



Warszawa, 1.08 2014 r.

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Departament Kontroli Doraźnej

UZP/DKD/PWKZ/421/21()/14/AI
KND/6/12

Pan

Andrzej Feterowski

Prezes Zarządu

Szczeciński Park Naukowo – Technologiczny Sp. z o.o.

ul. Niemierzyńska 17a

71-441 Szczecin

Szanowny Panie Prezisie,

uprzejmie informuję, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), przeprowadził z urzędu kontrolę doraźną postępowania przeprowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki pn.:

**„Nadzór autorski nad inwestycją pod nazwą: Budowa i Wyposażenie I etapu
Pomerania Technopark w Szczecinie przy ul. Niemierzyńskiej”.**

Zgodnie z art. 166 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w załączeniu przesyłam informację o wyniku kontroli.

Z poważaniem,
ZASTĘPUJĄCA DYREKTORA
Departamentu Kontroli Doraźnej
Edyta Ładna
Edyta Ładna



Warszawa, dnia 1.08 2014 r.

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Departament Kontroli Doraźnej

UZP/DKD/KND/6/12

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli.

Zamawiający: Szczeciński Park Naukowo – Technologiczny Sp. z o.o.
ul. Niemierzyńska 17a
71 – 441 Szczecin

Rodzaj zamówienia: usługi

Przedmiot zamówienia: nadzór autorski nad inwestycją pod nazwą: „Budowa i Wyposażenie I etapu Pomerania Technopark w Szczecinie przy ul. Niemierzyńskiej”

Tryb postępowania: zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy

Wartość zamówienia: szacunkowa wartość zamówienia:
433.889,52 zł (113.021,50 euro)

wartość zamówienia ustalona w wyniku negocjacji:
308.000,00 zł netto (80.229,23 euro)

Data wszczęcia postępowania: 10.01.2011 r.

Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

W wyniku wszczętej kontroli niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, należy stwierdzić, iż doszło do następujących naruszeń ustawy:

1. Z analizy dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na „Nadzór autorski nad inwestycją pod nazwą: Budowa i Wyposażenie I etapu Pomerania Technopark w Szczecinie przy ul. Niemierzyńskiej” będącego przedmiotem niniejszej kontroli, był przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) 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.

Przedmiotem niniejszego zamówienia określonym w zaproszeniu do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki było „wykonywanie przez Wykonawcę usług nadzoru autorskiego w zakresie wynikającym z ustawy z dnia 5.07.1994 r. Prawo budowlane w związku z realizacją przez Szczeciński Park Naukowo – Technologiczny Sp. z o.o. inwestycji: >>Budowa i Wyposażenie I etapu Pomerania Technopark w Szczecinie przy ul. Niemierzyńskiej<<”. W zaproszeniu do negocjacji Zamawiający określił, iż nadzór autorski będzie pełniony osobiście przez autorów i twórców dokumentacji projektowej zgodnie z branżami projektowymi występującymi w projekcie przy założeniu około 8 wizyt w miesiącu przez 24 miesiące. Zamawiający wskazał, iż planowany termin zakończenia inwestycji to 30 czerwca 2013 r.

Ponadto, należy wskazać, iż zgodnie z umową o sprawowanie nadzoru autorskiego nr 01/II/2011 wykonawca miał sprawować nadzór autorski w zakresie:

- 1) udzielania stosowanych wyjaśnień dotyczących rozwiązań projektowych – oferentom, w trakcie postępowania związanego z wyborem wykonawcy robót budowlanych,
- 2) kontroli zgodności realizacji inwestycji z projektem w toku wykonywania robót budowlanych,
- 3) uzgadniania i oceny zasadności wprowadzania rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie a zgłoszonych przez Zamawiającego lub Inżyniera Kontraktu w toku wykonywania robót budowlanych,

- 4) udziału w komisjach, naradach technicznych, radach budowy organizowanych przez Zamawiającego lub Inżyniera Kontraktu,
- 5) pełnienia funkcji doradczej i konsultacyjnej wobec Zamawiającego w zakresie objętym wykonanymi projektami budowlano – wykonawczymi,
- 6) udzielania stosownych wyjaśnień wykonawcy robót budowlanych, odnośnie wszelkich wątpliwości powstałych w toku realizacji inwestycji.
- 7) udziału w odbiorze inwestycji i w czynnościach mających na celu doprowadzenie do osiągnięcia projektowanej zdolności funkcjonalnej obiektów,
- 8) wykonywania uzupełniających opracowań projektowych, niezbędnych do zapewnienia prawidłowej realizacji inwestycji, a nie objętych umową podstawową.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do stanowiska Zamawiającego wyrażonego w piśmie z dnia 7 lutego 2012 r. oraz powtórnego pismem z dnia 10 marca 2014 r., że Szczeciński Park Naukowo – Technologiczny Sp. z o.o. nie jest zamawiającym w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, ustawę Prawo zamówień publicznych stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez inne niż jednostki sektora finansów publicznych osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

- a) finansują je w ponad 50% lub
- b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
- c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
- d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

Dokonując oceny umowy spółki Szczeciński Park Naukowo-Technologiczny Sp. z o.o. jako zamawiającego w kontekście przesłanek określonych w art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp należy wskazać, że niezaprzeczalnie spółka w związku z wpisem do Krajowego Rejestru Sądowego (nr KRS: 0000116662) oraz dyspozycją art. 12 Kodeksu spółek handlowych, posiada osobowość prawną.

W celu ustalenia statusu Szczecińskiego Parku Naukowo-Technologicznego Sp. z o.o. należy wskazać, iż Spółka została powołana aktem założycielskim z dnia 18 grudnia 2000 r. i powstała w wyniku likwidacji samorządowego zakładu budżetowego („Szczecińskie Centrum Przedsiębiorczości”), tj. w trybie art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (tekst jednolity: Dz. U. z 1997 r., Nr 9, poz. 43 ze zm.)¹.

Jak wynika z przedłożonego tekstu jednolitego umowy spółki (uwzględniającego zmiany aktu założycielskiego dokonane w wyniku uchwał podjętych przez Nadzwyczajne Zgromadzenie Wspólników spółki w dniu 1 czerwca 2009 r.), ale niezmienionego w zakresie cytowanej treści, spółka „działa na rzecz tworzenia lokalnego i regionalnego środowiska innowacyjnego nastawionego na rozwój przedsiębiorczości poprzez tworzenie sprzyjającej bazy materialnej, infrastrukturalnej, ekonomicznej i socjalnej do zakładania, rozwoju i wspierania małych przedsiębiorstw innowacyjnych, do przemysłowego wykorzystania wiedzy naukowej, do wykorzystania, transferu i komercjalizacji nowoczesnych technologii” (§ 7 [pierwotnie § 6] zdanie pierwsze aktu założycielskiego spółki).

Biorąc pod uwagę fakt, że spółka powyższa powstała w wyniku przekształcenia zakładu budżetowego, realizującego zadania własne gminy (zadania ogólne administracji publicznej) i wstąpiła we wszystkie prawa i obowiązki związane z działalnością samorządowego zakładu budżetowego (arg. z art. 23 ust. 3 ustawy o gospodarce komunalnej), a także realizuje wskazane wyżej cele utworzenia spółki ujęte w akcie umowy spółki, zasadne jest stwierdzenie, że spółka Szczeciński Park Naukowo-Technologiczny została utworzona i nadal wykonuje zadania o charakterze ogólnym, co odpowiada pojęciu utworzenia podmiotu w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym.

Warto podkreślić, że Europejski Trybunał Sprawiedliwości² (obecnie: Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej), pojęcie „*potrzeb w interesie ogólnym*” interpretuje bardzo szeroko, uznając m.in., że nabywanie usług przez zarządzany za pośrednictwem jednostki samorządu terytorialnego podmiot, mających na celu zwiększenie rozwoju działalności przemysłowej bądź handlowej na obszarze działania tego podmiotu, spełnia potrzebę w interesie ogólnym. Z kolei potrzeby leżące w interesie ogólnym niemające charakteru przemysłowego albo handlowego utożsamia się z potrzebami, które są zaspokajane w odmienny sposób, niż poprzez oferowanie towarów lub usług na rynku i które zarazem

¹obecnie: tekst jednolity z 2011 r., Nr 45, poz. 236

²vide: wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 maja 2003 r. (sprawa C-18/01, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy i inni v. Varkauden Taitotalo Oy*); LEX nr 155822

są realizowane samodzielnie przez państwo, bądź na realizację których państwo chce zachować swój decydujący wpływ.

