

Sygn. akt: KIO 90/12

WYROK
z dnia 24 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2012 r. przez **Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa "Gazoprojekt" S.A., 53 – 611 Wrocław, ul. Strzegomska 55a** w postępowaniu prowadzonym przez **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., 02 – 337 Warszawa, ul. Mszczonowska 4**

przy udziale wykonawcy **Izby Projektowania Budowlanego, 02 – 001 Warszawa, Al. Jerozolimskie 87** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa "Gazoprojekt" S.A., 53 – 611 Wrocław, ul. Strzegomska 55a, i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa "Gazoprojekt" S.A., 53 – 611 Wrocław, ul. Strzegomska 55a, tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2 zasądza od Biura Studiów i Projektów Gazownictwa "Gazoprojekt" S.A., 53 – 611 Wrocław, ul. Strzegomska 55a na rzecz Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., 02 – 337 Warszawa, ul. Mszczonowska 4 kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „nadzór autorski nad realizacją zadań inwestycyjnych.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 stycznia 2012 r. pod nr 2012/S 1-001852.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, w zakresie części nr 1 – Budowa gazociągu DN 800-Świniujście-Szczecin”, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), zwanej dalej „ustawą Pzp”:

1. art. 29 ust. 2 poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz w sposób, który nie uwzględnił wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1);
2. art. 22 ust. 1 i 4 oraz art. 7 ust. 1 poprzez zaniechanie prawidłowego i adekwatnego do czynności, których wykonanie zamierza zlecić wykonawcy, dokonania opisu sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia
3. 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.).

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany opisu sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie części 1 w taki sposób, aby uwzględnić:

- konieczność dysponowania przez wykonawców ubiegających się o zamówienie osobami, którym przysługują autorskie prawa osobiste do projektu bądź osobami/podmiotem upoważnionymi do wykonywania tych praw.
- 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.

albo

2. nakazanie zmiany SIWZ, w zakresie części 1 zamówienia, poprzez jego ograniczenie do czynności 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

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wyjaśnił, iż autorami dokumentacji projektowej na budowę gazociągu Swinoujście-Szczecin są pracownicy Odwołującego i przysługują im autorskie prawa osobiste do ww. dokumentacji. Autorskie prawa majątkowe do ww. utworu nabył, na podstawie art. 12 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych Odwołujący, a następnie na podstawie umowy ZP/2009/08/0069/PR z dnia 19.04.2010 r. przeniósł je na Zamawiającego

W żadnym postanowieniu ww. umowy, ani też na mocy odrębnych zobowiązań, 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. Podmiotem upoważnionym do wykonywania autorskich praw osobistych do projektu budowy gazociągu Swinoujście-Szczecin, jak również dochodzenia roszczeń związanych z naruszeniem ww. praw jest Odwołujący.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający opisał przedmiot zamówienia oraz sposób spełnienia warunków udziału w postępowaniu z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, ustawy Prawo budowlane oraz ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Korelacja opisu przedmiotu zamówienia z opisem sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania przez wykonawców osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, przewidzianym w SIWZ powoduje narażenie większości wykonawców na odpowiedzialność odszkodowawczą, zaś osób mających wykonywać czynności nadzoru z ramienia wykonawcy, na odpowiedzialność dyscyplinarną przed organami właściwej izby. Zamawiający wymaga sprawowania przez wykonawcę nadzoru autorskiego w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, a z drugiej strony, warunkiem udziału w postępowaniu jest jedynie dysponowanie osobami posiadającymi uprawnienia budowlane w specjalnościach wskazanych w SIWZ oraz doświadczenia w realizacji określonych w SIWZ inwestycji budowlanych. Dla każdego z projektantów został wskazany inny warunek doświadczenia, żaden nie odnosi się do wykonania dokumentacji projektowej gazociągu, będącego przedmiotem nadzoru w niniejszym postępowaniu. Zamawiający pominął warunek dysponowania przez ewentualnego wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. autorami dokumentacji projektowej, na podstawie, której będzie realizowana inwestycja.

Tak liberalnie opisane warunki oraz kryterium oceny ofert cena 100% w sytuacji, gdy Zamawiający dokonał już wyboru wykonawcy gazociągu Świnoujście-Szczecin mogą spowodować, w ocenie Odwołującego, porozumienie tegoż wykonawcy z wykonawcą spełniającym warunki udziału w niniejszym postępowaniu, zaoferowanie przez nich zaniżonej ceny, której udowodnienie - podobnie jak umowy wykonawców - w świetle obowiązujących przepisów oraz utrwalonego orzecznictwa jest niemal niemożliwe, a w konsekwencji wprowadzanie do projektu wszelkich zmian proponowanych przez wykonawcę gazociągu, mogących obniżyć jakość i funkcjonalność zaprojektowanego gazociągu. Takie rozwiązanie będzie rażąco niekorzystne dla Zamawiającego, w dodatku pozbawi go możliwości dochodzenia roszczeń gwarancyjnych, dotyczących dokumentacji projektowej.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający pomylił pojęcia nadzoru autorskiego i nadzoru nad realizacją robót, niebędącego nadzorem autorskim, zaliczając prawo do pełnienia nadzoru autorskiego do praw majątkowych, a nie osobistych.

Odwołujący podnosi, iż instytucja nadzoru autorskiego jest definiowana poprzez przepisy ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, a samo jej sprawowanie - poprzez odesłanie - regulują przepisy ustawy Prawo budowlane. Określenie sposobu sprawowania nadzoru autorskiego nad dokumentacją projektową w innych niż prawo autorskie przepisach nie pozbawia jednak nadzoru autorskiego charakteru osobistego prawa autorskiego. 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*).

Dyspozycję przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, adaptują regulacje 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, zdaniem Odwołującego, 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. Stąd też, umożliwiając zamawiającemu zapewnienie spójności powstającego obiektu ze stanowiącym podstawę jego wykonania 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*). Takie stanowisko nie znajduje potwierdzenia w piśmiennictwie, ani też orzecznictwie, odnoszącym się zarówno do regulacji prawa budowlanego, jak również szeroko pojętego prawa

autorskiego.

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.

Stąd też czynności, jakie zamierza powierzyć Zamawiający w niniejszym postępowaniu mogą zostać powierzone wyłącznie osobie, której przysługują autorskie osobiste prawa do dokumentacji projektowej bądź podmiotowi upoważnionemu przez autora do wykonywania tych praw w jego imieniu. 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 Zamawiający powinien jednoznacznie określić 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 gazociągu Świnoujście-Szczecin 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).

Mając na uwadze powyższe należy zgodzić się ze stanowiskiem, 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, wykonawcę wyłonionego na podstawie ogłoszonego przez Zamawiającego przetargu. Wykonawca taki jednak nie będzie mógł skutecznie i zgodnie z prawem wykonywać większości czynności objętych przedmiotem zamówienia, zaś usługa przez niego świadczona nie będzie równoważna z nadzorem autorskim *sensu stricto*.

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 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, zatwierdzania rozwiązań równoważnych, a tym bardziej dokonywania wiążącej interpretacji utworu, jakim jest dokumentacja projektowa budowy gazociągu Świnoujście-Szczecin. Tylko w ten sposób zapewnia się, że wykonawcy składający oferty w przedmiotowym postępowaniu będą musieli zapewnić osoby "zdolne do prawidłowego wykonania przedmiotowego zamówienia".

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem, jakoby przepisy prawa budowlanego stanowiły *lex specialis* w stosunku do art. 16 ustawy o prawie autorskim tj. odwoływania się do 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 (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, zmiana projektanta sprawującego nadzór autorski stanowi wyjątek od reguły, czyli że zasadniczo nadzór ten sprawowany być powinien przez projektanta, będącego autorem 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.

Odwołujący podkreśla, iż opis sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu określone w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ w zakresie potencjału osób zdolnych do wykonania zamówienia jest nieadekwatny do czynności nadzoru jakie miałyby one wykonywać. Przede wszystkim wymagane doświadczenie osób dedykowanych do wykonywania czynności stanowiących przedmiot zamówienia jest, w ocenie Odwołującego, niewystarczające. Oznacza to, iż zaakceptowani w oparciu o spełnienie warunków opisanych w SIWZ projektanci nie będą w stanie -z uwagi na brak odpowiedniego doświadczenia - podołać „technicznie” wymaganym czynnościom. Nie będą ich również mogli dokonać zgodnie z obowiązującymi przepisami, a w konsekwencji wypełnić obowiązku przewidzianego w § 4 pkt 6 umowy. Nie będąc autorem dokumentacji projektowej, nie znając warunków w jakich powstawała, uzgodnień jej autorów z Zamawiającym w fazie projektowania, większość wykonawców nie będzie w stanie dokonać np. „rozstrzygnięcia merytorycznych wątpliwości Wykonawcy Robót Budowlanych bądź Wykonawcy Nadzoru w zakresie rozwiązań projektowych przyjętych przez autorów dokumentacji.” Zamawiający narusza zatem art. 22 ust. 1 i 4 ustawy P.z.p., bowiem opisany w SIWZ sposób spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie zapewnia wyboru wykonawcy, który dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W zakresie zarzutu, iż postępowanie obarczone jest nieusuwalną wadą prawną, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp), Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający nie dysponuje prawem do wykonywania autorskich praw osobistych do dokumentacji projektowej, zatem nie może powierzyć ich wykonywania wybranemu wykonawcy, by ten mógł prawidłowo i zgodnie z prawem, wykonać obowiązki objęte przedmiotem zamówienia. Oznacza to, iż o ile wykonanie czynności objętych przedmiotem zamówienia przez innego niż autor projektu wykonawcę mogłoby być możliwe „technicznie”, nie mogłoby być dokonane zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z postanowieniami części III SIWZ i odpowiednio sekcji II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu, przedmiotem zamówienia jest przeprowadzenie nadzoru autorskiego w imieniu Zamawiającego w zakresie zgodności dokumentacji projektowej z pracami związanymi z realizacją zadań inwestycyjnych m.in. pn. część nr 1 – Budowa gazociągu DN 800 Świnoujście – Szczecin. Każdorazowo, na wniosek Zamawiającego, osiągnięcie zgodności wykonywanych robót budowlanych z opracowaną dokumentacją projektową plegać miało na:

- a) sprawowaniu nadzoru autorskiego, zgodnie z art. 20 ust. 1 pkt 4 lit. a i b ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity Dz. U. 2010 r. Nr 243, poz. 1623, ze zm.) oraz aktami wykonawczymi do tej ustawy, tj. stwierdzanie w toku wykonywania robót budowlanych zgodności ich realizacji z dokumentacją projektową, uwzględniając obowiązujące w czasie realizacji przepisy i instrukcje;
- b) rozstrzygnięciu merytorycznych wątpliwości wykonawcy robót budowlanych bądź wykonawcy

nadzoru w zakresie rozwiązań projektowych przyjętych przez autorów dokumentacji;

c) opiniowaniu, uzgadnianiu i zatwierdzaniu zaproponowanych przez wykonawcę robót Budowlanych bądź wykonawcę nadzoru nowych projektów zamiennych i uzupełniających oraz rysunków i szkiców rozwiązań zamiennych lub równoważnych w stosunku do rozwiązań przewidzianych w dokumentacji projektowej;

d) uczestniczeniu w charakterze eksperta w radach budowy, naradach i komisjach technicznych oraz w odbiorach robót zanikających oraz technicznym i końcowym odbiorze poszczególnych obiektów.

Jednocześnie Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ, stanowiącym opis przedmiotu zamówienia w pkt 6 wskazał, że „dokumentacja projektowa dla projektów 1, 5 została wykonana przez BSiPG Gazoprojekt S.A. z Wrocławia.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 16 ustawy o prawie autorskim 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 zamiślem 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 przepisów powołanych przez Odwołującego przepisów ustawy Prawo budowlane oraz ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych należało dokonać w świetle art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 22 ust. 1 i 4 oraz art. 7 ust. 1 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.

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 upoważnieniem 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 koniecznością 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).

Z tych względów nie sposób zgodzić się z Odwołującym, iż dokonywanie czynności, o których mowa w art. 20 ust. 4 ustawy Prawo budowlane, skutkuje narażeniem wykonawców na odpowiedzialność odszkodowawczą, a poszczególnych projektantów – na odpowiedzialność dyscyplinarną. Dopiero bowiem uniemożliwienie wykonywania osobistych praw majątkowych przez autora projektu mogłoby do takiej odpowiedzialności prowadzić, ale nie jest to materia, która winna znaleźć odzwierciedlenie w treści SIWZ, czy też ogłoszenia o zamówieniu.

Dla oceny niniejszego stanu faktycznego pozostaje bez znaczenia treść powoływanej przez Odwołującego umowy, zawartej z Zamawiającym. Nie sposób bowiem pominąć, iż okoliczności, iż okoliczności, które podlegały stwierdzeniu za pomocą powołanego dowodu nie są między stronami sporne. Nadto, należy zwrócić uwagę, iż po pierwsze, jak wskazano wyżej, autorskich praw osobistych autorowi projektu odjąć nie można, po drugie zaś, brak upoważnienia ze strony Odwołującego dla Zamawiającego, w treści wskazanej umowy, 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.

Bez wpływu na niniejsze rozstrzygnięcie pozostają również okoliczności powoływane przez Odwołującego, a wskazujące na możliwość porozumienia wykonawcy niniejszego zamówienia z wykonawcą robót budowlanych, ze szkodą dla projektu. Po pierwsze, brak podstaw do takich twierdzeń, po drugie, osoba autora projektu nie stanowi gwarancji, iż do takiego porozumienia nie dojdzie, po trzecie wreszcie, w ocenie Izby, nie są objęte hipotezą norm prawnych, zawartych w powołanych przez Odwołującego przepisach prawa.

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, pozwoliło na realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w toku postępowania o udzielnie zamówienia publicznego (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Izba nie podziela stanowiska Przystępującego, iż istotą niniejszego sporu jest ocena, czy projekt stanowi utwór w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Treść odwołania nie pozostawia w tym względzie żadnych wątpliwości, chodzi bowiem o rozstrzygnięcie w przedmiocie uprawnień do wykonywania nadzoru autorskiego i uwzględnienie tej okoliczności zarówno w opisie przedmiotu zamówienia, jak i przy określaniu potencjału kadrowego.

Z uwagi na fakt, iż treść przystąpienia wykracza poza treść zarzutów podniesionych w odwołaniu, Izba odmówiła rozstrzygnięcia w tym zakresie (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Brak potwierdzenia podniesionych przez Odwołującego zarzutów czyni również

nieuzasadnionym zarzut naruszenia przepisu art. 93 ust. 7 pkt 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: