udział w odbiorze końcowym zadania inwestycyjnego zrealizowanego na podstawie opracowanej dokumentacji technicznej (w ramach umowy o nadzór autorski)”. Ponadto § 3 ust 5 Umowy o świadczenie usług projektowych określa, iż „wycena prac związanych z prowadzeniem nadzoru autorskiego oparta zostanie o Środowiskowe Zasady Wyceny Prac projektowych publikowane przez Izbę Projektowania Budowlanego (adres; ul. Śliska 52,00-826 Warszawa)”. Powyższe zapisy wskazują na obowiązek pełnienia przez projektanta czynności nadzoru autorskiego, określają zasady wzajemnego rozliczenia stron, odsyłając w tym zakresie do środowiskowych Zasad Wyceny Prac projektowych publikowanych przez Izbę Projektowania oraz wskazują, że szczegółowe zasady świadczenia usług nadzoru regulowane będą odrębną umową o świadczenie usług nadzoru autorskiego, co w sposób jednoznaczny potwierdza, że świadczenie przez projektanta usług nadzoru autorskiego zostało przewidziane (objęte przedmiotem zamówienia) już na etapie zawarcia umowy na prace projektowe, a w konsekwencji uprawniało Zamawiającego do zawarcia w wyniku negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, umowy o świadczenie usług nadzoru autorskiego, na późniejszym etapie.

Zamawiający wskazał, iż na etapie sporządzania opisu przedmiotu zamówienia dla postępowania na wykonanie prac projektowych, przewidywał obowiązek pełnienia nadzoru autorskiego przez projektanta, na co wskazują powołane powyżej zapisy umowy i opis przedmiotu zamówienia, nie był jednak w stanie w sposób dostatecznie precyzyjny i konkretny określić następujących istotnych elementów, mających realny wpływ na

świadczenie usług nadzoru autorskiego i ściśle z nim powiązanych, to jest: (a) terminu rozpoczęcia świadczenia usług nadzoru autorskiego i okresu świadczenia tych usług; (b) precyzyjnego zakresu przedmiotowego nadzoru autorskiego; (c) wartości usług nadzoru autorskiego.

Ad. a)

W ocenie Zamawiającego, z uwagi na niemożliwość do określenia czasu trwania postępowania przetargowego na wyłonienie wykonawcy robót budowlanych, realizowanych na podstawie wykonanego projektu oraz termin zawarcia umowy z wykonawcą robót, niemożliwe stało się precyzyjne określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług nadzoru autorskiego. Termin wszczęcia postępowania na roboty budowlane w zakresie modernizacji oczyszczalni ścieków, uwarunkowany był możliwością pozyskania zewnętrznego dofinansowania inwestycji (w przypadku nieuzyskania środków finansowych na realizację inwestycji budowlanej na oczekiwanym poziomie, Zamawiający rozważał długoletnią, etapową realizację przedsięwzięcia). Zamawiający podkreśla, iż dopiero rok po wszczęciu postępowania na sporządzenie dokumentacji projektowej dla modernizacji oczyszczalni ścieków w Olkuszu miał możliwość złożenia wniosku aplikacyjnego i rozpoczęcia procedury pozyskiwania dofinansowania do realizacji zamierzonego zadania inwestycyjnego, na podstawie wykonanego projektu (26 listopada 2009 r. do instytucji wdrażającej - NFOŚiGW w Warszawie, został złożony wniosek aplikacyjny wraz z kompletem załączników), przy czym podpisanie umowy o dofinansowanie nr POIS.01.01.00-00-210/10-00 dla Projektu „Porządkowanie gospodarki ściekowej w zlewni Białej Przemszy na terenach gmin; Olkusz, Bukowno, Bolesław, Klucze - etap I” w ramach działania 1.1 „Gospodarka wodno-ściekowa w aglomeracjach powyżej 15 tys. RLM” priorytetu I „Gospodarka wodno-ściekowa” Programu Operacyjnego infrastruktura i środowisko 2007 – 2013”, obejmującego swym zakresem modernizację oczyszczalni ścieków w Olkuszu, na podstawie wykonanej dokumentacji projektowej, a więc zapewnienie finansowania realizacji inwestycji w pełnym zaprojektowanym zakresie miało miejsce po spełnieniu wszystkich wymogów merytorycznych, formalnych i proceduralnych uzyskania dofinansowania, to jest znacznie później, aniżeli Zamawiający wszczął postępowanie na opracowanie projektu modernizacji oczyszczalni ścieków.

Ponadto Zamawiający zaznaczył, iż z uwagi na zakres, stopień skomplikowania i specyfikę przedmiotu zamówienia na roboty budowlane (w tym wprowadzenie innowacyjnej technologii, mającej zapewnić parametr wysuszenia osadów ściekowych na poziomie 90% suchej masy) oraz z uwagi na prowadzone w toku procedury przetargowej na wybór wykonawcy robót postępowanie odwoławcze przed KIO, postępowanie pn.: Kontrakt W7 - „Przebudowa Oczyszczalni Ścieków w Olkuszu” dla Projektu pn.: „Porządkowanie

gospodarki ściekowej w zlewni Białej Przemszy na terenach gmin; Olkusz, Bukowno, Bolesław, Klucze - etap I", było przeprowadzane trzykrotnie, co stało się bezpośrednią przyczyną przesunięcia w czasie momentu zawarcia umowy z wykonawcą robót oraz skrócenia pierwotnie przewidywanego okresu wykonania robót budowlanych.

Pierwsze postępowanie wszczęte w dniu 11.09.2012 r., unieważnione w dniu 2 października 2012 r.; drugie postępowanie wszczęte w dniu 19.11.2012 r., unieważnione w dniu 10 stycznia 2013 r.; trzecie postępowanie wszczęte w dniu 22.01.2013 r., rozstrzygnięte w dniu 20.03.2013 r., przy czym umowa na roboty budowlane została zawarta po przeprowadzeniu przez Prezesa UZP kontroli uprzedniej i wdrożeniu wniosków pokontrolnych, to jest dopiero w dniu 30.05.2013r., a zatem 4,5 roku po wszczęciu postępowania na wykonanie prac projektowych.

Zamawiający wskazał, że nie miał możliwości przewidzenia i określenia w zamówieniu na prace projektowe, momentu wszczęcia i czasu trwania procedury przetargowej na wyłonienie wykonawcy robót budowlanych oraz terminu rozpoczęcia realizacji tych robót, a tym samym terminu rozpoczęcia świadczenia usług nadzoru autorskiego i czasu jego trwania, w toku realizacji inwestycji. Równocześnie podkreślenia wymaga, iż momentem, w którym Zamawiający mógł w sposób jednoznaczny stwierdzić konieczność pełnienia nadzoru autorskiego nad realizacją inwestycji przez projektanta, w pełnym zakresie objętym wykonaną dokumentacją projektową, było wyżej wspomniane podpisanie umowy o dofinansowanie, zapewniającej środki na wykonanie modernizacji oczyszczalni ścieków w Olkuszu, co miało miejsce dnia 2 listopada 2011 r., to jest po trzech latach od dokonania opisu przedmiotu zamówienia i wszczęcia postępowania na wykonanie prac projektowych.

W kontekście zaistniałej rozpiętości czasowej, pomiędzy dokonaniem przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia na prace projektowe i wszczęciem tego postępowania, a udzieleniem zamówienia na wykonanie robót budowlanych, nad którymi pełniony miał być nadzór autorski, Zamawiający wskazał, iż ujęcie usług nadzoru autorskiego w opisie przedmiotu zamówienia na prace projektowe, zmuszałoby wykonawców do wycenienia usług niedookreślonych czasowo, odnośnie których niemożliwe byłoby konkretne wskazanie kiedy i jak długo będą wykonywane. Powyższe oznaczałoby zawarcie umowy na czas nieokreślony co jest niedopuszczalne.

Równocześnie zawarcie umowy obejmującej obok projektowania również bliżej nieokreślone (w tym czasowo) usługi nadzoru autorskiego z dużym prawdopodobieństwem

mogłoby zostać zakwestionowane przykładowo przez właściwe organy kontroli i nadzoru finansowego (przykładowo Urząd Kontroli Skarbowej), jako nierespektowanie zakazu zaciągania zobowiązań przyszłych na kwoty przekraczające wydatki budżetowe przewidziane w planie finansowym na dany rok budżetowy.

Ad. b)

W chwili wszczęcia postępowania na wykonanie projektu modernizacji oczyszczalni ścieków, dokładny, precyzyjny zakres przedmiotowy nadzoru autorskiego nie był możliwy do określenia, z uwagi na następujące okoliczności:

- i. nie istniała żadna dokumentacja techniczna, obrazująca sposób, zakres i wymagania technologiczne dla modernizacji obiektu oczyszczalni ścieków, a tym samym szczegółowe rozwiązania i zakres robót budowlanych, przy wykonywaniu których miał być sprawowany nadzór autorski nie był znany (wykonanie projektu było przedmiotem udzielanego wówczas zamówienia);
- ii. Zamawiający nie był w stanie wskazać ram czasowych dla usług nadzoru autorskiego (daty rozpoczęcia i zakończenia) oraz nie był w stanie oszacować minimalnej wymaganej ilości wizyt projektanta na terenie budowy w ramach nadzoru autorskiego;
- iii. brak posiadania przez Zamawiającego środków finansowych na zrealizowanie inwestycji stwarzało ryzyko rezygnacji z realizacji przedsięwzięcia, lub zastosowania innych rozwiązań, takich jak podział przedsięwzięcia na odrębne, mniejsze zakresowo etapy, bądź też generalne ograniczenie zakresu inwestycji, w stosunku do założeń projektowych-

Z powyższych względów stwierdzić należy, iż Zamawiający na etapie udzielania zamówienia na prace projektowe, nie potrafił ściśle określić zakresu nadzoru autorskiego, a tym samym nie był w stanie sformułować opisu przedmiotu zamówienia, z zachowaniem dyspozycji normy art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Ad. c)

Zamawiający wskazał, że na przestrzeni wskazanego okresu, pomiędzy dokonywaniem opisu przedmiotu zamówienia na prace projektowe i wszczęciem tego postępowania, a faktycznym rozpoczęciem realizacji robót budowlanych na podstawie wykonanego projektu, ceny świadczenia usług nadzoru autorskiego ulegały zmianom, a zatem oszacowanie wartości zamówienia z uwzględnieniem świadczenia tych usług już na etapie wykonania projektu było niemożliwe zarówno dla Zamawiającego jak i dla wykonawców, nawet przy wprowadzeniu do umowy mechanizmów waloryzacyjnych.

Dodatkowo brak określenia terminu pełnienia nadzoru autorskiego spowodowałby brak możliwości określenia realnej ceny za świadczenie usług nadzoru autorskiego przez wykonawców, co mogłoby się przyczynić do nieporównywalności złożonych ofert, lub do złożenia ofert zawierających zawyżone w stosunku do przedmiotu umowy ceny, w wyniku uwzględnienia przez wykonawców ryzyka realizacji zamówienia w nieokreślonym czasie i zakresie, co z kolei stanowiłoby sytuację niekorzystną dla Zamawiającego w kontekście konieczności przestrzegania zasady oszczędnego wydatkowania środków.

Zatem, w ocenie Zamawiającego, ze względu na niemożność oszacowania wartości zamówienia na usługę nadzoru autorskiego oraz ryzyko nieprawidłowej wyceny ofert przez wykonawców, Zamawiający zdecydował o wyłączeniu z zakresu przedmiotowego umowy na prace projektowe, usług pełnienia nadzoru autorskiego.

Zamawiający wskazał również na stanowisko zawarte w piśmie z dnia 29 marca 2012 r. - wystosowanym do Prezesa Urzędu - przez organizacje samorządu zawodowego i gospodarczego oraz stowarzyszenia naukowo-techniczne działające na rzecz projektowania architektonicznego oraz budownictwa, tworzące porozumienie, do którego należą; Polska Izba Inżynierów Budownictwa, Izba Architektów RP, Polska Izba Urbanistów, Polski Związek Inżynierów i Techników Budownictwa, Stowarzyszenie Architektów Polskich, Stowarzyszenie Geodetów Polskich, Towarzystwo Urbanistów Polskich, Izba Projektowania Budowlanego i Geodezyjna Izba Gospodarcza. W piśmie tym, środowisko inżynierów wyraziło m.in. pogląd, iż:

"Niemożliwym jest dokładna i całkowita wycena w ofercie przedmiotu zamówienia na nadzór autorski na etapie przystąpienia do przetargu na dokumentację przetargową z uwagi na to, iż:

- i. obiekt na którym ma być sprawowany nadzór autorski i związany z obiektem zakres robót budowlanych, przy wykonywaniu których ma być on wykonywany, jest nieznany, bo nie jest przedstawiony w odpowiednich projektach, które jeszcze nie zostały opracowane;
- ii. nieznana jest liczba możliwych potrzeb związanych z koniecznością wykonywania projektów zamiennych, bo warunki budowy mogą okazać się inne od tych, które stanowiły podstawę opracowania projektów;
- iii. nieznany jest okres trwania, czas rozpoczęcia i zakończenia sprawowania nadzoru autorskiego;
- iv. nieznany jest przyszły wykonawca robót budowlanych, poziom jego kwalifikacji wyposażenia techniczno-sprzętowego i kadrowego, np. w zakresie dysponowania

kadram zdolną do wykonania projektów rusztowań, rysunków warsztatowych i montażowych itp."

Zamawiający powoła się również na stanowisko KIO wyrażone w uchwale z dnia 6 lipca 2012 r. Sygn. akt: KIO/KD 57/12, LEX nr 1217617, uchwale KIO z dnia 5 stycznia 2011 r. Sygn. akt KIO/KD 106/10, Wyroku KIO z dnia 15.02.2014 r.; Sygn. akt: 222/12 LEX nr 1125007.

Zamawiający podkreślił, że decyzja o ujęciu w treści umowy na wykonanie prac projektowych obowiązku pełnienia nadzoru autorskiego nad realizacją robót wykonywanych na podstawie projektu przez projektanta (twórcę koncepcji), a następnie udzielnie projektantowi zamówienia w trybie z wolnej ręki na nadzór autorski stanowiła wyraz troski Zamawiającego o wysoką jakość, prawidłowość wykonania oraz osiągnięcie zagwarantowanego w projekcie efektu ekologicznego inwestycji pn.: Przebudowa Oczyszczalni Ścieków w Olkuszu, realizowanej na podstawie wykonanej dokumentacji. Do obowiązków autora projektu modernizacji obiektu istniejącej oczyszczalni ścieków w Olkuszu należało zaprojektowanie robót w sposób bezpieczny, prawidłowy oraz spełniający wysokie wymagania Zamawiającego, w tym w szczególności kluczowy wymóg osiągnięcia oczekiwanego efektu, w postaci wysuszenia osadów do wartości 90% suchej masy, ponieważ zgodnie z deklaracją odbiorcy osadów (cementownią), osad z modernizowanej oczyszczalni zostanie odebrany tylko w przypadku osiągnięcia min. 90% suchej masy przy każdym odbiorze.

Mając na uwadze, iż w przypadku nieosiągnięcia zamierzonego efektu ekologicznego, Zamawiający musiałby ponosić wysokie koszty (w sytuacji braku osiągnięcia zakładanego stopnia wysuszenia, Zamawiający będzie zmuszony do ponoszenia kosztów utylizacji osadów w sposób inny, aniżeli spalanie w cementowniach, dla których zaprojektowany został proces suszenia, w tym kosztów składowania, transportu i utylizacji osadów, w wysokości kilkudziesięciu tysięcy złotych miesięcznie), również w Klauzuli 4.1. umowy o roboty budowlane zawarte zostały zapisy (cytowane poniżej), wskazujące co do zasady na odpowiedzialność autora projektu za przyjęte rozwiązania technologiczne (materiały i urządzenia), mające zagwarantować osiągnięcie wymaganych parametrów wysuszenia (tylko w wypadku zastosowania przez wykonawcę rozwiązań zamiennych w stosunku do projektu, lub nieprawidłowego wykonawstwa, odpowiedzialność za nieosiągnięcie efektu, w tym za zapłatę kar umownych, ponosić będzie wykonawca robót.

Stopień skomplikowania i innowacyjność projektu, jak również dynamika procesu budowlanego i możliwa do wystąpienia w toku realizacji robót, konieczność sporządzenia projektów zamiennych, spowodowały, iż Zamawiający obawiał się powierzenia czynności nadzoru autorskiego nad szczególnego rodzaju przedsięwzięciem, podmiotowi innemu aniżeli twórca projektu nie tylko z uwagi na ryzyko braku zachowania spójności i jednolitości pierwotnej koncepcji przy konieczności zmian w projekcie, ale również mając na względzie wspomniane wyżej potencjalne straty finansowe, ryzyko przedłużenia terminu realizacji inwestycji przykładowo z uwagi na długotrwały proces akceptacji proponowanych przez wykonawcę rozwiązań równoważnych (nowy podmiot potrzebowałby więcej czasu na zbadanie zgodności rozwiązań z wymogami projektowymi), czy też ryzyka wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym przez projektanta z tytułu naruszenia praw autorskich.

W odpowiedzi na zgłoszone zastrzeżenia pismem z dnia 21 lipca 2014 r. (znak: UZP/DKUE/W2/421/11(9)/14/BK), Prezes UZP podtrzymał stanowisko dotyczące naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 26 czerwca 2014 r.

W odniesieniu do stanowiska Zamawiającego przedstawianego w zastrzeżeniach od wyniku kontroli Prezes Urzędu wskazywał, że sprawowanie nadzoru autorskiego nad utworami architektonicznymi stosownie do art. 60 ust. 5 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych regulują odrębne przepisy, tj. przepisy ustawy Prawo budowlane, które jakkolwiek nie mogą i nie ingerują w zakres osobistych praw autorskich, przewidują sprawowanie nadzoru autorskiego przez osobę o określonych uprawnieniach oraz możliwość zmiany osoby projektanta sprawującego nadzór autorski, stosownie do art. 44 ust. 1 pkt 3. Regulacja ta wskazuje, przy niezmienności autora projektu, na dopuszczalność sprawowania nadzoru autorskiego także przez osobę nie będącą autorem projektu. Zatem, w ocenie Prezesa UZP, biorąc pod uwagę powołane regulacje, nie sposób dojść do przekonania, jak czyni to Zamawiający, że autor projektu zawsze musi sprawować nadzór autorski. Podkreślenia jednakże wymaga, iż autorowi (twórcy) projektu, niezależnie od tego, czy faktycznie sprawuje on nadzór autorski, przysługują osobiste prawa autorskie do jego projektu, których to praw, jak wyżej wskazano, zgodnie z art. 16 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, nie może przenieść na inne osoby, w tym na innych projektantów albo na inwestorów. Zakazu przenoszenia osobistych praw autorskich do projektów nie należy jednak mylić z upoważnianiem innych osób (projektantów) do wykonywania tych praw, co znajduje swą formalną podstawę w przepisach ustawy Prawo budowlane. Na potrzeby realizacji obowiązku w zakresie sprawowania nadzoru autorskiego dopuszczono bowiem do rozdziału między autorem (twórcą) projektu, a osobą wykonującą przysługujące twórcy z mocy ustawy, osobiste prawo autorskie do sprawowania nadzoru nad sposobem korzystania

z utworu (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1103/11).

W ocenie Prezesa UZP, dokonując analizy przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz ustawy Prawo budowlane stwierdzić należy, iż sprawowanie nadzoru nad utworami architektonicznymi odbywa się według przepisów ustawy Prawo budowlane. Ta z kolei, ustanawia funkcję projektanta, którego jednym z obowiązków jest sprawowanie nadzoru autorskiego. Biorąc pod uwagę zakres obowiązków związanych z nadzorem autorskim (art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo budowlane) oraz fakt, iż żaden z przepisów wspomnianej ustawy nie nakłada obowiązku sprawowania nadzoru autorskiego przez autora (twórcę) projektu (utworu) stwierdzić należy, iż w świetle ustawy Prawo budowlane okoliczność, kto jest autorem projektu jest indyferentna. Na gruncie powołanych przepisów ustawodawca uznał bowiem, iż projektant, a więc osoba legitymująca się uprawnieniami budowlanymi uzyskuje uprawnienie do sprawowania nadzoru autorskiego. W tym miejscu warto również zauważyć, iż ustawa Prawo budowlane ogranicza nadzór autorski do sprawowania nadzoru nad robotami budowlanymi, w zakresie zgodności realizacji z projektem oraz uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie. Powyższe uzasadnia zatem twierdzenie, iż inwestor może również powierzyć nadzór innemu projektantowi.

W ocenie Prezesa UZP oznacza to, iż nadzór autorski wykonywany zgodnie z ustawą Prawo budowlane przez projektanta, który nie jest jednocześnie autorem projektu, sprowadza się jedynie do wykonywania czynności, o których mowa w art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo budowlane, zaś w sytuacji, gdy sprawuje go twórca projektu, osobie tej przysługują jednocześnie uprawnienia wynikające z autorskich praw osobistych. Ustawodawca dokonał więc wyraźnego podziału uprawnień związanych ze sprawowaniem nadzoru autorskiego w sferze prawa publicznego i prywatnego.

W ocenie Prezesa UZP zaprezentowane powyżej stanowisko znajduje w sposób pośredni potwierdzenie w przepisie art. 44 ustawy Prawo budowlane. Z jednej bowiem strony nie daje podstaw do formułowania wniosku, iż nadzór autorski musi być sprawowany przez autora projektu, z drugiej strony dopuszcza zmianę projektanta, co również uzasadnia twierdzenie, iż na gruncie ustawy Prawo budowlane nadzór autorski może być wykonywany przez osobę posiadającą uprawnienia budowlane w zakresie projektowania (vide: wyrok KO z dnia 24 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 90/12). Prezes UZP zwrócił również uwagę, że przepis ten nie zawęża okoliczności, w jakich możliwe jest powierzenie sprawowania nadzoru autorskiego jedynie do przypadku śmierci autora projektu. Nie wynika to z brzmienia ww. przepisu ustawy Prawo budowlane.

Jednocześnie zaznaczyć należy, że brak upoważnienia ze strony autora projektu dla Zamawiającego, w treści umowy, do powierzenia nadzoru autorskiego innej osobie niż twórca projektu nie oznacza zakazu w tym przedmiocie. W tej materii znajdują odpowiednie zastosowanie przepisy ustawy Prawo budowlane.

Prezes UZP wskazał również, że nie sposób się zgodzić także w twierdzeniem Zamawiającego jakoby Prezes Urzędu w Informacji o wyniku kontroli nie respektował stanowiska wyrażonego w opinii pt. „Stosowanie ustawy - Prawo zamówień publicznych do zamówień na pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją projektu architektoniczno - budowlanego” zamieszczonej na stronie internetowej UZP. Prezes UZP ponownie wyjaśnił, że stosownie do treści ww. opinii pełnienie nadzoru autorskiego przez projektanta wchodzi w zakres samego zamówienia na prace projektowe, gdyż jest nierozdzielnie związane z opracowaniem samego projektu, a w konsekwencji z osobą projektanta. Jednak to, czy w danym przypadku projektant będzie zobowiązany do sprawowania nadzoru autorskiego zależy od decyzji samego inwestora - Zamawiającego. Jeśli Zamawiający podejmie taką decyzję, oczywistą jej konsekwencją jest obowiązek Zamawiającego określenia na etapie zamówienia na prace projektowe zasad i warunków sprawowania nadzoru autorskiego. Określenie tych zasad wyraża się po pierwsze w uwzględnieniu wartości świadczeń związanych z pełnieniem nadzoru autorskiego w wartości szacunkowej zamówienia na prace projektowe; po drugie w określeniu w opisie przedmiotu zamówienia zasad i warunków wykonywania czynności związanych z pełnieniem nadzoru autorskiego, w sposób umożliwiający należyłą kalkulację ceny oferty; po trzecie w dokonaniu wyboru projektanta powołanego do pełnienia nadzoru autorskiego w drodze otwartych i konkurencyjnych postępowań, jako że wybór ten związany jest z równoczesnym wyborem autora dokumentacji projektowej.

W ocenie Prezesa UZP nie ulega wątpliwości, że w kontrolowanym postępowaniu Zamawiający, mimo tego co twierdzi, nie dopełnił powyższego obowiązku. Przede wszystkim Zamawiający nie oszacował wartości usługi nadzoru autorskiego łącznie z wartością prac projektowych. Wynika to zarówno z dokumentacji postępowania, jak i z wyjaśnień Zamawiającego z dnia 25 listopada 2013 r., gdzie wprost przyznał, że „ze względu na niemożność oszacowania wartości zamówienia na usługę nadzoru autorskiego oraz ryzyko nieprawidłowej wyceny ofert wykonawców, Zamawiający zdecydowało wyłączeniu z zakresu przedmiotowego umowy na prace projektowe, usług pełnienia nadzoru autorskiego”. Ponadto o tym, że zasady i warunki pełnienia nadzoru autorskiego nie zostały określone przez Zamawiającego na etapie postępowania na projekt świadczy również okoliczność, że wykonawca nie wycenił w swojej ofercie tych usług.

W ocenie Prezesa UZP, gdyby rzeczywiście Zamawiający przewidział usługę nadzoru

autorskiego na etapie udzielenia zamówienia na projekt, to w ogóle nie musiałby przeprowadzać kolejnego (odrębnego) postępowania w trybie z wolnej ręki na nadzór autorski, jak to miało miejsce w niniejszej sprawie.

Prezes UZP zaznaczył również, że mając na uwadze wskazany przez Zamawiającego zakres przedmiotowy nadzoru autorskiego w umowie nr ZP/4/2013/NA/W7, gdzie obowiązki wykonawcy wskazane zostały w §1 ust. 2 przez wskazanie branż i ust. 4 przez doprecyzowanie, że nadzorem objęte będą również roboty dodatkowe, zamienne lub uzupełniające oraz w §2, gdzie zakres czynności wykonawcy został wskazany przez odesłanie do treści art. 20 ust. 1 pkt 4 Prawa budowlanego, stwierdzić należy że nie było przeszkód, aby w analogiczny sposób Zamawiający określił zakres ww. usług w postępowaniu na dokumentację projektową, tym bardziej, że w § 4 ust. 3 strony ustaliły, że „czynności nadzoru autorskiego odbywać się będą na wezwanie Zamawiającego. Wraz z wezwaniem Zamawiający przekaże krótki opis zagadnień, których będzie dotyczyć dany nadzór oraz określi wymagany termin wykonania nadzoru.”

Mając na uwadze, w ocenie Prezesa UZP należało uznać, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp. Skoro bowiem zamiarem zamawiającego od samego początku było powierzenie nadzoru autorskiego autorowi projektu, powinien był on włączyć tą usługę do przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia na opracowanie dokumentacji projektowej. Zaniechanie tego obowiązku nie może następnie być uzasadnieniem dla przeprowadzenia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Pismem z dnia 24 lipca 2014 r. zgodnie z art. 167 ust. 2 ustawy Prezes UZP przekazał ww. zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze zgromadzoną dokumentacją oceniając zastrzeżenie kontrolowanego w odniesieniu do wskazanych naruszeń wykazywanych w informacji o wynikach kontroli doraźnej Prezesa UZP ustaliła i zważyła, co następuje:

Na podstawie przedłożonej dokumentacji postępowania, Protokołu kontroli i Informacji o wyniku kontroli, Izba stwierdziła, iż w trakcie kontroli właściwie zrekonstruowano i przedstawiono stan faktyczny sprawy – ustalenia kontrolujących w tym zakresie Izba przyjmuje za własne.

W ocenie Izby argumenty zawarte w zastrzeżeniach Zamawiającego od Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki należy uznać za zasadne.

Zgodnie z wyrażoną w art. 10 ust. 1 ustawy Pzp zasadą prymatu trybów konkurencyjnych wobec niekonkurencyjnych podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg ograniczony i nieograniczony. Zasada ta koreluje z inną zasadą udzielania zamówień publicznych, a mianowicie z wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadą przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zapewnienie przeprowadzenia postępowania w sposób wskazany w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp urzeczywistnia się najlepiej poprzez zastosowanie takiego trybu o udzielenie zamówienia publicznego, który zapewni pełną konkurencyjność tego postępowania. Jednak wyrażona w art. 10 ust. 1 ustawy Pzp zasada nie ma charakteru bezwzględnej. Zamawiający może odstąpić od zastosowania trybów konkurencyjnych na rzecz któregośkolwiek z innych trybów przewidzianych w ustawie, jednakże wyłącznie w przypadkach w ustawie tej określonych. Uprawnia go do tego art. 10 ust. 2 ustawy Pzp. Przepis ten, będący odstępstwem od wyrażonej w ustępie poprzedzającym zasady, należy traktować jako wyjątek i tym samym nie może być on interpretowany w sposób rozszerzający.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Zatem ww. przepis zezwala na udzielenie zamówienia z wolnej ręki, gdy przedmiot zamówienia służy tylko jednemu podmiotowi, a jego wyłączność podlega ochronie z mocy norm ustawowych. Ma to miejsce w szczególności w przypadku objęcia ochroną osobistych praw autorskich.

Na tle niniejszej sprawy należy w pierwszej kolejności stwierdzić, że projekt budowlany (projekt architektoniczny) stanowi przedmiot praw autorskich jako jeden z przejawów działalności twórczej o indywidualnym charakterze, utrwalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (utwór). W art. 1 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.) (dalej „**ustawa o prawach autorskich**”) wskazano, że przedmiotem praw autorskich jest również utwór architektoniczny, architektoniczno-urbanistyczny i urbanistyczny. W związku z tym, w ujęciu ustawy o prawach autorskich, utwór architektoniczny podlega ochronie ze względu na zawarte w nim elementy twórcze ustalone w postaci projektu architektonicznego, które stanowią projekcję wyobraźni twórcy.

Po drugie, należy zauważyć, że przepisy prawa w sposób jednoznaczny określają, że prawo autorskie przysługuje co do zasady autorowi (twórcy). Zakresem zastosowania tej zasady objęte są zarówno autorskie prawa majątkowe, jak i autorskie prawa osobiste. Należy dalej stwierdzić, że autorskie prawa osobiste co do zasady chronią nieograniczoną w czasie i niepodlegającą zrzeczeniu się lub zbyciu więź twórcy z utworem, obejmującą w szczególności prawo do nadzoru nad sposobem korzystania z utworu. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w art. 8 ust. 1 oraz 16 ustawy o prawach autorskich.

Zauważyć jednak należy, że wprowadzenie osobiste prawa autorskie są niezbywalne, niemniej jednak zgodnie z orzecnictwem przy zachowaniu zasady niezbywalności autorskich praw osobistych dopuszczalne jest zrzeczenie się przez twórcę wykonywania części tych praw na rzecz osób trzecich, w tym przedsiębiorców (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 14 maja 2007 r. sygn. ACa 668/06, publ. OSA 2008/12/39). Doktryna (por. J. Barta Janusz, M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Ćwiąkalski, R. Markiewicz, E. Traple Elżbieta, Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz 2013) wskazuje również, że autor może skutecznie bądź zobowiązać się do niewykonywania wobec określonej osoby danego prawa osobistego, bądź nawet zezwolić jej na wykonywanie tego prawa w jego imieniu. Możliwość wyrażenie zgody na wykonywanie prawa nadzoru autorskiego przez inny podmiot bez zrzekania się autorskich praw osobistych dopuścił Sąd Okręgowy w Poznaniu, który w wyroku z dnia 15 grudnia 2011 r. stwierdził, iż w świetle art. 16 ustawy o prawach autorskich osobiste prawa autorskie są tak ściśle związane z osobą twórcy, że nie można się ich zarzec ani ich zbyć. Jednakże Sąd Okręgowy dopuścił możliwość zobowiązania się do niewykonywania wobec zamawiającego osobistych praw autorskich w zakresie nadzoru autorskiego i zezwolenie na wykonywanie tego prawa w swoim imieniu przez inny podmiot, bez zrzekania się z osobistych praw autorskich (por. Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 15 grudnia 2011 r., X Ga 509/11, Lex 1124955).

Po trzecie, zgodnie z art. 16 pkt 5 ustawy o prawach autorskich autorskie prawo osobiste obejmuje m.in. prawo do nadzoru nad sposobem korzystania z utworu. W doktrynie przyjmuje się, iż prawo nadzoru nad sposobem korzystania z utworu obejmuje również swoim zakresem prawo sprawowania nadzoru autorskiego (por. J. Barta Janusz, M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Ćwiąkalski, R. Markiewicz, E. Traple Elżbieta, Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz 2013).

Dalej Izba zauważa, że zgodnie z w art. 60 ust. 5 ustawy o prawach autorskich sprawowanie nadzoru autorskiego na utworami architektonicznymi regulują odrębne przepisy tj. przepisu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz.U. z 2010 r., Nr 243, poz. 1623 ze zm., dalej „**Prawo budowlane**”). Dlatego też dla omawianej sprawy istotne znaczenie jest dokonania wykładni przepisów ustawy z odnoszących się do sprawowania nadzoru autorskiego.

W tym zakresie za pomocną i zasadną Izba uznała argumentację wyrażoną w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 czerwca 2012 r. o sygn. akt KIO 222/12, w którym zauważono, że: *„Art. 20 ust. 1 prawa budowlanego wskazuje na zakres obowiązków projektanta (na mocy art. 17 prawa budowlanego uczestnika procesu budowlanego) wymieniając m.in. opracowanie projektu budowlanego w sposób zgodny z ustaleniami określonymi w decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, o której mowa w art. 71 ust. 1 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz.U. Nr 199, poz. 1227, ze zm.) lub w pozwoleniu, o którym mowa w art. 23 i 23a ustawy z dnia 21 marca 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i administracji morskiej (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1502, ze zm.), wymaganiami ustawy, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej (art. 20 ust. 1 pkt 1 prawa budowlanego). Powyższe wskazuje, iż za merytoryczną treść projektu budowlanego odpowiada imiennie projektant, jako autor projektu, z czym koresponduje art. 20 ust. 1 pkt 4 prawa budowlanego stwierdzając, iż do podstawowych obowiązków projektanta należy sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub właściwego organu w zakresie stwierdzania w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem oraz uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego. W powołanym przepisie zatem ustawodawca określił zakres zadań (czynności) wykonywanych przez projektanta – autora projektu w ramach nadzoru autorskiego. Komentowany przepis ustanawia obowiązek projektanta – autora projektu do wykonywania nadzoru autorskiego w zakresie merytorycznym opisanym w tym przepisie. Uchylenie się od tego obowiązku skutkuje odpowiedzialnością zawodową na podstawie art. 95 pkt 5 prawa budowlanego. W konsekwencji zatem na podstawie dyspozycji art. 20 ust. 1 pkt 4 prawa budowlanego inwestor (zamawiający) jest zobligowany wystąpić imiennie do autora projektu budowlanego o podjęcie nadzoru autorskiego (niezależnie od tego, czy pozostaje on pracownikiem wykonawcy, czy nie). Przy czym prawo budowlane nie reguluje kwestii wynagradzania za sprawowanie nadzoru autorskiego, co oznacza, iż kwestie te należy rozstrzygać lub*

dochodzić na drodze cywilnoprawnej.”

Biorąc pod uwagę powyższą analizę Izba uznała w pierwszej kolejności za słuszne stanowisko Zamawiającego wyrażone w zastrzeżeniach do wyniku kontroli doraźnej następczej, iż zgodnie z treścią § 16 Umowy ZP/3/2008 z dnia 06.03.2009 r., wykonawca przeniósł na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe i prawa zależne do modyfikacji utworu, nie zaś autorskie prawa osobiste. Izba dokonując analizy powyższej umowy, w tym §16 regulującego zakres praw autorskich przenoszonych na Zamawiającego nie znalazła podstaw do przyjęcia, że Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego we Wrocławiu Sp. z o.o. (dalej „**Projektant**”) skutecznie zobowiązało się wobec Zamawiającego do niewykonywania przysługujących mu osobistych praw autorskich w zakresie nadzoru autorskiego i zezwoliło na wykonanie tego prawa podmiotom trzecim. Należy bowiem zauważyć, że w §16 Umowy ZP/3/2008 Projektant zobowiązuje się wyłącznie do przeniesienia na Zamawiającego majątkowych praw autorskich w określonych polach eksploatacji. W ocenie Izby wola stron w zakresie wykonywania praw autorskich została w sposób jednoznaczny wyrażona w §16 umowy - Projektant przenosi na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe. Ani w §16 umowy ani w pozostałych jej zapisach nie znajduje się jakiegokolwiek odesłanie do osobistych praw majątkowych, na podstawie, których Izba mogłaby uznać, iż Projektant w sposób dorozumiany wyraził zgodę na wykonywanie osobistego prawa autorskiego do nadzoru przez podmioty trzecie. Wobec braku odpowiednich regulacji umownych, Izba uznała, że z treści Umowy ZP/3/2008 z dnia 06.03.2009 r. nie sposób wywieść, że Projektant zezwolił na wykonywanie prawa nadzoru autorskiego przez inny podmiot. W konsekwencji, Zamawiający był uprawniony do zastosowania art. 67 ust. 1 pt 1 lit. b) ustawy Pzp i udzielenia zamówienia na usługę nadzoru autorskiego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Wobec braku zgody Projektanta na wykonywanie nadzoru autorskiego przez podmioty trzecie, jedyną osobą uprawnioną do jego wykonywania był Projektant, któremu przysługuje w tym zakresie prawo wyłączne.

W ocenie Izby niezasadne jest stanowisko Prezesa UZP wskazujące, iż z art. 44 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo budowlane można wywieść, iż nadzór autorski może być powierzony osobie trzeciej. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że art. 60 ust. 5 ustawy o prawach autorskich stanowi, iż sprawowanie nadzoru autorskiego nad utworami architektonicznymi i architektoniczno-urbanistycznymi regulują odrębne przepisy tj. ustawy o Prawie budowlanym. Ustawodawca w przywołanym artykule posłużył się pojęciem „*sprawowanie nadzoru*”, co w ocenie Izby należy rozumieć jako sposób wykonywania nadzoru nad utworem architektonicznym. Sposób sprawowania nadzoru znalazł odzwierciedlenie w art. 20 – 21 ustawy Prawo budowlane (tj. wskazuje zakres obowiązków projektanta i stanowi, iż projektant

sprawuje nadzór autorski na wezwanie inwestora lub właściwego organu). Jednakże, w cenie Izby ustawa Prawo budowlane nie zawiera regulacji dotyczącej osobistych praw autorskich przysługujących autorowi projektu architektonicznego. Ponadto, przepisy ustawy Prawo budowlane nie zawierają regulacji odnośnie okoliczności uzasadniających dokonanie zmiany projektanta wykonującego nadzór autorski. W konsekwencji, w tym zakresie odpowiednie zastosowanie winny znaleźć przepisy ustawy o prawach autorskich. Skoro zaś przepisy te stanowią, że wykonywanie nadzoru autorskiego należy do osobistych praw i przysługuje autorowi utworu architektonicznego, Izba nie widzi podstaw prawnych do zaakceptowania stanowisko prezentowanego przez Prezesa UZP jakoby z treści art. 44 ust. 1 pkt 3 wynikało, że nadzór autorski może być wykonywany przez jakiegokolwiek projektanta posiadającego odpowiednie uprawnienia. Jak zostało wyżej wskazane, judykatura i doktryna dopuszcza możliwość umownego zobowiązania się autora projektu do niewykonywania przysługującego mu osobistego prawa do nadzoru autorskiego i wyrażenia zgody na wykonywanie tego prawa w imieniu projektanta przez inne podmioty. Niezasadne jest jednak wywodzenie z art. 44 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo budowlane prawa inwestora do powierzenia wykonywania nadzoru autorskiego jakimkolwiek innemu projektantowi bez odpowiedniego zobowiązania i upoważnienia autora projektu architektonicznego.

W ocenie Izby nie można również zgodzić się z poglądem wyrażonym przez Prezesa UZP, że biorąc pod uwagę zakres obowiązków związanym z nadzorem autorskim (art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo budowlane) oraz fakt, że żaden z przepisów w/w ustawy nie nakłada obowiązku sprawowania nadzoru autorskiego przez autora projektu, należy stwierdzić, że okoliczność kto jest autorem projektu jest z punktu widzenia ustawy prawo budowlane indyferentna. W ocenie Prezesa UZP skoro ustawa Prawo budowlane nie określa wprost, iż wykonywanie nadzoru autorskiego winno być sprawowane przez autora projektu, to należałoby przyjąć, iż funkcja ta może być powierzona każdemu projektantowi posiadającemu odpowiednie uprawnienia.

Należy bowiem podkreślić, że przepisów ustawy Prawo budowlane wynikają dwa podstawowe wnioski, jeżeli chodzi o zakres sprawowania przez projektanta nadzoru autorskiego: 1) że sprawowanie tego nadzoru jest jednym z podstawowych obowiązków projektanta oraz 2) że obowiązek w tym zakresie jest ustawowo ograniczony. O zakwalifikowaniu sprawowania nadzoru autorskiego do podstawowych obowiązków projektanta przesądza wyraźnie art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo budowlane. Z drugiej strony przepis ten, pomijając samo przedmiotowe sprecyzowanie zakresu tego obowiązku (jego istoty, polegającej m.in. na stwierdzeniu przez projektanta w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem), ogranicza go przez zaznaczenie, że chodzi

w tym kontekście o sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub właściwego organu. Przyjmując analizę Prezesa UZP za prawidłową należałoby uznać, że inwestor ma prawo dowolnego doboru projektanta wykonującego nadzór autorski, a przepisy ustawy o prawach autorskich nie mają w tym zakresie zastosowania. Izba nie znajduje podstaw prawnych do takiej interpretacji przepisów. Jak zostało już wskazane, w ocenie Izby, przepisy ustawy Prawo budowlane należy interpretować łącznie z przepisami ustawy o prawach autorskich. Ustawa Prawo budowlane reguluje wyłącznie sposób sprawowania nadzoru tj. określa, że nadzór jest wykonywany na żądanie inwestora lub właściwego organu oraz reguluje zakres obowiązków. Nie reguluje ona jednak w sposób odmienny zakresu ochrony przysługującej autorowi projektu architektonicznego. Tylko autor projektu może zobowiązać się wobec Zamawiającego do niewykonywania przysługującego mu prawo do wykonywania nadzoru autorskiego i wyrażenie zgody na wykonywanie tego prawa w jego imieniu przez inne podmioty, bez zrzekania się z przysługujących mu osobistych praw autorskich. W ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia, że art. 20 ust. 1 pkt 4 i art. 44 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo budowlane dają podstawę do przyjęcia, iż inwestor ma prawo powierzyć wykonywanie nadzoru autorskiego każdemu innemu projektantowi, z pominięciem samego autora utworu architektonicznego.

Ponadto należy zauważyć, że obowiązek inwestora do poinformowania organ nadzoru o zmianie projektanta wykonującego nadzór autorski może odnosić się do sytuacji, w której określony projekt został wykonany przez kilka podmiotów, którym przysługuje wówczas status współautorów projektu, a następnie tylko jeden z nich sprawował nadzór autorski nad jego wykonaniem. W przypadku zmian w tym zakresie zastosowanie właśnie znajduje przepis art. 44 ust. 1 pkt 3 Prawa budowlanego. Natomiast, gdy czynności nadzoru wykonywane są przez inne podmioty posiadające wymagane prawem uprawnienia do sporządzania projektów, wówczas nie mamy już do czynienia z wykonywaniem czynności nadzoru autorskiego, lecz z nadzorowaniem wykonywanych robót.

W ocenie Izby stanowisko Prezesa UZP stwierdzające, iż Zamawiający naruszył art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp oraz art. 10 ustawy Pzp ponieważ miał możliwość opisanie usług z zakresu nadzoru autorskiego w ramach postępowania na opracowanie dokumentacji projektowej należy uznać za niezasadne. Prezes UZP wskazał, że pominięcie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na prace projektowe nadzoru autorskiego nie uprawnia zamawiającego do udzielenia projektantowi zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego w trybie zamówienia z wolnej ręki, gdyż w takim wypadku ochrona praw wyłącznych ma charakter wtórny do faktu wcześniejszego udzielenia zamówienia na prace

projektowe. Izba wyraża stanowisko, że przy badaniu, czy w danym przypadku istotnie zaistniały przesłanki do zastosowania trybu niekonkurencyjnego, należy rozważyć, czy działanie zamawiającego nie wypełnia dyspozycji art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego, tzn. czy nie zostało przedsięwzięte w celu obejścia prawa. Obejście prawa polegałoby w tym przypadku na wywołaniu skutku prawnego, w którym dopuszczalne byłoby zastosowanie trybu niekonkurencyjnego, za pomocą świadomego ukształtowania tej czynności tak, że zewnętrze, formalnie będzie ona miała cechy niesprzeciwiające się obowiązującemu prawu. Należy podkreślić, że wszelkie działania i czynności zamawiającego oraz ich bezpośrednie skutki, zmierzające do obejścia przepisów ustawy, w szczególności normy art. 10 ust. 1 przez celowe kreowanie sytuacji, w których przepisy szczególne przewidują wyjątki od jej obowiązywania, np. możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, należy uznać za niedopuszczalne, a korzystanie w takim przypadku z wynikających z przepisów szczególnych uprawnień w tym zakresie nie może być uznane za dozwolone wykonywanie praw.

Izba zauważa, że w przypadku inwestorów zobowiązanych do stosowania przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych, decyzje w przedmiocie kształtu i zakresu zamówienia na prace projektowe i następujące po nich usługi sprawowania nadzoru autorskiego oceniane być mogą pod kątem wskazanego powyżej ustalenia czy nie dochodzi przy tym do obejścia przepisów ustawowych przez celowe działania (zaniechania) zamawiającego w tym zakresie. Nie ulega w ocenie Izby wątpliwości, iż w sytuacji, gdy zamawiający ma wystarczający zasób informacji w celu precyzyjnego opisanie zakresu usługi nadzoru już na etapie zamawiania projektu, winien powyższe określić i włączyć do zamówienia na prace projektowe. Postulat tego typu wynika z regulacji art. 7 ust. 1 oraz art. 10 Pzp czyli jak wskazano wyżej, zakazu potencjalnego obchodzenia ww. regulacji przez celowe kreowanie sytuacji, w której możliwe jest skorzystanie z trybu niekonkurencyjnego. Jednakże warunkiem uznania tego typu zaniechania za próbę obejścia przepisów ustawy jest ocena konkretnych okoliczności sprawy oraz zbadanie danego następstwa zdarzeń w zakresie potencjalnych, jak i realnie podejmowanych przedsięwzięć zamawiającego, w szczególności pierwotnej możliwości opisanie przedmiotu zamówienia na świadczenie usługi nadzoru autorskiego już na etapie zamawiania samego projektu. W tym kontekście istotne jest ustalenie czy nieuwzględnienia wartości usługi nadzoru autorskiego w wartości szacunkowej zamówienia na prace projektowe zostało dokonane w celu uniknięcia zastosowania ustawy Pzp lub też nieuprawnionego zastosowania przepisów odnoszących się do zamówień o wartości poniżej określonego progu na realizację zamówienia na prace projektowe.

W ocenie Izby w omawianym przypadku nie ma podstaw do przyjęcia, że Zamawiający korzystając z art. 67 ust. 1 pkt b) ustawy Pzp zmierzał do obejścia przepisów ustawy Pzp. Po pierwsze należy zauważyć, że wartość usługi projektowej bez uwzględnienia wartości usługi nadzoru autorskiego wymuszała zastosowanie przepisów ustawy Pzp o przetargu nieograniczonym. Po drugie, nieuwzględnienie wartości usługi nadzoru autorskiego w wartości szacunkowej zamówienia na usługi projektowe było spowodowane obiektywnymi okolicznościami, które zostały w sposób wyczerpujący opisane i uzasadnione w treści zastrzeżeń dotyczących wyników kontroli doraźnej następczej Prezesa UZP. Izba przychyliła się do argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego w zastrzeżeniach do wyników kontroli, które zostały szczegółowo opisane w pierwszej części niniejszej uchwały. W tym zakresie, Izba wskazuje, że stanowisko Prezesa UZP wskazujące, iż treść obowiązków projektanta nadzoru autorskiego pokrywa się z treścią art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo budowlane, a w konsekwencji nie było przeszkód, aby Zamawiający określił zakres takich usług w dokumentacji projektowej nie może stanowić podstawy do przyjęcia, iż obowiązkiem Zamawiającego było włączenie wartości usługi nadzoru autorskiego w wartość szacunkową zamówienia na usługi projektowe. W ocenie Izby z uwagi na fakt, iż na etapie przetargu na usługi projektowe brak jest dokumentacji technicznej obrazującej sposób, zakres i wymogi techniczne dla modernizacji obiektu, wykonawcy nie mają możliwości realnego oszacowania wartości usługi nadzoru autorskiego. Okoliczność, iż czynności wykonywane przez projektanta nadzoru autorskiego są analogiczne do tych wskazanych przez ustawę jest bez znaczenia, gdyż dopiero możliwość oszacowania kosztów realizacji w/w czynności w konkretnym obiekcie budowlanym umożliwia ich realną wycenę. Nie zaś obowiązkiem wykonawcy dokonywanie wyceny usługi przy braku podstawowych i niezbędnych informacji.

Zatem oceniając ustalony przebieg procesu inwestycyjnego prowadzonego przez Zamawiającego, Izba przychyliła się do jego stanowiska, iż ówczesnie, na etapie zamawiania projektu nie możliwe było jednoczesne pełne i wyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia na sprawowanie nadzoru autorskiego. W tym zakresie na przywołanie i podkreślenie zasługuje również argumentacja zawarta w piśmie z dnia 29 marca 2012 r. - wystosowanym do Prezesa Urzędu - przez organizacje samorządu zawodowego i gospodarczego oraz stowarzyszenia naukowo-techniczne działające na rzecz projektowania architektonicznego oraz budownictwa, tworzące porozumienie, do którego należą: Polska Izba Inżynierów Budownictwa, Izba Architektów RP, Polska Izba Urbanistów, Polski Związek

Inżynierów i Techników Budownictwa, Stowarzyszenie Architektów Polskich, Stowarzyszenie Geodetów Polskich, Towarzystwo Urbanistów Polskich, Izba Projektowania Budowlanego i Geodezyjna Izba Gospodarcza. Wskazano w nim m. in., że:

- 1. obiekt, na którym ma być sprawowany nadzór autorski i związany z obiektem zakres robót budowlanych, przy wykonywaniu których ma być on wykonywany, jest nieznanymi, bo nie jest przedstawiony w odpowiednich projektach, które jeszcze nie zostały opracowane,*
- 2. nieznanymi jest liczba możliwych potrzeb związanych z koniecznością wykonywania projektów zamiennych, bo warunki budowy mogą okazać się inne od tych, które stanowiły podstawę opracowania projektów,*
- 3. nieznanymi jest okres trwania, czas rozpoczęcia i zakończenia sprawowania nadzoru autorskiego,*
- 4. nieznanymi jest przyszły wykonawca robót budowlanych, poziom jego kwalifikacji, wyposażenia techniczno-sprzętowego i kadrowego, np. w zakresie dysponowania kadrą zdolną do wykonania projektów rusztowań, rysunków warsztatowych i montażowych itp.”.*

W związku z powyższym, w ocenie Izby nie ma możliwości przypisania Zamawiającemu naruszenia wskazanych przepisów, a także ich obejścia, przez wykreowanie przez zamawiającego sytuacji umożliwiającej mu udzielenie zamówienia w trybie niekonkurencyjnym.

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 167 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....