Należy wskazać, że działalność spółki Szczeciński Park Naukowo-Technologiczny związana z tworzeniem lokalnego i regionalnego środowiska innowacyjnego nastawionego na rozwój przedsiębiorczości, nie stanowi zwykłej działalności handlowej ani przemysłowej związanej z funkcjonowaniem konkurujących ze sobą przedsiębiorców nastawionych na osiąganie zysku. Podkreślić również należy, że w wyroku z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie Gemeente Arnhem Trybunał stwierdził wyraźnie, że określenie „niemające charakteru komercyjnego lub przemysłowego” odnosi się do rodzaju potrzeb, jakie mają być zaspokajane, a nie do samej instytucji. Niewątpliwie potrzeby zmierzające do wspierania rozwoju przedsiębiorczości, jak i wdrażania rozwiązań mających zwiększyć innowacyjność nie mają charakteru handlowego ani przemysłowego. O ile bowiem same przedsiębiorstwa mogą prowadzić działalność handlową lub przemysłową, to wspieranie ich rozwoju – czego dotyczy m.in. działalność spółki Szczeciński Park Naukowo-Technologiczny – nie polega na handlowaniu czymkolwiek (sprzedaży dóbr w celu osiągnięcia zysku), ani na przemysłowym wydobywaniu lub wytwarzaniu czegoś.

Ponadto, odnosząc się do zagadnienia przesłanki utworzenia w celu realizacji potrzeb niemających charakteru przemysłowego ani handlowego należy zauważyć, iż w umowie spółki Szczeciński Park Naukowo-Technologiczny Sp. z o.o. w § 31 ust. 1 umowy zastrzeżono, że wyłącza się z podziału między wspólników wypracowany przez spółkę zysk i przeznacza się go w całości na cele związane z działalnością statutową spółki. Także wyłączenie uprawnienia do podziału zysku między udziałowców wskazuje, iż spółka prowadzi działalność służącą zaspokajaniu celów społecznych (tzw. działalność non-profit, niezmierną do osiągnięcia zysku). Dobrowolne ograniczenie się w uzyskiwaniu korzyści z zysków wypracowanych przez spółkę pozwala na stwierdzenie, że działalność tej spółki nie ma w pełni charakteru przemysłowego czy handlowego.

W przypadku spółki, spełniona została również kolejna przesłanka, pozwalająca zakwalifikować ją jako zamawiającego w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp, a wyrażona w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. b Pzp. Jak wynika z analizy dokumentów rejestrowych spółki (odpis aktualny z Krajowego Rejestru Sądowego), wspólnikiem posiadającym całość udziałów spółki (nieprzerwanie od momentu jej zawiązania) jest jednostka sektora finansów publicznych - Gmina Miasto Szczecin.

Ze względu na ustanowienie spółki Szczeciński Park Naukowo-Technologiczny Sp. z o.o. w celu zaspokajania potrzeb leżących w interesie ogólnym i realizowania na rzecz

lokalnej (regionalnej) społeczności zadań o charakterze ogólnym, zmierzających do wspierania rozwoju przedsiębiorczości, na terenie której spółka działa, jak i wdrażania rozwiązań mających zwiększyć innowacyjność, a niesłużących zaspokojeniu prywatnego interesu spółki, jak również z uwagi na fakt, że spółka nie działa w konkurencyjnych warunkach rynkowych (jest organizacją non-profit), posiada osobowość prawną i ma na nią wpływ jednostka samorządu terytorialnego (poprzez objęcie 100% udziałów), w opinii Urzędu Zamówień Publicznych uzasadnione jest stwierdzenie, że spółka Szczeciński Park Naukowo-Technologiczny Sp. z o.o. posiada status zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. b Pzp.

W tym miejscu należy dodatkowo wskazać, iż zamówienie pn. „Budowa i Wyposażenie I etapu Pomerania Technopark w Szczecinie przy ul. Niemierzyńskiej” przeprowadzone przez Szczeciński Park Naukowo-Technologiczny Sp. z o.o. zostało przeprowadzone na podstawie przepisów Pzp oraz z uwagi na wartość, jak i współfinansowanie ze środków Unii Europejskiej, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził obowiązkową kontrolę przednią ww. zamówienia (KU/82/11).

Przechodząc do kwestii zastosowanego przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.b) ustawy należy w pierwszej kolejności wskazać, iż Zamawiający w zaproszeniu do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki określił przedmiot zamówienia jako „wykonywanie przez Wykonawcę usług nadzoru autorskiego w zakresie wynikającym z ustawy z dnia 5.07.1994 r. Prawo budowlane w związku z realizacją przez Szczeciński Park Naukowo – Technologiczny Sp. z o.o. inwestycji: >>Budowa i Wyposażenie I etapu Pomerania Technopark w Szczecinie przy ul. Niemierzyńskiej<<”. Natomiast, w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia Zamawiający stwierdził, że ze względu na ochronę praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, tj. Prawa autorskiego, nadzór autorski nad wykonawstwem robót winni wykonywać autorzy dokumentacji projektowej. W protokole postępowania Zamawiający nie podniósł dodatkowych argumentów uzasadniających zastosowanie wskazanego trybu postępowania.

Ponadto, w piśmie z dnia 12 grudnia 2011 r. Zamawiający udzielając wyjaśnień w zakresie przedmiotowego zamówienia nie wskazał szczegółowego uzasadnienia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający podkreślił ponownie,

iż udzielono zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp „w związku z ustawą z dnia 04.02.1994 r. Prawo autorskie (...)”.

Powyższa argumentacja, zdaniem Zamawiającego, przemawiała za koniecznością udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp.

Na wstępie należy wskazać, iż zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 ustawy, zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia publicznego, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy. Zarówno Sąd Najwyższy, jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Europejski Trybunał Sprawiedliwości (dalej: ETS), (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03).

W niniejszej sprawie podstawą wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki przez Zamawiającego był przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, 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.

Wskazana w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp przesłanka uzależnia zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki od zaistnienia okoliczności, w których wykonanie zamówienia jest możliwe tylko przez jednego wykonawcę z uwagi na przysługujące mu prawa wyłączne. Powyższy przepis zezwala na udzielenie zamówienia z wolnej ręki, gdy przedmiot zamówienia służy tylko jednemu podmiotowi, a jego wyłączność podlega ochronie na mocy norm ustawowych. Ponadto, przedmiotowa przesłanka nie może być uznana za spełnioną w przypadku gdy wykonawca, któremu przysługują prawa wyłączne zleca wykonanie przedmiotu zamówienia podmiotowi trzeciemu, bowiem nie jest wtedy jedynym podmiotem zdolnym do realizacji zleczonych usług z uwagi na przysługujące mu prawo wyłączne.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy w odniesieniu do zamówienia obejmującego „Nadzór autorski nad inwestycją pod nazwą: Budowa i Wyposażenie I etapu Pomerania Technopark w Szczecinie przy ul. Niemierzyńskiej”.

Odnosząc się do powołanej przez Zamawiającego w przedmiocie zamówienia ustawy Prawo budowlane należy wskazać, iż pełnienie nadzoru autorskiego przez projektanta wchodzi w zakres samego zamówienia na prace projektowe. 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). 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.

Po pierwsze, 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.

Zatem, 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.

Należy zauważyć, iż na podstawie § 6 pkt 10 umowy z dnia 17 grudnia 2008 r. na wykonanie kompletnej dokumentacji projektowo – kosztorysowej dla Etapu I Parku Naukowo – Technologicznego przy ul. Niemierzyńskiej w Szczecinie Zamawiający zobowiązał wykonawcę projektu do uczestniczenia w odbiorach częściowych i końcowych w czasie realizacji inwestycji, niezależnie od sprawowania nadzoru autorskiego.

W tym miejscu należy wskazać, iż ww. zapis pozwala na wniosek, iż już na etapie udzielania zamówienia na prace projektowe zamiarem Zamawiającego było powierzenie usług nadzoru autorskiego wykonawcy dokumentacji projektowej, a także, że Zamawiający chciał udzielić niniejszego zamówienia z terminie późniejszym.

Jednocześnie należy zauważyć, iż § 3 pkt 7 umowy o sprawowanie nadzoru autorskiego nr 01/II/2011 zawierał taki sam zakres czynności, do których wykonawca projektu był zobowiązany § 6 pkt 10 umowy na wykonanie dokumentacji.

Mając na uwadze, że nadzór autorski w rozumieniu ustawy Prawo budowlane będący przedmiotem zamówienia wynikający z autorstwa projektu budowlanego ma związek również z autorskimi prawami osobistymi projektantów będących autorami dokumentacji projektowej, w szczególności w zakresie ochrony nienaruszalności treści i formy utworu (art. 16 pkt 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych) należy wskazać, iż autorskie prawa osobiste chronią intelektualny związek twórcy z jego dziełem, chronią ideę utworu, a tym samym mają przeciwdziałać, aby nikt go nie wypaczał i korzystał z utworu

zgodnie z zamysłem jego twórcy. Sposób ich ochrony został ustanowiony m.in. w przepisie art. 78 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. 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. Należy jednak zauważyć, 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 ustawy. Regulacja ta wskazuje, przy niezmienności autora projektu, na dopuszczalność sprawowania nadzoru autorskiego także przez osobę nie będącą autorem projektu.

W tym miejscu należy podkreślić, iż zakazu przenoszenia osobistych praw autorskich do projektów nie należy 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).

Ponadto, wskazać należy, 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.

Jednocześnie należy wskazać, że zgodnie z treścią § 15 umowy z dnia 17 grudnia 2008 r. na wykonanie kompletnej dokumentacji projektowo – kosztorysowej dla Etapu I Parku Naukowo – Technologicznego przy ul. Niemierzyńskiej w Szczecinie projektant przeniósł na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe oraz własność utworu, w tym prawo wykonywania zależnego prawa autorskiego. Ponadto, należy wskazać, iż w postanowieniach

końcowych ww. umowy projektant wyraził zgodę na dokonywanie w projekcie zmian wynikających z potrzeby zmiany rozwiązań projektowych, zastosowania materiałów, ograniczenia wydatków, zmiany obowiązujących przepisów itd.; utrwalenie projektu w postaci cyfrowej np. na nośniku CD - R; zwielokrotnienie projektu poprzez odbitki ksero oraz udostępnienie projektu osobom trzecim w celu wykonywania przez nie nadzoru nad wykonywaniem prac realizowanych na podstawie tego projektu.

Z powyższego wynika, iż Zamawiający dysponował prawami autorskimi do dokumentacji projektowej na podstawie której realizowana miała być budowa I Etapu Parku Naukowo – Technologicznego.

W tym miejscu na szczególną uwagę zasługuje wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 15 grudnia 2011 r. (sygn. akt X Ga 509/11), w którym Sąd uznał, iż w pełni dopuszczalne oraz zgodne z powszechnie obowiązującym porządkiem prawnym jest udzielenie zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego w trybie przetargu nieograniczonego, w sytuacji gdy zamawiający posiadał autorskie prawa majątkowe do utworu oraz prawo do wykonywania utworów zależnych. Sąd Okręgowy nie podzielił tym samym stanowiska, iż osobiste prawa autorskie jako niepodlegające zbyciu lub zrzeczeniu się implikują sprawowanie nadzoru autorskiego jedynie przez twórcę dokumentacji projektowej. Jeżeli bowiem autor dokumentacji projektowej zgadza się na dokonywanie zmian w utworze w zależności od potrzeb zmian rozwiązań projektowych, to nie można uznać za nieuprawnioną ingerencję w treść dokumentacji projektowej innego wykonawcy wybranego w drodze przetargu nieograniczonego. Autor dokumentacji projektowej, zgadzając się na dokonywanie zmian w projekcie oraz udostępnianie go osobom trzecim celem wykonywania przez nie nadzoru nad wykonywaniem prac realizowanych na podstawie tego projektu, wyraża tym samym zgodę na wykonywanie nadzoru autorskiego nie osobiście lecz przez osoby trzecie, zachowując jednocześnie osobiste prawa autorskie do utworu.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż Zamawiający podejmując decyzję o ustanowieniu nadzoru autorskiego w celu nadzorowania zgodności realizacji z dokumentacją projektową oraz rozwiązywaniu bieżących problemów projektowych podczas wykonywania inwestycji miał możliwość udzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją zadań inwestycyjnych w trybie przetargu nieograniczonego, zapewniającego zachowanie pełnej konkurencyjności, które to postępowanie mogło skutkować wyborem innego wykonawcy niż autor dokumentacji projektowej.

Wobec tego należy uznać, iż konieczność udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki nie była determinowana przez istnienie praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów zgodnie z treścią art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy.

Reasumując stwierdzić należy, 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. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie informuję, iż zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu Zamówień publicznych umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

ZASTĘPUJĄCA DYREKTORA
Departamentu Kontroli Doraźnej
Edyta Ładna
Edyta Ładna