

Sygn. akt: KIO 1805/11

WYROK
z dnia 30 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę **DHV Polska Sp. z o.o., 02 – 672 Warszawa, ul Domaniewska 41** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie, 20 – 075 Lublin, ul. Ogrodowa 21**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **DHV Polska Sp. z o.o., 02 – 672 Warszawa, ul Domaniewska 41** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **DHV Polska Sp. z o.o., 02 – 672 Warszawa, ul Domaniewska 41** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „sprawowanie nadzoru autorskiego w zakresie budowy drogi ekspresowej S17, odcinek Kurów-Lublin-Piaski”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 sierpnia 2011 r. pod numerem 2011/S 153-254577.

W niniejszym postępowaniu DHV POLSKA Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec ogłoszenia o zamówieniu i treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”:

1. art. 29 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję (ust. 2) oraz w sposób, który nie uwzględnił wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1);
2. art. 22 ust. 1 i 4 oraz art. 7 ust. 1 poprzez niepostawienie niezbędnego dla potrzeb realizacji zamówienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego oraz potencjału ekonomicznego o treści wynikającej z żądania
3. naruszenie art. 18-21, 44 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz.U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623, z późn. zm.) i art. 16 oraz 76 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.).

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania zmiany warunków podmiotowych udziału w postępowaniu w taki sposób, aby uwzględnić:
 - konieczność dysponowania przez wykonawców ubiegających się o zamówienie osobami (projektantami), będącymi autorami dokumentacji projektowej. Odwołujący wnosi o to, aby wymagać od wykonawców, biorących udział w postępowaniu, dysponowania co najmniej następującymi kluczowymi dla realizacji przedmiotu zamówienia osobami: głównego projektanta, projektantów drogowych i mostowych oraz o wskazanie tych osób z ich imienia i nazwiska - zgodnie z art. 22 ust. 1 i 4 ustawy Pzp;
 - sprawowanie nadzoru autorskiego zgodnie z dyspozycją art. 18-21 ustawy Prawo budowlane w związku z art. 16 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych przez autorów projektu budowlano - architektonicznego.
2. alternatywnie w stosunku do pkt 1 powyżej: nakazanie zmiany SIWZ w taki sposób, aby

- przedmiotem zamówienia było sprawowanie nadzoru nad wykonywaniem robót budowlanych, niestanowiącego nadzoru autorskiego w rozumieniu art. 18-21 ustawy Prawo budowlane oraz art. 16 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych albo
3. alternatywnie w stosunku do pkt 1 powyższej: nakazanie uzupełnienia SIWZ w taki sposób, aby określić i wycenić ryzyka naruszenia praw wyłącznych autorów projektu oraz wskazać podmiot, który będzie odpowiedzialny pokryć koszty powyższych naruszeń lub
 4. unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na nieusuwalne wady prawne wszczętego postępowania, uniemożliwiające zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, iż zgodnie z treścią zwartych przez Odwołującego z Zamawiającym umów, w szczególności z § 10 ust. 2 umowy z dnia 06.06.2008 r. oraz na podstawie § 8 ust. 2 umowy z dnia 01.09.2010 r. Zamawiający wraz z dokonaniem odbioru dokumentacji projektowej przejął majątkowe prawa autorskie do dokumentacji projektowej wykonanej w ramach umowy. Odwołujący nie udostępnił zaś Zamawiającemu przedmiotu ww. umów wykonywania nadzoru autorskiego, co więcej strony umowy nr GDDKiA-O/LU-R2/PTD/6-cz.2/08 w § 9 ust. 7 ustaliły, że *„Odwołujący na wezwanie Zamawiającego będzie sprawował nadzór autorski w trakcie realizacji robót na podstawie opracowanej dokumentacji technicznej”*. Dodatkowo, w żadnym postanowieniu ww. umów autorzy projektu nie złożyli Zamawiającemu oświadczenia o powstrzymaniu się od wykonywania przysługujących im osobistych praw autorskich do utworu, tym bardziej nie upoważnili Zamawiającego do wykonywania w ich imieniu osobistych praw autorskich poprzez sprawowanie nadzoru autorskiego.

W zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, iż Zamawiający ogłaszając zamówienie publiczne na sprawowanie nadzoru autorskiego przedstawił niepełne i niejasne wymagania dla wykonawców przedmiotowego zamówienia. Z jednej strony, Zamawiający zakłada sprawowanie przez wykonawcę nadzoru autorskiego w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, a z drugiej strony, warunkiem udziału w przetargu jest jedynie dysponowanie osobami posiadającymi uprawnienia budowlane oraz odpowiednie doświadczenie w realizacji podobnych inwestycji budowlanych, nie wspominając jednakże słowem o konieczności dysponowania przez ewentualnego wykonawcę autorami dokumentacji projektowej, na podstawie, której będzie realizowana inwestycja.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający myli dwa zasadnicze pojęcia: nadzoru autorskiego i nadzoru nad realizacją robót, niebędącego nadzorem autorskim, zaliczając prawo do pełnienia nadzoru autorskiego do praw majątkowych, a nie osobistych. Instytucja nadzoru autorskiego jest definiowana poprzez przepisy ustawy Prawo autorskie i prawa pokrewne, a samo jej sprawowanie - poprzez odesłanie - regulują przepisy ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo

budowlane. Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych stwierdza, że prawo autora do nadzoru nad sposobem korzystania z utworu jest jednym z osobistych praw autorskich, chroniącym nieograniczoną w czasie i nie podlegającą zrzeczeniu się lub zbyciu więź twórcy z utworem (art. 16 ust 5). Nadzór autorski ma zatem, z jednej strony, na celu zapobiegać i usuwać błędy oraz usterki w utworze, niejednokrotnie pojawiające się przy dokonywaniu niezbędnych zmian w utworze. Z drugiej strony, jego celem jest umożliwienie twórcy dokonanie zmian w utworze (M. Kępiński, *Umowa prawa autorskiego [w:] J. Barta (red.). Prawo autorskie, Beck 2008*).

Za brzmieniem ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, podążają przepisy prawa budowlanego, które określają w sposób wyłączny tryb pełnienia nadzoru autorskiego, formułując szczegółowe obowiązki projektantów w zakresie nadzoru autorskiego (art. 20 i 21 ustawy Prawo budowlane). W takim przypadku projektant (autor projektu) sprawuje, na żądanie inwestora, nadzór autorski w zakresie stwierdzania w toku wykonywania robót budowlanych zgodności z projektem oraz uzgadniania możliwości wprowadzania rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego. Art. 18 stanowi normę kompetencyjną, która wyraża uprawnienia inwestora odnośnie nadzoru autorskiego oraz określa obowiązki autora projektu, związane ze sprawowaniem nadzoru, natomiast art. 19 dookreśla, jakie kwalifikacje winien mieć autor, który pełni nadzór autorski nad utworami architektonicznymi w trakcie budowy. Jednakże nie można zapominać o specyfice usługi nadzoru autorskiego, gdyż w istocie pełnienie nadzoru autorskiego ma przede wszystkim na celu zapewnienie zgodności wykonywanych robót budowlanych z koncepcją twórcy, zmaterializowaną w postaci projektu. Dlatego też, umożliwiając zamawiającemu zapewnienie spójności powstającego obiektu z wykonanym na jego rzecz projektem architektonicznym, prezentującym określoną ideę autora, ustawodawca przewidział uprawnienia autora do wnoszenia zmian do dzieła oraz sprawowanie kontroli zgodności jego realizacji z projektem. Jako całkowicie nieuzasadnione w tym kontekście należy ocenić twierdzenie, zgodnie z którym prawo projektanta do nadzoru autorskiego regulowane jest wyłącznie przez przepisy Prawa budowlanego, które stanowią *lex specialis* do ustawy o Prawie autorskim i prawach pokrewnych (W. Dzierżanowski, *Nadzór autorski z wolnej ręki. Przetargi Publiczne 2011, nr 1 s. 34*).

Z samej instytucji nadzoru autorskiego wynika, że prawa projektanta - autora utworu architektonicznego regulują zarówno przepisy prawa autorskiego, jak i prawa budowlanego. Należy zatem stwierdzić, że najważniejszy na gruncie obu ww. ustaw cel nadzoru autorskiego jest dwutorowy: wykonywanie przez projektanta obowiązków nadzorczych ma zapewnić z jednej strony bezpieczeństwo robót, a z drugiej, służyć ma zagwarantowaniu, że projekt wykonany zostanie zgodnie z koncepcją projektanta, która zmaterializowała się w projekcie. To do zadań autora należy ocena zgodności wykonywanych robót ze stworzonym przez niego utworem, gdyż

tylko twórca jest władny ocenić - w sytuacji, gdy stanie się konieczne dokonanie zmian w projekcie - w jaki sposób winna być dokonana, aby zachowana została spójność i jednolitość pierwotnej koncepcji. Czynność ta nie należy do czynności czysto technicznych, do których wystarczające jest posiadanie odpowiednich uprawnień budowlanych: jest ona przejawem działalności o charakterze twórczym, możliwej do dokonania jedynie przez samego autora.

Niemożliwe jest zatem, aby nabywając majątkowe prawa autorskie - z jednej strony Zamawiający mógł uzyskać uprawnienia do swobodnego i konkurencyjnego wyboru wykonawcy nadzoru autorskiego, w zakresie, w jakim Prawo budowlane przewiduje obowiązki projektanta, z drugiej strony, aby autor mógł się zrzec prawa do nadzoru autorskiego.

Odnosząc się do treści ogłoszenia o zamówieniu należy stwierdzić, że Zamawiający zakłada, że przedmiotem zamówienia będzie sprawowanie nadzoru autorskiego w zakresie budowy drogi ekspresowej S17 na odcinku Kurów - Lublin - Piaski, tym samym zobowiązany jest określić jednoznacznie warunki udziału w postępowaniu dla potencjalnego wykonawcy oraz ryzyka i odpowiedzialność za rażące naruszenie osobistych praw autorskich autorów projektu. W treści SIWZ brakuje odniesienia do praw wyłącznych autorów dokumentacji projektowej, co stanowi naruszenie nie tylko art. 29 ust 1 i 2 ustawy Pzp, ale także art. 76 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Zamawiający nie opisał i nie wskazał ryzyk związanych z wykonywaniem uprawnień objętych prawami wyłącznymi autorów dokumentacji projektowej.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien sprecyzować warunki udziału w postępowaniu poprzez uzupełnienie treści SIWZ o określenie i wycenę ryzyka naruszenia praw wyłącznych autorów projektu i wskazać podmiot, który będzie zobowiązany do pokrycia powyższych naruszeń albo zrezygnować z określania zamówienia jako sprawowanie nadzoru autorskiego na rzecz sprawowania nadzoru nad realizacją robót, niebędącego nadzorem autorskim.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, przyjmując, że Zamawiający zamierza powierzyć wybranemu wykonawcy sprawowanie nadzoru autorskiego Odwołujący wnosi o to, żeby Zamawiający sformułował jako warunek udziału w postępowaniu dysponowanie projektantami, autorami projektu drogi ekspresowej S17 odcinek Kurów - Lublin - Piaski, w przeciwnym razie nie może być mowy o nadzorze, noszącym znamiona nadzoru autorskiego.

Odwołujący podkreśla, iż prawo autorskie definiuje istotę nadzoru autorskiego jako wyłączne uprawnienie autora, czyli tym samym prawo osobiste i niezbywalne twórcy. Postanowienia, dotyczące nadzoru autorskiego w Prawie budowlanym określają tylko dodatkowe elementy konieczne dla jego wykonywania w zakresie, w jakim dotyczy on utworów architektonicznych. Obowiązek wykazania się przez projektanta uprawnieniami budowlanymi odpowiedniej specjalności (art. 12 ust. 2 Prawa budowlanego) ma zapewnić jedynie właściwe wykonanie zadań nadzorczych (w związku z ich specyfiką w przypadku procesu budowlanego) - tym samym wymagania określone przez Zamawiającego w treści SIWZ są niewystarczające.

Należy pamiętać, że wymagania Prawa budowlanego w odniesieniu do nadzoru autorskiego nie zastępują regulacji przepisów Prawa autorskiego, gdyż Prawo budowlane w ogóle nie odnosi się do zakresu przedmiotowego tych uprawnień. Doprecyzowuje jedynie warunki, które autor musi spełnić, by zostać dopuszczonym do pełnienia swoich zadań. Oznacza to, że chociaż projektant faktycznie powinien się legitymować uprawnieniami budowlanymi i bez nich nie może sprawować nadzoru autorskiego, to samo posiadanie porównywalnych uprawnień budowlanych nie daje innemu podmiotowi prawa do zastępowania autora,- byłoby to sprzeczne z postanowieniami prawa autorskiego (art. 16 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych).

Powyższe prowadzi do konstatacji, że *„inwestor może również powierzyć nadzór innemu projektantowi, nawet bez wiedzy i zgody autora, jednakże nadzór taki jest wówczas nadzorem nad wykonywanymi robotami budowlanymi, nie mającymi charakteru nadzoru autorskiego”* (W. Goliński *Nadzór autorski projektanta „Rzeczpospolita” 1999, Nr 2, s. 9*). Taki też charakter będą miały usługi wykonywane przez innego, niż Odwołujący się, wykonawcę wyłonionego na podstawie ogłoszonej przez Zamawiającego SIWZ. Usługa taka nie jest jednak równoważna z nadzorem autorskim *sensu stricto*.

Nieuprawnione byłoby zatem twierdzenie, że na konkurencyjnym rynku istnieje możliwość zaspokajania potrzeby Zamawiającego w zakresie nadzoru autorskiego poprzez zlecenie podobnych czynności potencjalnie każdemu projektantowi, posiadającemu odpowiednie uprawnienia budowlane. Zasadnicza różnica, która wynika szczególnie w przedmiotowym postępowaniu, to brak uprawnień Zamawiającego do wprowadzania zmian w zasadniczej części opracowania projektowego, przygotowanego na podstawie umowy z dnia 6.06.2008 roku, nr GDDKiA-O/LL'-R2/PTD/6-cz.2/08. Prawa te w dalszym ciągu przysługują autorom projektu.

Zamawiający zobowiązany jest na mocy ustawy Pzp zapewnić, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, spełniający warunki dotyczące m.in. dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 ustawy Pzp). Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do jego przedmiotu (art. 22 ust. 4 ustawy Pzp). Wskazane w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp dyrektywy postępowania przez Zamawiającego przy dokonywaniu opisu służą zapewnieniu realizacji podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1). Powyższe zasady udzielania zamówień wymagają, aby opis sposobu oceny spełniania warunków udziału był adekwatny do osiągnięcia celu, jakim jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia, a jednocześnie nie ograniczał dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji.

Opisany przez Zamawiającego sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie jest adekwatny do osiągnięcia celu, jakim jest wybór wykonawcy, dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Postawione warunki udziału w

postępowaniu pozwalają na nieograniczony dostęp do zamówienia wykonawcom niezdolnym do jego realizacji ze względu na cel, jaki Zamawiający zamierza osiągnąć (sprawowanie nadzoru autorskiego).

Z powyższego wynika, że postawienie adekwatnych warunków w zakresie potencjału kadrowego i ekonomicznego jest niezbędne, gdyż tylko w ten sposób Zamawiający może zapewnić, aby sprawowanie nadzoru autorskiego faktycznie odzwierciedlało więź twórcy z utworem oraz uprawniało do legalnego dokonywania zmian w utworze, jakim jest dokumentacja projektowa drogi ekspresowej S17. Tylko w ten sposób zapewnia się, że wykonawcy składający oferty w przedmiotowym postępowaniu będą musieli zapewnić osoby „zdolne do prawidłowego wykonania przedmiotowego zamówienia”.

Argumentem często przywoływanym przez inwestorów jest regulacja art. 44 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo budowlane. Dyspozycja przywołanego artykułu wskazuje na dopuszczalność zmiany projektanta w trakcie realizacji robót budowlanych i sprawowanie nadzoru także przez osobę nie będącą autorem projektu. Uznać należałoby, że „nowy” projektant, który podjął się sprawowania nadzoru autorskiego, jest uprawniony do uzgadniania możliwości wprowadzania rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych pierwotnie w projekcie, jeżeli są one zgłaszane przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru autorskiego. Wątpliwe jest natomiast, by projektant, przejmujący obowiązki w zakresie sprawowania nadzoru autorskiego, miał pełną swobodę w decydowaniu o zmianach w projekcie, którego nie jest autorem. Pamiętać bowiem należy o tym, że po pierwsze poza sprawowaniem nadzoru autorskiego projektant ma także inne obowiązki, w tym obowiązek wyjaśniania wątpliwości dotyczących projektu i zawartych w nim rozwiązań (por. art. 20 ust. 1 pkt 3 Prawa budowlanego), który to obowiązek nie mieści się w zakresie sprawowania nadzoru o charakterze autorskim.

Poza tym, mimo że z przepisów Prawa budowlanego (art. 44) wyraźnie to nie wynika, przyjąć należałoby, że zmiana projektanta sprawującego nadzór autorski stanowi wyjątek od reguły, czyli że zasadniczo nadzór ten sprawowany być powinien przez projektanta, będącego autorem branego pod uwagę projektu. Innymi słowy, zmiana projektanta sprawującego nadzór autorski powinna być wynikiem określonych okoliczności, stojących na przeszkodzie dalszemu sprawowaniu nadzoru przez konkretną osobę, jak np. choroba czy konieczność wyjazdu za granicę. Mimo, że procedura dokonywania tego rodzaju zmiany, poza przyjmowaniem obowiązków przez „nowego” projektanta oraz zawiadaniem właściwego organu o zmianie, nie została ustawowo sprecyzowana, optymalnym rozwiązaniem jest dokonywanie przedmiotowej zmiany za wiedzą i akceptacją projektanta, sprawującego wcześniej nadzór autorski. „Nowy” projektant przejmuje wszak obowiązki w zakresie sprawowania nadzoru autorskiego od innego projektanta, który w związku z tym powinien wiedzieć, że w określonej dacie przestaje te obowiązki pełnić, tym bardziej że art. 44 Prawa budowlanego wymaga zawiadomienia właściwego organu także o tym, od kiedy nastąpiła przedmiotowa zmiana, czyli

de facto przejęcie obowiązków nadzorczych. Przydatny może okazać się oczywiście także ewentualny kontakt z autorem projektu, np. w związku z potrzebą wyjaśnienia wątpliwości dotyczących projektu.

Kluczowym w zakresie niniejszego odwołania jest przytoczenie obowiązków ewentualnego wykonawcy wyłonionego w postępowaniu. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (Tom III Opis Przedmiotu zamówienia pkt 2.1, 2.3, 2.4) przedmiotowego postępowania określa, że wykonawca wyłoniony w wyniku postępowania ma w swoim zakresie obowiązków m.in.:

- wyjaśnianie wątpliwości dotyczących projektów i zawartych w nich rozwiązań - wykonywanie tego rodzaju obowiązków należy do zakresu osobistych praw autorskich i może być realizowana jedynie przez autorów dokumentacji;
- uzgadnianie z Zamawiającym i Wykonawcą Robót możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w dokumentacji projektowej w odniesieniu do materiałów i konstrukcji oraz rozwiązań technicznych i technologicznych zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego - Zamawiający nie posiada praw zależnych do znacznej części dokumentacji projektowej (umowa z dnia 6.06.2008 nr GDDKiA-O/LL-R2/PTD/6-cz.2/08)
- branie udziału w czynnościach, mających na celu doprowadzenie do uzyskania projektowanych zdolności użytkowych obiektów budowlanych i całej inwestycji - uprawnienie do udziału w tych czynnościach wynika z art. 21 Prawa budowlanego, a zatem jednoznacznie należy do osobistych praw autorskich projektanta, autora projektu.
- opiniowanie i uzgodnienie dokumentacji technicznej - co wobec faktu jw. i tak wymaga opiniowania lub uzgodnienia przez autorów dokumentacji wobec ich prawa jak wyżej.

Warunki udziału w postępowaniu określone w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ w zakresie potencjału kadrowego stoją w sprzeczności z osobistymi prawami autora dokumentacji (Rozdział I pkt 7.2 oraz w szczególności Tom III pkt 3.1 Personel). Z jednej strony Zamawiający zastrzega, że: *„Do pełnienia nadzoru autorskiego Wykonawca wyznaczy osoby: posiadające uprawnienia projektowe w wymaganej branży, zgodnie z ustawą Prawo budowlane oraz legitymujące się aktualnymi dokumentami potwierdzającymi przynależność do właściwej izby samorządu zawodowego, mające uprawnienie niezbędne do podejmowania niezbędnych decyzji w ramach nadzoru autorskiego. A przypadku, gdy wskazana osoba nie będzie mogła z przyczyn obiektywnych pełnić obowiązków, Wykonawca jest zobowiązany niezwłocznie wskazać inną osobę o kwalifikacjach jak w przedmiotowym opisie, posiadającą odpowiednie pełnomocnictwa, uprawnioną do realizacji Umowy. ”*

W tym samym jednak punkcie OPZ (3.1 Personel), Zamawiający stawia dodatkowe warunki, całkowicie sprzeczne z treścią osobistych praw autorskich autorów dokumentacji: Wykonawca będzie dysponował osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia

legitymującymi się kwalifikacjami zawodowymi, doświadczeniem i wykształceniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone.

Wykonawca dla osób proponowanych do pełnienia funkcji nadzoru autorskiego w poszczególnych branżach zobowiązany jest zagwarantować minimalne doświadczenie i kwalifikacje, określone przez Zamawiającego.

Ogłaszając powyższe wymagania Zamawiający wprowadza w błąd wykonawców, ponieważ z jednej strony wymaga, aby Wykonawca dysponował osobami posiadającymi uprawnienia budowlane i bliżej nieokreślone „*uprawnienie niezbędne do podejmowania niezbędnych decyzji w ramach nadzoru autorskiego*”, z drugiej jednak strony stawia wymagania w zakresie doświadczenia, które mogą eliminować autorów projektu od realizacji ich uprawnień osobistych.

Zamawiający narusza zatem art. 22 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, bowiem postawione warunki udziału w postępowaniu nie zapewniają wyboru wykonawcy, który dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i znajdują się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej.

W zakresie zarzutu, iż postępowanie obciążone jest nieusuwalną wadą prawną, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp), Odwołujący wskazuje, iż uwzględnienie zarzutów dotyczących naruszenia art. 22 ust. 1 i 4 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp może wyrównać szanse wykonawców biorących udział w postępowaniu, a więc zapewnić, by postępowanie realizowało zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. To doprowadzi prowadzone postępowanie do zgodności z przepisami o zamówieniach publicznych.

Odwołujący podnosi, iż Zamawiający nie dysponuje prawami do wprowadzenia zmian w zasadniczej części dokumentacji projektowej, na podstawie której mają być realizowane usługi nadzoru autorskiego. Z uwagi na brzmienie § 10 ust. 2 umowy z dnia 06.06.2008 roku, nr GDDKiA-O/LU-R2/PTD/6-cz.2/08, Zamawiający dysponuje majątkowymi prawami autorskimi wyłącznie na określonych polach eksploatacji.

Z powyższego wynika wprost, że strony umowy nie wyraziły zgody na dokonywanie zmian w dokumentacji projektowej dla części 2, 3 i 4, tym samym Zamawiający uzurpuje sobie prawa, których nie posiada, ponieważ nie zostały mu one przekazane na podstawie żadnego z zawartych porozumień dotyczących przedmiotowej dokumentacji.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Jak wynika z *Opisu przedmiotu zamówienia* (tom III SIIWZ), „*przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na „Sprawowaniu nadzoru autorskiego w zakresie: "Budowa drogi ekspresowej S17, odcinek Kurów - Lublin – Piaski": na podstawie dokumentacji projektowej opracowanej: na zadania 2, 3 i 4 przez DHV POLSKA Sp. z o.o., na zadanie 2a przez Mosty Katowice Sp. z o.o. oraz na zadania 5a przez DrogMost Lubelski.*

Nadzór autorski będzie realizowany na wezwanie Zamawiającego w formie przyjazdów na miejsce prowadzenia robót, a także opracowań zamiennych i dodatkowych wykonywanych na polecenie Zamawiającego.

W ramach nadzoru autorskiego Wykonawca zobowiązany jest do realizowania następujących obowiązków (pkt 2.1 Opisu przedmiotu zamówienia):

a) uczestniczenie w radach budowy, uczestnictwo w naradach technicznych, uczestnictwo w odbiorach częściowych i końcowych, pobyt na budowie, pełnienie funkcji doradczej w zakresie oceny zgodności realizacji kontraktowych robót budowlanych z dokumentacją projektową w przypadkach budzących wątpliwości oraz w przypadkach stwierdzenia niezgodności w stosunku do założeń projektowych,

b) wyjaśnianie wątpliwości dotyczących projektów i zawartych w nich rozwiązań i ewentualne uzupełnienie szczegółów dokumentacji projektowej, w terminie dostosowanym do potrzeb budowy,

c) uzgadnianie z Zamawiającym i Wykonawcą robót możliwości wprowadzania rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w dokumentacji projektowej w odniesieniu do materiałów i konstrukcji oraz rozwiązań technicznych i technologicznych zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego.

d) wykonanie zamiennych i dodatkowych prac projektowych na polecenie Zamawiającego, w tym kart obiektów mostowych.

Dodatkowo Zamawiający wymaga, a Wykonawca zobowiązany będzie w ramach pełnienia nadzoru autorskiego: (pkt 2.3 Opisu przedmiotu zamówienia)

a) oceniać wyniki szczegółowych badań materiałów i konstrukcji w zakresie zgodności z rozwiązaniami projektowymi, normami i innymi obowiązującymi przepisami,

b) brać udział w czynnościach mających na celu doprowadzenie do uzyskania projektowanych zdolności użytkowych poszczególnych obiektów budowlanych i całej inwestycji,

c) do opiniowania i uzgadniania dokumentacji technicznej opracowanej przez Wykonawcę robót budowlanych w ramach ceny kontraktowej,

d) do opiniowania i uzgadniania dokumentacji zamiennej opracowanej na wniosek Zamawiającego lub Wykonawcy robót budowlanych,

e) do udokumentowania aktualizacji rozwiązań projektowych, wprowadzonych do dokumentacji projektowo-kosztorysowej w czasie wykonywania robót budowlanych.

Udokumentowanie przez Wykonawcę sprawującego nadzór autorski wprowadzonych do stosowania rozwiązań projektowych stanowiących uzupełnienie dokumentacji projektowej odbywać się będzie poprzez:

- zapisy na rysunkach wchodzących w skład dokumentacji projektowej, rysunki zamienne lub szkice, albo nowe projekty opatrzone datą, podpisem oraz informacją, jaki element dokumentacji zastępuje,
- wpisy do dziennika budowy,
- protokoły lub notatki służbowe podpisane przez Zamawiającego i Wykonawcę,
- pisemne wyjaśnienia i oświadczenia Wykonawcy.

Zgodnie z pkt 2.4.5 Opisu przedmiotu zamówienia, „Wykonawca zobowiązuje się do działania przy sprawowaniu nadzoru autorskiego z należytą starannością, zgodnie z zasadami określonymi ustawą Prawo Budowlane z dnia 7 lipca 1994 r. (Dz. U. 2006, Nr 156, poz. 1118 z późniejszymi zmianami).

Do pełnienia nadzoru autorskiego Wykonawca wyznaczy osoby:

- posiadające uprawnienia projektowe w wymaganej branży, zgodnie z ustawą Prawo budowlane oraz legitymujące się aktualnymi dokumentami potwierdzającymi przynależność do właściwej izby samorządu zawodowego,
- mające uprawnienie niezbędne do podejmowania wszelkich decyzji w ramach nadzoru autorskiego” (pkt 3.1 Opisu przedmiotu zamówienia).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 16 ustawy o prawach autorskich i prawach pokrewnych, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, autorskie prawa osobiste chronią nieograniczoną w czasie i niepodlegającą zrzeczeniu się lub zbyciu więź twórcy z utworem, a w szczególności prawo do nadzoru nad sposobem korzystania z utworu. Z przywołanego przepisu wynika, że 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 z zamysłem jego twórcy. Są to prawa podmiotowe bezwzględne, co oznacza, iż nie mogą być przeniesione na inny podmiot i są skuteczne względem wszystkich, nie są dziedziczne i co do zasady wygasają z chwilą śmierci jego twórcy. Osobisty charakter tych praw oznacza, że przynależą one do twórcy, także w przypadku przeniesienia przez niego autorskich praw majątkowych na inny podmiot. To z kolei oznacza, iż nie można ich odjąć twórcy, można je co najwyżej naruszyć. Sposób ich ochrony został ustanowiony m.in. w przepisie art. 78 o prawach autorskich i prawach pokrewnych.

W niniejszym stanie faktycznym oceny naruszeń wskazanych przepisów należało dokonać w świetle art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, nie ulga bowiem wątpliwości, iż jakkolwiek w petitum odwołania zostały podane jako samodzielna podstawa formułowanych zarzutów, to konstrukcja uzasadnienia pozwala na ustalenie, iż w istocie Odwołującemu chodziło o przeprowadzenie badania w tym kierunku. Na marginesie należy jedynie zauważyć, iż

rozpoznanie przez Izbę przedmiotowych naruszeń jest możliwe jedynie w wskazanym aspekcie, biorąc pod uwagę zakres kognicji Izby. Za nieuzasadnione zaś należy uznać twierdzenia Zamawiającego, iż zarzuty naruszenia wskazanych przepisów nie podlegają rozpoznaniu przez Izbę, bowiem oznaczałoby to, iż sposób zapisu (odrębne punkty) zarzutów w treści odwołania ma rozstrzygające znaczenie dla ich oceny, niezależnie od treści odwołania. Nadto, gdyby przyjąć koncepcję Zamawiającego, należałoby uznać, iż zarzuty co do naruszenia przepisów ustawy Pzp pozbawione są w ogóle jakichkolwiek podstaw faktycznych, a to z kolei nie znajduje uzasadnienia w treści odwołania.

Przechodząc do oceny, czy wobec brzmienia art. 16 pkt 5 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz wobec faktu, iż projekt, który ma być przedmiotowym nadzoru autorskiego został wykonany przez Odwołującego, Zamawiający nie uwzględnił w treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowieniach SIWZ wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, należy uznać, iż takiego zarzutu Zamawiającemu postawić nie można. Wskazanie w *Opisie przedmiotu zamówienia* na Odwołującego, jako autora projektu jest wystarczające. Powyższe bowiem wskazuje potencjalnemu wykonawcy komu przysługują autorskie prawa osobiste do tego utworu. Dalsze informacje w tym przedmiocie są zbędne, bowiem sprowadzałyby się w istocie do przytoczenia przepisów prawa w tym zakresie, a w szczególności w zakresie ochrony tych praw. Skoro bowiem autorskie prawa osobiste nie mogą być przedmiotem obrotu (zakaz ich zbywania, przenoszenia) oczywistym jest, iż niezależnie od sposobu zadysponowania majątkowymi prawami autorskimi, pozostają one przy twórcy i w każdej chwili autor może z nich skorzystać, a więc wykonywać.

W żadnym zaś razie, nie można zgodzić się z Odwołującym, iż wskazany przepis wymaga, aby nadzór autorski był wykonywany przez autora projektu. Wręcz przeciwnie, zauważyć bowiem należy, że choć sprawowanie nadzoru nad sposobem korzystania z utworu stanowi jedno z praw osobistych autora i z pewnością mieści się w nim wykonywanie nadzoru autorskiego, to nie można pominąć, iż ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych w art. 60 ust. 5 nakazuje do sprawowania nadzoru autorskiego nad utworami architektonicznymi stosować odpowiednie przepisy, czyli przepisy ustawy Prawo budowlane. Zatem, biorąc pod uwagę powołane regulacje, nie sposób dojść do przekonania, jak czyni to Odwołujący, iż 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 prawach autorskich 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 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.

Zgodnie z przepisem art. 17 ustawy Prawo budowlane uczestnikami procesu budowlanego są inwestor, inspektor nadzoru inwestorskiego, projektant, kierownik budowy lub kierownik robót. Stosownie do art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo budowlane projektant sprawuje nadzór autorski 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. Konsekwencją określenia obowiązków w zakresie nadzoru autorskiego jest określenie przez ustawodawcę uprawnień, przysługujących projektantowi w trakcie realizacji budowy, tj. prawo wstępu na teren budowy i dokonywanie zapisów w dzienniku budowy dotyczących jej realizacji, a także prawo żądania wpisu do dziennika budowy, wstrzymania robót budowlanych w razie stwierdzenia możliwości powstania zagrożenia lub wykonywania ich niezgodnie z projektem (art. 21 ustawy Prawo budowlane). Nadzór ten sprawowany jest na żądanie inwestora lub właściwego organu (zob. art. 18 ust. 3 i art. 19 ust. 1 ustawy Prawo budowlane). Zaś, w myśl art. 12 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo budowlane, za samodzielną funkcję techniczną w budownictwie uważa się działalność związaną z konicznością fachowej oceny zjawisk technicznych lub samodzielnego rozwiązania zagadnień architektonicznych i technicznych oraz techniczno-organizacyjnych, w szczególności działalność obejmującą projektowanie, sprawdzanie projektów architektoniczno-budowlanych i sprawowanie nadzoru autorskiego. Samodzielną funkcję techniczną w budownictwie mogą wykonywać wyłącznie osoby posiadające odpowiednie wykształcenie techniczne i praktykę zawodową, dostosowaną do rodzaju, stopnia skomplikowania działalności i innych wymagań związanych z wykonywaną funkcją, stwierdzone decyzją, zwaną „uprawnieniami budowlanymi”, wydaną przez organ samorządu zawodowego (art. 12 ust. 2 ustawy Prawo budowlane). Uzyskanie uprawnień budowlanych do projektowania bez ograniczeń i sprawdzanie projektów architektoniczno-budowlanych wymaga ukończenia studiów magisterskich, w rozumieniu przepisów o szkolnictwie wyższym, na kierunku odpowiednim dla danej specjalności, odbycia dwuletniej praktyki przy sporządzaniu projektów oraz odbycia rocznej praktyki na budowie (art. 14 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo budowlane).

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.

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 z sprawowaniem nadzoru autorskiego w sferze prawa publicznego i prywatnego.

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 (projektanta).

Dla oceny niniejszego stanu faktycznego pozostaje bez znaczenia treść powoływanych przez Odwołującego umów, zawartych z Zamawiającym. Po pierwsze bowiem, jak wskazano wyżej, autorskich praw osobistych autorowi projektu odjąć nie można, po drugi zaś, brak upoważnienia ze strony Odwołującego dla Zamawiającego, w treści wskazanych umów, do powierzenia nadzoru autorskiego innej osobie niż twórca projektu nie oznacza zakazu w tym przedmiocie. Jak wskazano wyżej, w tej materii znajdują odpowiednie zastosowani przepisy ustawy Prawo budowlane.

Z tych względów określenie przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego w sposób, który realizuje wymagania ustawy Prawo budowlane względem osób pełniących funkcję projektanta stanowi realizację hipotezy normy zawartej w przepisie art. 22 ust. 1 i 4 ustawy Pzp. Zaś, skorzystanie przez Zamawiającego z rozwiązań określonych w ustawie Prawo budowlane, na gruncie przepisów ustawy Pzp

pozwoili na realizacj zasady uczciwej konkurencji i rwnego traktowania wykonawcw w toku postpowania o udzielnie zamwienia publicznego (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Brak potwierdzenia wskazanych zarzutw czyni rwnie nieuzasadnionym zarzut naruszenia przepisu art. 93 ust. 7 pkt 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postpowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a rozporzdzenia Prezesa Rady Ministrw z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokooci i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajw kosztw w postpowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczajc do kosztw postpowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokooci 15.000,00 zł. Jednocześnie Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika Zamawiajcego o zasądzenie kosztw zastępstwa prawnego wedlug norm przepisanych, bowiem podstawą zaliczenia do kosztw postpowania odwoławczego wynagrodzenia pełnomocnika strony jest przedstawienie do akt sprawy rachunku (§ 3 pkt 2 lit. b powołanego rozporzdzenia), nie zaś, jak w procesie cywilnym, zgłoszenie w odpowiednim trybie wniosku o ich przyznanie (art. 109 k.p.c.).

Przewodniczcy: