

**Sygn. akt: KIO/KD 51/19**

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 6 sierpnia 2019 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 5 lipca 2019 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

**Gmina Niepołomice**  
**Pl. Zwycięstwa 13,**  
**32-005 Niepołomice**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 26 czerwca 2019 r. (znak: KND/24/19/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie zapytania ofertowego — bez stosowania ustawy Pzp pn.: „Wykonanie projektu koncepcyjnego budowy budynku Szkoły Podstawowej w Niepołomicach”,

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Jolanta Markowska</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Piotr Kozłowski</b>
	<b>Lubomira Matczuk-Mazuś</b>

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego z dnia 5 lipca 2019 r. dotyczące Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 26 czerwca 2019 r. nie zasługują na uwzględnienie.**

**Sygn. akt: KIO/KD 51/19**

## **Uzasadnienie**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także jako „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) przeprowadził, na podstawie art. 154 pkt 11 oraz art. 161 ust. 1 w zw. z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), kontrolę doraźną postępowania o udzielenia zamówienia publicznego przeprowadzonego przez Zamawiającego – Gmina Niepołomice - w trybie zapytania ofertowego — bez stosowania przepisów ustawy Pzp — na „Wykonanie projektu koncepcyjnego budowy budynku Szkoły Podstawowej w Niepołomicach”. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 32 ust. 1, 2 i 4, a w konsekwencji art. 4 pkt 8, art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 10 ust. 1, art. 40 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez ustalenie wartości zamówienia mającego za przedmiot wykonanie projektu koncepcyjnego budowy budynku Szkoły Podstawowej w Niepołomicach bez uwzględnienia kwoty odpowiadającej wartości przeniesienia całości autorskich praw majątkowych do Projektu, co doprowadziło do nieuprawnionego udzielenia ww. zamówienia Wykonawcy K. STUDIO z pominięciem trybów wskazanych w ustawie Pzp.

Prezes Urzędu ustalił na podstawie protokołu zamówienia sporządzonego w dniu 7 maja 2015 r., że zapytanie ofertowe skierowano drogą telefoniczną do trzech wykonawców, którzy w odpowiedzi na ww. zapytanie złożyli oferty. Zamawiający jako najkorzystniejszą, przy zastosowaniu kryterium 100% cena, wybrał ofertę złożoną przez wykonawcę K.STUDIO z ceną 120.000 zł netto.

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

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

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

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

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

a) przenieść na wskazany przez Zamawiającego podmiot lub podmioty autorskie prawa majątkowe do Projektu na następujących polach eksploatacji:

- utrwalanie i zwielokrotnianie jakąkolwiek techniką, w tym techniką druku, techniką cyfrową, techniką zapisu magnetycznego oraz techniką reprograficzną;
- wprowadzanie do obrotu, użyczenie lub najem oryginału albo egzemplarzy;
- wprowadzenie do pamięci komputera;
- rozpowszechnianie poprzez publiczne wystawianie oraz udostępnianie w sieci internet;
- wykorzystywanie w ramach realizacji prac budowlanych oraz projektowych;

oraz udzielić tym podmiotom zgody na wykonywanie praw zależnych do opracowań Projektu; lub

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

oraz

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

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

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

Wynagrodzenie przysługujące Wykonawcy z tytułu zrealizowania przedmiotowej Umowy zostało uregulowane w § 8 ust. 1 Umowy, zgodnie z którym, z tytułu wykonania Projektu oraz przeniesienia na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do Projektu na

wszystkich polach eksploatacji wymienionych w § 2 ust. 3 Umowy (wykorzystanie projektu koncepcyjnego Obiektu jako elementu opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniach prowadzonych w celu wyboru Wykonawcy dalszych prac projektowych oraz prac budowlanych, w szczególności do sporządzenia programu funkcjonalno-użytkowego) Wykonawcy przysługuje zryczałtowane wynagrodzenie w wysokości 120.000 zł netto.

Mając na uwadze stan faktyczny przedmiotowej sprawy, Prezes Urzędu wskazał, że na etapie czynności przygotowawczych, poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ustawodawca zastrzegł obowiązek ustalenia przez zamawiającego wartości zamówienia (art. 32 — 35 ustawy Pzp). Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Z przepisu tego wynika obowiązek dołożenia przez zamawiającego należytej staranności przy ustalaniu wartości zamówienia. Jednocześnie w myśl art. 32 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Zamawiający nie może zatem dokonywać podziału zamówienia (zaniżać jego wartości) w taki sposób, aby na skutek ustalenia wartości dla każdej z wydzielonych części zamówienia doszło do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp odnoszących się do zamówień o wartości powyżej określonego progu, czy też, z drugiej strony, do nieuprawnionego zastosowania przepisów odnoszących się do zamówień o wartości poniżej określonego progu.

Powyższe znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, w myśl którego, jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. W konsekwencji, przy udzieleniu każdej z części zamówienia, zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej wartości zamówienia. Takie działanie zamawiającego nie narusza art. 32 ust. 2 i 4 ustawy Pzp.

Dla ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się kryteriami:

- tożsamość przedmiotowa zamówienia - kryterium to powinno prowadzić do wyodrębnienia nie tylko zbliżonych przedmiotowo zamówień, ale także zamówień, które mimo braku przedmiotowego podobieństwa tworzą funkcjonalną całość,
- tożsamość czasowa zamówienia - funkcjonalnie powiązane ze sobą zamówienia mają być nabywane w dającej się przewidzieć, określonej perspektywie czasowej,

- tożsamość podmiotowa - możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę.

Innymi słowy konieczne jest ustalenie czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w przewidywalnym czasie, przez tego samego wykonawcę. Z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwe jego nabycie u tego samego wykonawcy (np. wykonanie poszczególnych zamówień wymaga spełnienia przez wykonawców odmiennych warunków). W przeciwnym wypadku, tzn. gdy udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy należy uznać, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem. Wartość tak określonego zamówienia należy oszacować, zgodnie z postanowieniami art. 32 — 35 ustawy Pzp.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy przedmiotem dwóch zawartych umów było:

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

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

Przy założeniu wyodrębnienia zamówienia mającego za przedmiot wykonanie projektu koncepcyjnego (lit. „a”) do odrębnego postępowania, wartość zamówienia oznaczonego literą

„a” powinna zostać zsumowana łącznie z wartością — ustalonego przez Zamawiającego jako cena sztywna — wynagrodzenia należnego na podstawie § 4 ust. 3 Umowy z dnia 7 maja 2015 r. za przeniesienie całości autorskich praw majątkowych do Projektu, o których mowa w § 4 ust. 1 lit. a) Umowy z dnia 7 maja 2015 r. wynoszącego 400.000 zł netto. Tak oszacowana kwota odpowiadałaby największemu możliwemu zakresowi zamówienia dopuszczanemu przez Zamawiającego na etapie wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wówczas wartość netto zamówienia oznaczonego literą „a” przekraczałaby kwotę 30.000 euro, co obligowałoby Zamawiającego do zastosowania procedur określonych w ustawie Pzp.

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

Prezes Urzędu stwierdził, że w przedmiotowym stanie faktycznym formuła prowadzenia postępowania w trybie zapytania ofertowego istotnie przewidywała przekazanie całości autorskich praw majątkowych do projektu koncepcyjnego, jednak dopiero na etapie przystąpienia do realizacji inwestycji docelowej w oparciu o Program Funkcjonalno-Użytkowy stworzony na podstawie przedmiotowego projektu koncepcyjnego. Przez zawarcie umowy z dnia 7 maja 2015 r. Zamawiający nabył jedynie autorskie prawa majątkowe do wykorzystywania projektu jako elementu opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniach

prowadzonych w celu wyboru wykonawcy dalszych prac projektowych oraz budowlanych, w szczególności do sporządzenia Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU).

Zastosowana przez Zamawiającego konstrukcja umowna nie jest naganna w znaczeniu materialnym, jednakże błędem jest zaniechanie zsumowania wartości nabycia projektu koncepcyjnego wraz z oszacowanym łącznie kosztem nabycia całości autorskich praw majątkowych do projektu koncepcyjnego. Zamawiający, obciążając przyszłego wykonawcę kosztami nabycia autorskich praw majątkowych koniecznych do dysponowania (korzystania i rozporządzania) projektem koncepcyjnym, a niebędących przedmiotem umowy z dnia 7 maja 2015 r., dopuścił się nieuprawnionego podziału zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp. Argument Zamawiającego polegający na twierdzeniu, że Zamawiający nie mając wiedzy, czy będzie w stanie zrealizować inwestycję zgodnie z programem funkcjonalno-użytkowym oraz kiedy będzie ją realizował, był uprawniony do nabycia praw autorskich wyłącznie w wąskim zakresie, uznać należy za uprawniony pod warunkiem oszacowania wartości całości praw autorskich przy zastosowaniu prawa opcji (art. 34 ust. 5 ustawy Pzp). Korzystanie z autorskich praw majątkowych stanowi bowiem niezbędny element zamawianego utworu przy założeniu nabycia utworu z koniecznością zapewnienia sobie prawa do korzystania z niego i rozporządzania nim — co mogło być objęte zamierzeniem Zamawiającego. Prezes Urzędu podkreślił, że samo nabycie projektu koncepcyjnego, bez możliwości dysponowania nim na określonych polach eksploatacji, nie może stanowić podstawy do odrębnego oszacowania przedmiotu zamówienia w zakresie nabycia autorskich praw majątkowych do nabywanego projektu koncepcyjnego. Kontrolujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2015 r., sygn. akt: KIO 2399/15 i stwierdził, że wskazane przez Zamawiającego okoliczności uprawniałyby go do skorzystania z prawa opcji obejmującego przeniesienie całości autorskich praw majątkowych do Projektu (§ 4 ust. 1 lit. a Umowy z dnia 7 maja 2015 r.), z której Zamawiający byłby uprawniony skorzystać w sytuacji podjęcia decyzji o realizacji budowy Obiektu (szkoła podstawowa w Niepołomicach) na podstawie koncepcji stanowiącej przedmiot umowy z dnia 7 maja 2015 r.

Powyższe rozwiązanie zobligowałoby jednak Zamawiającego do ustalenia wartości przedmiotowego zamówienia z uwzględnieniem największego możliwego zakresu tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji - Zamawiający, szacując wartość zamówienia mającego za przedmiot opracowanie projektu koncepcyjnego, byłby zobowiązany uwzględnić w niej wartość odpowiadającą wartości ustalonego przez Zamawiającego jako cena sztywna - wynagrodzenia należnego na podstawie § 4 ust. 3 Umowy z dnia 7 maja 2015 r. za przeniesienie całości autorskich praw majątkowych do Projektu, o których mowa w § 4 ust. 1 lit. a Umowy z dnia 7 maja 2015 r., wynoszącego 400.000 zł netto, a to w konsekwencji spowodowałoby konieczność udzielenia przedmiotowego zamówienia na podstawie

przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych — z wykorzystaniem jednego z trybów przewidzianych w art. 10 ustawy Pzp. Skorzystanie przez Zamawiającego z instrumentu prawnego, jakim jest prawo opcji, umożliwiłoby realizację interesu Zamawiającego z poszanowaniem podstawowych zasad prawa zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższy stan faktyczny sprawy, Prezes UZP wskazał, że Zamawiający udzielając zamówienia na wykonanie dokumentacji projektowej, obejmującej kompletny projekt koncepcyjny Obiektu i przeniesienie przez Wykonawcę na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do wykorzystywania Projektu jako elementu opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniach prowadzonych w celu wyboru wykonawcy dalszych prac projektowych oraz budowlanych, w szczególności do sporządzenia Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU), bez stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych naruszył art. 32 ust. 1, 2 i 4 oraz art. 7 ust. 1 tej ustawy. Powyższe skutkowało naruszeniem przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik postępowania — poprzez udzielenie przedmiotowego zamówienia bez stosowania ustawy na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy, nie znajdującym zastosowania w tych okolicznościach. Zamawiający naruszył zatem art. 40 ust. 1 i 2 w zw. z art. 11 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 32 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp, bowiem skutek dokonanego podziału zamówienia, zaniechał zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych. W związku z powyższym, przy udzielaniu niniejszego zamówienia został również naruszony art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania. Zamawiający, udzielając ww. zamówienia publicznego Wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych naruszył także art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 5 lipca 2019 r. Zamawiający, na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, zgłosił zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej z dnia 26 czerwca 2019 r.

Zamawiający podniósł, że Kontrolujący nieprawidłowo ustalił stan faktyczny związany z kontrolowanym zamówieniem, bezzasadnie przyjmując, że zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia nastąpiło w dniu 7 maja 2015 r. tj. w dniu podpisania umowy z wykonawcą K. Studio T. K. - nie zaś w dniu, w którym Zamawiający dokonał wyboru oferty tego wykonawcy, tj. w dniu 30 kwietnia 2015 r. (oferty wszystkich ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców zostały złożone do Zamawiającego w tym samym dniu). Zamawiający wskazał, że stanowisko, zgodnie z którym „dniem zakończenia postępowania” jest „dzień w którym dokonano wyboru oferty” wynika (m.in.) z opinii Urzędu Zamówień Publicznych pod tytułem: Zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a obowiązek złożenia oświadczenia (ZP-II) o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania (art. 17 ust. 2 ustawy Pzp) oraz z doktryny, które



znajduje także potwierdzenie w dorobku orzecznictwa sądowego: „Postępowanie o zamówienie publiczne kończy się z chwilą osiągnięcia celu gospodarczego, jakim jest wybór wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa.” - tak (m.in.) Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku VACa 664/12 z dnia 1 lutego 2013 r., jak i w dorobku orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej: „W ocenie Izby z definicji zawartej w art. 2 pkt 7a p.z.p. kwestii momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika tyle, że jest on wyznaczony osiągnięciem celu tego postępowania w postaci wyboru wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego” — tak KIO (m.in.) w wyroku 14/13 z dnia 17 stycznia 2013 r.).

Mając na uwadze powyższe, w szczególności to, że podpisanie umowy (zaciągnięcie zobowiązania) wykracza poza ramy czasowe procedury udzielania zamówień publicznych - Zamawiający zarzucił naruszenie przez Kontrolującego przepisu art. 165 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym „Wszczęcie kontroli doraźnej może nastąpić nie później niż w terminie 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.” Kontrolujący wszczął bowiem kontrolę w dniu 6 maja 2019 r., tj. już po upływie 4 lat od zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jako że Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 30 kwietnia 2015 r., tj. przed dniem 7 maja 2015 r. Na marginesie Zamawiający zauważył, że z doręczonej mu w dniu 26 czerwca 2019 r. Informacji o wyniku przeprowadzonej kontroli (część I. Określenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem postępowania wyjaśniającego) Kontrolujący odniósł się do daty wszczęcia postępowania o udzielenie kontrolowanego zamówienia publicznego, wskazując na „brak danych w dokumentacji postępowania” oraz przywołał datę udzielenia zamówienia „7 maja 2015 r.” oraz datę wszczęcia kontroli „6 maja 2019 r.”, przy czym pominął kluczową kwestię ustalenia daty zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, *de facto* utożsamiając ją błędnie z datą podpisania umowy. Zamawiający wskazał, że przekazał Kontrolującemu dokumenty i wyjaśnienia - w terminie umożliwiającym Kontrolującemu wszczęcie postępowania kontrolnego przed upływem 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia (pisma Zamawiającego z dnia 10 kwietnia 2019 r. i z dnia 16 kwietnia 2019 r.). Zamawiający wskazał również, że termin do wszczęcia kontroli doraźnej (następczej) zamówienia publicznego nie podlega przedłużeniu, jako że ustawodawca nie przewidział w ogóle takiej możliwości.

W tym stanie rzeczy, mając na uwadze, że Kontrolujący uchybił wynikającemu z ustawy prekluzyjnemu terminowi do wszczęcia postępowania kontrolnego (art. 165 ust. 2 ustawy Pzp), Zamawiający wniósł o umorzenie ww. postępowania, jako wszczętego z naruszeniem wymogów formalnych.

Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazał, że w grudniu 2015 r. Izba Architektów Rzeczypospolitej Polskiej - Śląska Okręgowa Izba Architektów Rzeczypospolitej Polskiej Okręgowa Izba Rady wystąpiła do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z wnioskiem o przeprowadzenie kontroli doraźnej postępowania o udzielenie przez Zamawiającego zamówienia, którego przedmiotem było Zaprojektowanie i wybudowanie szkoły podstawowej wraz z przyległym otoczeniem. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, po uprzednim przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, pismem z dnia 29 września 2017 r. poinformował Zamawiającego, iż „nie stwierdzono podstaw uzasadniających wszczęcie kontroli w przedmiotowej sprawie w zakresie zarzutów podniesionych we wniosku o kontrolę inicjującym postępowanie wyjaśniające.” Nie może przy tym budzić wątpliwości tożsamość (istota) materii badanej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w postępowaniu wyjaśniającym wszczętym w grudniu 2015 r. z materią badaną przez Kontrolującego w toku kontroli doraźnej wszczętej w dniu 6 maja 2019 r. W obydwu bowiem przypadkach przedmiot badań koncentrował się w szczególności na wzorcu, jakim był przepis art. 32 ust. 2 ustawy Pzp. Nie sposób przyjąć, by uprawnienie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wszczęcia kontroli doraźnej nie później niż w terminie 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia (art. 165 ust. 1-2 ustawy Pzp) istniało nadal w sytuacji, gdy organ ten przeprowadził kilka lat wcześniej postępowanie wyjaśniające (art. 161 ust. 4 ustawy Pzp) i nie stwierdził podstaw uzasadniających wszczęcie kontroli doraźnej. Jeżeli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych skorzystał z instytucji postępowania wyjaśniającego i nie stwierdził podstaw uzasadniających wszczęcie kontroli, to zdaniem Zamawiającego — w sytuacji, gdy zarzuty są tożsame, organ ten nie może już wszcząć kontroli doraźnej, nawet gdyby termin 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia nie upłynął. Jeśliby nawet Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wszczął kontrolę doraźną, to powinien takie postępowanie umorzyć.

Niezależnie od zastrzeżeń o charakterze formalnym Zamawiający nie zgodził się z zasadnością zarzutów naruszenia przepisów art. 32 ust. 1, 2 i 4, a w konsekwencji art. 4 pkt. 8, art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 10 ust. 1, art. 40 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zwrócił uwagę, iż zgodnie z brzmieniem art. 32 ust. 1 podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, a tym samym - wynagrodzenie wykonawcy należne mu od Zamawiającego, nie zaś od innego podmiotu. Zamawiający odwołał się do preambuły umowy o wykonanie projektu koncepcyjnego z dnia 7 maja 2015 r. - treści punktu IV: „Dalsze prace projektowe i prace wykonawcze przy realizacji inwestycji, o której mowa w pkt. I, Zamawiający zamierza powierzyć podmiotowi lub podmiotom, których oferta zostanie wybrana, jako najlepsza w postępowaniu przeprowadzonym w trybie ustawy z dnia 29.01.2004r. prawo zamówień publicznych oraz innych właściwych przepisów”. Zamawiający podkreślił, że

wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K. Studio T. K. był architektem, nie zaś podmiotem zajmującym się realizacją inwestycji, tym samym nie mógł zrealizować przedsięwzięcia budowlanego - budowy budynku Szkoły Podstawowej w Niepołomicach. W tym stanie rzeczy, jedyne całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy T. K. - to kwota 120 tysięcy złotych netto, zgodnie z § 8 ust. 1 Umowy, bowiem tylko taką kwotę zobowiązany był świadczyć Zamawiający. Zgodnie z pkt. V preambuły do umowy: „Dokumentacja projektowa, o której mowa w pkt. III, stanowić ma w zamierzeniu Zamawiającego część opisu przedmiotu zamówienia, o którym mowa w pkt. jako element Programu Funkcjonalno-Użytkowego”. Koncepcja skorzystania przez Zamawiającego w tym przypadku z prawa opcji jest nieadekwatna do przedmiotowej sytuacji, gdyż to nie Zamawiający miał w przyszłości nabywać autorskie prawa majątkowe do Projektu oraz uzyskać zgodę do wykonywania praw zależnych do opracowań Projektu, zgodnie z § 4 ust. 1a Umowy, w przypadku podjęcia przez Zamawiającego decyzji o realizacji na podstawie Projektu budowy Obiektu, wykonawca zobowiązuje się przenieść na wskazany przez Zamawiającego podmiot lub podmioty autorskie prawa majątkowe do Projektu na wymienionych w lit. a polach eksploatacji oraz udzielić tym podmiotom zgody na wykonywanie praw zależnych do opracowań Projektu. W istocie zatem zastosowanie § 4 Umowy zachodziło jedynie w przypadku, gdy Zamawiający podjął decyzję o realizacji budowy, której to decyzji nie musiał podjąć. Dokumentacja projektowa obejmująca Projekt koncepcyjny Obiektu pozwalała bowiem Zamawiającemu opisać przedmiot zamówienia jako element Programu Funkcjonalno-Użytkowego. Zamawiający na etapie zawierania umowy z dnia 7 maja 2015r. nie mógł w sposób pewny antycypować realizacji inwestycji, albowiem mogłoby się okazać, że nie dysponuje i nie będzie dysponował wystarczającymi środkami pozwalającymi na realizację inwestycji w oparciu o Projekt koncepcyjny opracowany przez T. K. Mogły też zaistnieć inne nieprzewidziane okoliczności, które uniemożliwiłyby realizację inwestycji. Zamawiający musiał także rozważyć i przewidzieć sytuację, w której należałoby ponownie zlecić opracowanie Projektu koncepcyjnego Obiektu przewidującego realizację Obiektu o niższych parametrach i gabarytach, a więc zdecydowanie tańszego. W takiej sytuacji nabywanie przez Zamawiającego całości autorskich praw majątkowych do Projektu koncepcyjnego byłoby nie tylko niecelowe ale wręcz niegospodarne. Zamawiający wydatkowałby bowiem znaczne środki na nabycie całości autorskich praw majątkowych do projektu, który w przyszłości nie byłby w ogóle realizowany. Działałby wtedy zgodnie z literą prawa, ale bezsprzecznie co najmniej nierozważnie, jeżeli nie niegospodarnie. Przepisy Pzp mają zaś doprowadzać do optymalizacji wydatkowania środków i realizacji zasady zgodnie, z którą Zamawiający winien otrzymać produkt bądź usługę najwyższej jakości za możliwie najniższą cenę, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, zgodnie z art. 7 ust. 1.

W tym stanie rzeczy Zamawiający, niezależnie od wniosku o umorzenie postępowania w ramach kontroli doraźnej, jako postępowania wszczętego z naruszeniem wymogów formalnych (ze względów ostrożności procesowej) wniósł o zmianę ustaleń objętych treścią informacji z dnia 26 czerwca 2019 r. o wynikach kontroli doraźnej następczej zamówienia.

Pismem z dnia 22 lipca 2019 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 26 czerwca 2019 r. w zakresie stwierdzonych naruszeń, wobec których Zamawiający wniósł zastrzeżenia. Uzasadniając swoje stanowisko Prezes Urzędu wskazał w szczególności:

Prezes UZP nie zgodził się z zaprezentowanym w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej stanowiskiem, że momentem zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest data dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zaś data zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Wskazał, że celem każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bez względu na tryb w jakim jest udzielane, jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Sam wybór najkorzystniejszej oferty, w przeciwieństwie do regulacji Kodeksu Cywilnego (art. 70<sup>3</sup> § 3 w zw. z art. 70 § 1), i przekazanie o tym informacji wykonawcy, nie skutkuje zgodnie z ustawą Pzp zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponadto, zgodnie z art. 139 ustawy Pzp, aby doszło do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego musi zostać zachowana forma pisemna pod rygorem nieważności.

Po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający podejmuje w postępowaniu czynności wskazane w ustawie Pzp, zatem sam wybór nie oznacza zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z treścią art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający jest zobowiązany zawiadomić niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację. Dodatkowo zamawiający jest zobowiązany udostępnić informację w powyższym zakresie na stronie internetowej (art. 92 ust. 2 ustawy Pzp). Ponadto, wykonawcy po wyborze najkorzystniejszej oferty nadal mają prawo skorzystać ze środków ochrony prawnej, które mogą doprowadzić do powtórzenia oceny ofert i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający może również dokonać wyboru kolejnej oferty, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą uchylił się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy (art. 94 ust. 3 ustawy Pzp).

Powyżej przytoczone regulacje wskazują, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie kończy się wyborem oferty najkorzystniejszej, a zawarcie umowy jest niezbędne do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i stanowi warunek skutecznego udzielenia zamówienia. Analogiczne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 17 grudnia 2010 r. (sygn. akt III CZP 103/10) wskazując, że postępowanie „o udzielenie zamówienia publicznego” na gruncie ustawy, zgodnie z treścią art. 2 ust. 7a (...) da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych rozpoczynający się z chwilą ogłoszenia o zamówieniu, przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy. Przepis nie określa chwili zakończenia tego postępowania, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Prezes Urzędu wskazał, że cytowana w treści zastrzeżeń opinia wydana przez Urząd Zamówień Publicznych straciła aktualność wraz z podjęciem przez Sąd Najwyższy ww. uchwały i nie jest ona dostępna na stronie internetowej Urzędu. Prezentowany przez Zamawiającego pogląd istotnie funkcjonował w obrocie prawnym do roku 2010, jednak obecnie uznać go należy za zdezaktualizowany.

Niezależnie od powyższego Prezes UZP stwierdził, że z dokumentacji przedmiotowego postępowania przekazanej do Urzędu nie wynika data, w której Zamawiający wystąpił do wykonawców ubiegających się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia z zapytaniem ofertowym. Jednocześnie oferty złożone przez wykonawców w odpowiedzi na zapytanie ofertowe Zamawiającego zostały opatrzone datą 30 kwietnia 2015 r. Z protokołu zamówienia, sporządzonego w dniu 7 maja 2015 r. wynika, że zapytanie skierowano telefonicznie. W uzasadnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający wskazał, co następuje: „Po wnikliwym przeanalizowaniu ofert i sprawdzeniu telefonicznym referencji oferentów wybrano ofertę Biura Projektowego K. Studio (...) za cenę 120.000 zł.”

Mając na uwadze powyższe, Prezes UZP stwierdził, że podnoszone przez wnoszącego zastrzeżenia twierdzenie, zgodnie z którym wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany w dniu 30 kwietnia 2015 r. nie znajduje potwierdzenia w przekazanej do Urzędu dokumentacji postępowania i nie może stanowić podstawy do uznania, że od tej daty należy liczyć bieg terminu na wszczęcie kontroli doraźnej przez Prezesa Urzędu. Z samego bowiem faktu, że oferty wpłynęły do siedziby Zamawiającego w dniu 30 kwietnia 2015 r. nie można wyprowadzić wniosku, iż w tej dacie Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, w szczególności wobec faktu, że protokół sporządzono w dniu 7 maja 2015 r. i wskazano w nim, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił „(. . .) po wnikliwym przeanalizowaniu ofert i sprawdzeniu telefonicznym referencji oferentów (. . .)”.

W odniesieniu do kwestionowanego przez Zamawiającego uprawnienia Prezesa Urzędu do wszczęcia kontroli doraźnej w przedmiotowej sprawie z uwagi na zaistnienie powagi rzeczy osądzonej (zakończony odmową wszczęcia kontroli postępowanie wyjaśniające prowadzone pod znakiem UZP/DKZPWKZ1/425/526/15/AN), Prezes UZP zauważył, że *res iudicata* jest instytucją procesową funkcjonującą na gruncie postępowania sądowego oraz administracyjnego, a zatem dotyczy orzeczeń sądowych oraz decyzji administracyjnych wydawanych w trybie ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 23 ze zm.). Rozpatrywanie przez Prezesa Urzędu wniosków o kontrolę, o których mowa w art. 165 ust. 1 ustawy Pzp nie jest postępowaniem administracyjnym, zatem nie znajdują w tym przypadku zastosowania przepisy KPA. Czynności dokonywane przez Prezesa Urzędu w ramach prowadzonego postępowania wyjaśniającego lub kontrolnego prowadzone są w trybie przepisów określonych w Dziale V rozdział 3 ustawy Pzp. Przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego znajdują zastosowanie jedynie do uprawnień Prezesa IJZP określonych w dziale VII ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczącym odpowiedzialności za naruszenie przepisów ustawy, gdyż jedynie w art. 202 ustawy Pzp dla tej czynności Prezesa UZP przewidziana jest forma decyzji administracyjnej (por. postanowienie WSA w Warszawie z dnia 10 lutego 2010 r., sygn. akt V SAWa 2015/09).

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewidują zakazu wszczęcia kontroli doraźnej w sprawie postępowania, które było już objęte postępowaniem wyjaśniającym zakończonym odmową wszczęcia kontroli z uwagi na brak stwierdzenia podstaw uzasadniających wszczęcie kontroli w sprawie w zakresie zarzutów podniesionych we wniosku o kontrolę inicjującym postępowanie wyjaśniające. Co więcej ustawa Pzp nie przewiduje także instytucji umorzenia wszczętej kontroli doraźnej.

Ponadto, kontrola doraźna prowadzona pod znakiem UZP/DKZPWKZ1/421/26/19/AN nie została zainicjowana wnioskiem złożonym przez Wnioskodawcę Izbę Architektów RP - Śląską Izbę Architektów RP Okręgową Izbę Rady, na podstawie którego prowadzone było postępowanie wyjaśniające pod znakiem UZP/DKZPIWKZ1/425/526/15/AN - którego twierdzenia nie stanowiły samoistnej podstawy do wszczęcia kontroli doraźnej. W dniu 5 kwietnia 2019 r. postępowanie wyjaśniające zostało wszczęte z wniosku innego wnioskodawcy w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego przez Gminę Niepołomice na:

1. Wykonanie projektu koncepcyjnego budowy budynku Szkoły Podstawowej w Niepołomicach;
2. Zaprojektowanie i wybudowanie szkoły podstawowej w Niepołomicach wraz z przylegającym otoczeniem (znak postępowania: ZP.271.20.2015).

Wskutek prowadzonego postępowania wyjaśniającego wszczętego w dniu 5 kwietnia 2019 r. stwierdzono uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu wskazanym w punkcie 1 doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik - zatem zaistniała przesłanka warunkująca wszczęcie kontroli doraźnej w przedmiotowej sprawie.

Odnosząc się do podniesionej przez Zamawiającego okoliczności uzasadniającej w jego ocenie odrębne szacowanie zamówienia mającego za przedmiot wykonanie projektu koncepcyjnego budowy budynku Szkoły Podstawowej w Niepołomicach oraz przeniesienia całości autorskich praw majątkowych do Projektu (§ 4 ust. 1 lit. a Umowy z dnia 7 maja 2015 r.), tj. faktu, że podstawą do szacowania wartości szacunkowej zamówienia jest wynagrodzenie należne wykonawcy od Zamawiającego, nie zaś od innego podmiotu, wskazać należy, że powyższy pogląd jest słuszny w sytuacji, gdy Zamawiający dokona szacowania wartości zamówienia w sposób zapewniający należyłą staranność. Jednak w przypadku, gdy Zamawiający konstruuje postanowienia umowne, na mocy których część wynagrodzenia przysługującego wykonawcy przenika do kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego objętego odrębnym szacowaniem i obciąża wykonawcę, któremu udzielone zostaje zamówienie, wówczas prezentowany przez Zamawiającego pogląd nie jest możliwy do zaakceptowania.

Prezes UZP stwierdził, że w przedmiotowym stanie faktycznym wynagrodzenie należne na podstawie § 4 ust. 3 Umowy z dnia 7 maja 2015 r. za przeniesienie całości autorskich praw majątkowych do Projektu, o których mowa w § 4 ust. 1 lit. a Umowy z dnia 7 maja 2015 r. wynoszące 400.000 zł netto jedynie w sposób pozorny obciąża wykonawcę, z którym zawarto umowę z dnia 28 grudnia 2015 r. Wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia mającego za przedmiot zaprojektowanie i wybudowanie Szkoły Podstawowej w Niepołomicach musiał bowiem — zgodnie ze swoim wyborem — wkalkulować w cenę oferty albo kwotę 400.000 zł odpowiadającą wynagrodzeniu należnemu za przeniesienie całości autorskich praw majątkowych do Projektu, albo — w przypadku zawarcia z Wykonawcą K. Studio umowy na wykonanie dalszych prac projektowych — kwotę odpowiadającą wynagrodzeniu za wykonanie tych prac (maksymalna kwota — 800.000 zł netto). Powyższe wynagrodzenie, niezależnie od wyboru wykonawcy, w konsekwencji obciąża Zamawiającego, a wykonawca robót jest w istocie pozornym płatnikiem. Przyjęcie za słuszne stanowiska Zamawiającego prowadzi w tej sytuacji wprost do obejścia stosowania przepisów ustawy Pzp zakazujących wybierania sposobu obliczania wartości zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp.

Prezes UZP nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego, że sugerowane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 26 czerwca 2019 r. rozwiązanie polegające na skorzystaniu z prawa opcji obejmującego przeniesienie całości autorskich praw majątkowych

do Projektu jest nieadekwatne do stanu faktycznego zaistniałego w przedmiotowej sprawie. W toku kontroli stwierdzono bowiem, że wskazane przez Zamawiającego okoliczności uprawniałyby go do skorzystania z prawa opcji obejmującego przeniesienie całości autorskich praw majątkowych do Projektu (§ 4 ust. 1 lit. a Umowy z dnia 7 maja 2015 r.), z której Zamawiający byłby uprawniony skorzystać w sytuacji podjęcia decyzji o realizacji budowy Obiektu (szkoła podstawowa w Niepołomicach) na podstawie koncepcji stanowiącej przedmiot umowy z dnia 7 maja 2015 r. Powyższe rozwiązanie obligowałoby Zamawiającego do ustalenia wartości przedmiotowego zamówienia z uwzględnieniem największego możliwego zakresu tego zamówienia, tj. z uwzględnieniem prawa opcji. Wskutek takiego działania Zamawiający, szacując wartość zamówienia mającego za przedmiot opracowanie projektu koncepcyjnego, byłby zobowiązany uwzględnić w niej wartość odpowiadającą wartości ustalonego przez Zamawiającego jako cena sztywna — wynagrodzenia należnego na podstawie § 4 ust. 3 Umowy z dnia 7 maja 2015 r. za przeniesienie całości autorskich praw majątkowych do Projektu, o których mowa w § 4 ust. 1 lit. a Umowy z dnia 7 maja 2015 r., wynoszącego 400.000 zł netto. To, w konsekwencji spowodowałoby konieczność udzielenia przedmiotowego zamówienia na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych — z wykorzystaniem jednego z trybów przewidzianych w art. 10 ustawy. Skorzystanie przez Zamawiającego z instrumentu prawnego, jakim jest prawo opcji, umożliwiłoby realizację interesu Zamawiającego z poszanowaniem podstawowych zasad prawa zamówień publicznych.

Oceny prawnej powyższego rozwiązania nie zmienia podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, że to nie Zamawiający był podmiotem, który miał nabyć autorskie prawa majątkowe do Projektu, ale wykonawca, który uzyskałby zamówienie mające za przedmiot zaprojektowanie i wybudowanie Szkoły Podstawowej w Niepołomicach i skorzystałby z koncepcji, o której mowa w § 4 ust. 1 lit. a Umowy z dnia 7 maja 2015 r. Prezes UZP zauważył, że formalnie finansowy ciężar tej czynności prawnej Zamawiający co prawda przeniósł na wykonawcę ubiegającego się o uzyskanie ww. zamówienia, jednak powyższe rozwiązanie zyskuje tym sposobem jedynie skutek pozorny m.in. z uwagi na fakt, że finansowy ciężar docelowo ponosi sam Zamawiający.

Prezes Urzędu stwierdził, że w przedmiotowym stanie faktycznym formuła prowadzenia postępowania w trybie zapytania ofertowego przewidywała przekazanie całości autorskich praw majątkowych do projektu koncepcyjnego, jednak dopiero na etapie przystąpienia do realizacji inwestycji docelowej w oparciu o Program Funkcjonalno-Użytkowy stworzony na podstawie przedmiotowego projektu koncepcyjnego. Przez zawarcie umowy z dnia 7 maja 2015 r. Zamawiający nabył jedynie autorskie prawa majątkowe do wykorzystywania projektu, jako elementu opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniach



prowadzonych w celu wyboru wykonawcy dalszych prac projektowych oraz budowlanych, w szczególności do sporządzenia Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU). Zastosowana przez Zamawiającego konstrukcja umowna nie jest naganna w znaczeniu materialnym, jednakże błędem jest zaniechanie zsumowania wartości nabycia projektu koncepcyjnego wraz z oszacowanym łącznie kosztem nabycia całości autorskich praw majątkowych do projektu koncepcyjnego. Zamawiający, pozornie obciążając przyszłego Wykonawcę kosztami nabycia autorskich praw majątkowych koniecznych do dysponowania (korzystania i rozporządzania) projektem koncepcyjnym, a niebędących przedmiotem umowy z dnia 7 maja 2015 r., dopuścił się nieuprawnionego podziału zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp. Argument Zamawiającego, że z uwagi na brak wiedzy, czy będzie w stanie zrealizować inwestycję zgodnie z programem funkcjonalno-użytkowym oraz kiedy będzie ją realizował, był on uprawniony do nabycia praw autorskich wyłącznie w wąskim zakresie, uznać należy za uprawniony pod warunkiem oszacowania wartości całości praw autorskich przy zastosowaniu prawa opcji (art. 34 ust. 5 ustawy Pzp). Samo nabycie projektu koncepcyjnego, bez możliwości dysponowania nim na określonych polach eksploatacji nie może stanowić podstawy do odrębnego oszacowania przedmiotu zamówienia w zakresie nabycia autorskich praw majątkowych do nabywanego projektu koncepcyjnego w sytuacji, gdy Zamawiający dopuszcza i przewiduje konieczność korzystania z projektu (koncepcji) i dysponowania nim.

Prezes UZP podkreślił, że w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontrolnego nie kwestionowano potrzeby — a nawet konieczności — sporządzenia przez Zamawiającego programu funkcjonalno-użytkowego, który na mocy przepisu art. 31 ust. 2 ustawy Pzp stanowi podstawę opisu przedmiotu zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. Powyższy obowiązek nie może być jednak realizowany z pogwałceniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady nakazującej Zamawiającemu szacowanie wartości zamówienia z należytą starannością. Objęcie części zamówienia mającego za przedmiot zaprojektowanie i wybudowanie Szkoły Podstawowej w Niepołomicach — tj. nabycia całości autorskich praw majątkowych do Projektu — nie obligowałoby Zamawiającego do nabycia tych praw, lecz stanowiłoby jego uprawnienie. Jedyne, do czego Zamawiający był zobligowany, to łączne szacowanie zamówienia mającego za przedmiot wykonanie projektu koncepcyjnego budowy budynku Szkoły Podstawowej w Niepołomicach oraz nabycia całości autorskich praw majątkowych do projektu. Oznacza to, że Zamawiający przy zapewnieniu sobie możliwości nabycia całości autorskich praw majątkowych do projektu — co uznać należy za konieczne z uwagi na przewidzianą przez Zamawiającego potrzebę korzystania z niego i rozporządzania nim — jednocześnie uczyniłby zadość zasadzie zachowania uczciwej konkurencji i szacowania wartości zamówienia z należytą starannością.

Dodatkowo, z uwagi na przekroczenie kwoty 30.000 euro wskutek łącznego szacowania wartości zamówienia mającego za przedmiot wykonanie projektu koncepcyjnego budowy budynku Szkoły Podstawowej w Niepołomicach w wysokości 120.000 zł netto i wartości odpowiadającej wynagrodzeniu za nabycie całości autorskich majątkowych praw do Projektu w kwocie 400.000 zł netto, po stronie Zamawiającego zaistniałaby konieczność udzielenia przedmiotowego zamówienia (wykonanie projektu koncepcyjnego budowy budynku Szkoły Podstawowej w Niepołomicach) z zastosowaniem procedur określonych w ustawie Pzp. Uwzględniając powyższe kwoty w grę nie wchodziło również zastosowanie art. 6a ustawy Pzp.

Pismem z dnia 22 lipca 2019 r. Prezes UZP, przekazał zastrzeżenia Zamawiającego do Krajowej Izby Odwoławczej w celu wydania opinii, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp.

**Krajowa Izba Odwoławcza** po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie zważyła, co następuje:

W ocenie Izby, nie zasługują na uwzględnienie zastrzeżenia Zamawiającego dotyczące nieprawidłowości ustaleń Kontrolującego w zakresie stanu faktycznego, w szczególności ustalenia, że zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia nastąpiło w dniu 7 maja 2015 r., tj. w dniu podpisania umowy z wykonawcą K.Studio T. K., a nie w dniu, w którym Zamawiający dokonał wyboru oferty tego wykonawcy, tj. w dniu 30 kwietnia 2015 r. Izba po analizie akt postępowania stwierdziła, że Prezes Urzędu prawidłowo ustalił stan faktyczny przedmiotowej kontroli. Podkreślić należy, że w dokumentacji postępowania nie znajduje potwierdzenia okoliczność wskazywana przez Zamawiającego, że w tym samym dniu, w którym do Zamawiającego wpłynęły oferty trzech wykonawców, tj. 30 kwietnia 2015 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym bardziej jest to twierdzenie nieuprawnione wobec treści protokołu postępowania, opatrzonego datą 7 maja 2015 r., w którym stwierdzono, że wybór oferty nastąpił po wnikliwej analizie ofert i sprawdzeniu telefonicznym referencji oferentów.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że skoro celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bez względu na tryb w jakim jest udzielane, jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę, to nie można uznać, że wybór oferty najkorzystniejszej stanowi moment zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Od momentu bowiem wyboru oferty najkorzystniejszej do czasu zawarcia umowy mogą następować czynności w postępowaniu, wynikające np. z regulacji art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, art. 92 ust. 2 ustawy Pzp. Podkreślić

również należy, że wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy mają prawo korzystania ze środków ochrony prawnej, które mogą prowadzić do powtórzenia oceny ofert i powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający może także dokonać wyboru kolejnej oferty, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą uchyła się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

W świetle stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego w uchwale z dnia 17 grudnia 2010 r. (sygn. akt III CZP 103/10) nie budzi wątpliwości fakt, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na gruncie ustawy Pzp kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stanowisko, zgodnie z którym „dniem zakończenia postępowania” jest „dzień w którym dokonano wyboru oferty” straciło swoją aktualność wraz z podjęciem przez Sąd Najwyższy ww. uchwały. Cel gospodarczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostaje bowiem osiągnięty wówczas, gdy można stwierdzić skuteczność wyłonienia wykonawcy zamówienia, a to może nastąpić wyłącznie w wyniku zawarcia umowy o realizację danego zamówienia publicznego. W ocenie Izby, to podpisanie umowy stanowi moment kończący procedurę udzielenia zamówienia publicznego.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że w ramach prowadzonej kontroli nie został naruszony przepis art. 165 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym wszczęcie kontroli doraźnej może nastąpić nie później niż w terminie 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Prezes UZP wszczął bowiem kontrolę w dniu 6 maja 2019 r., tj. przed upływem czterech lat od zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, jako że Zamawiający zawarł umowę z wykonawcą zamówienia w dniu 7 maja 2015 r. Faktem jest, że z dokumentacji postępowania nie wynika data wszczęcia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Datą zakończenia postępowania jest natomiast data udzielenia zamówienia (zawarcia umowy) - 7 maja 2015 r. wobec czego należy stwierdzić, że Prezes UZP wszczął postępowanie kontrolne przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 165 ust. 2 ustawy Pzp. Trzeba zauważyć przy tym, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości umorzenia postępowania kontrolnego z uwagi na naruszenie wymogów formalnych.

Nie zasługuje na uwzględnienie również zgłoszony przez Zamawiającego w ramach zastrzeżeń zarzut braku kompetencji Prezesa UZP do prowadzenia kontroli przedmiotowego postępowania z uwagi na fakt, że w 2017 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, po uprzednim przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, pismem z dnia 29 września 2017 r. poinformował Zamawiającego, iż „nie stwierdzono podstaw uzasadniających wszczęcie kontroli w przedmiotowej sprawie w zakresie zarzutów podniesionych we wniosku o kontrolę inicjującym postępowanie wyjaśniające.” Izba zważyła, że żaden przepis ustawy Pzp nie

zakazuje przeprowadzenia postępowania kontrolnego w sytuacji, gdy poprzednio prowadzone postępowanie wyjaśniające, nie dało podstaw do wszczęcia kontroli danego postępowania.

Podkreślić należy, że szacowanie wartości zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego podejmowanych w ramach przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż ustalona wartość ma decydujące znaczenie dla procedury, w której następuje udzielenie zamówienia. Zamawiający nie może w szczególności dokonywać szacowania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który będzie prowadził do obejścia stosowania przepisów ustawy Pzp.

Zarzut Zamawiającego, iż zgodnie z brzmieniem art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, a tym samym - wynagrodzenie wykonawcy należne mu od Zamawiającego, nie zaś od innego podmiotu, nie znajduje potwierdzenia w ustalonym w toku kontroli stanem faktycznym. Zamawiający co prawda przewidział w preambule zawartej umowy o wykonanie projektu koncepcyjnego z dnia 7 maja 2015 r., że „Dalsze prace projektowe i prace wykonawcze przy realizacji inwestycji, o której mowa w pkt. I, Zamawiający zamierza powierzyć podmiotowi lub podmiotom, których oferta zostanie wybrana, jako najlepsza w postępowaniu przeprowadzonym w trybie ustawy z dnia 29.01.2004 r. prawo zamówień publicznych oraz innych właściwych przepisów”, jednak nie zwalnia to w żaden sposób Zamawiającego z obowiązku szacowania wartości całego zakresu przedmiotu zamówienia z należytą starannością, w szczególności z uwzględnieniem podziału zamówienia na części, i w konsekwencji odpowiedniego do wysokości ustalonej wartości szacunkowej stosowania przepisów ustawy Pzp. W przypadku bowiem łącznego szacowania wartości zamówienia mającego za przedmiot wykonanie projektu koncepcyjnego budowy budynku Szkoły Podstawowej w Niepołomicach w wysokości 120.000 zł netto oraz wartości umowy odpowiadającej wynagrodzeniu za nabycie całości autorskich majątkowych praw do Projektu w kwocie 400.000 zł netto, nastąpiłoby przekroczenie kwoty 30.000 euro, a w konsekwencji Zamawiający byłby zobowiązany do udzielenia przedmiotowego zamówienia z zastosowaniem procedur określonych w ustawie Pzp.

W ocenie Izby, słuszny i uprawniony jest pogląd Kontrolującego, że w przypadku, gdy zamawiający konstruuje postanowienia umowne, na mocy których część wynagrodzenia przysługującego wykonawcy przenika do kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego objętego odrębnym szacowaniem i obciąża wykonawcę, któremu udzielone zostaje zamówienie, wówczas nie można uznać, że wartość obu ww. zamówień została określona prawidłowo z należytą starannością oraz zgodnie z zasadami Pzp.

W danym stanie faktycznym wynagrodzenie należne na podstawie § 4 ust. 3 Umowy z dnia 7 maja 2015 r. za przeniesienie całości autorskich praw majątkowych do Projektu, o których mowa w § 4 ust. 1 lit. a Umowy z dnia 7 maja 2015 r. wynoszące 400.000 zł netto

jedynie pozornie obciążało wykonawcę, z którym zawarto umowę z dnia 28 grudnia 2015 r. Wykonawca zamówienia na zaprojektowanie i wybudowanie Szkoły Podstawowej w Niepołomicach musiał bowiem wkalkulować je w cenie oferty. Powyższe wynagrodzenie ostatecznie obciąża więc Zamawiającego, a wykonawca robót jest tylko pozornym jego płatnikiem.

Izba nie podzieliła poglądu Zamawiającego, iż to Zamawiający miał w przyszłości nabywać autorskie prawa majątkowe do Projektu oraz uzyskać zgodę do wykonywania praw zależnych do opracowań Projektu, gdyż nabywcą praw autorskich, w przypadku podjęcia przez Zamawiającego decyzji o realizacji na podstawie Projektu budowy Obiektu, miał być podmiot wskazany przez Zamawiającego, na który ww. wykonawca zobowiązał się przenieść autorskie prawa majątkowe do Projektu na wymienionych w lit. a polach eksploatacji oraz udzielić temu podmiotowi zgody na wykonywanie praw zależnych do opracowań Projektu. Brak pewności Zamawiającego co do realizacji inwestycji, w oparciu o Projekt koncepcyjny opracowany przez T. K. nie uprawniał Zamawiającego do przeprowadzenia tego postępowania jako całkowicie odrębnego zamówienia. Przepisy ustawy Pzp umożliwiają bowiem optymalizację wydatkowania środków publicznych oraz zaspokojenia zapotrzebowania Zamawiającego na produkt bądź usługę najwyższej jakości za możliwie najniższą cenę, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, pod warunkiem jednakże prawidłowego stosowania tych przepisów.

Reasumując, w powyższym stanie rzeczy Izba nie stwierdziła podstaw do uwzględnienia zgłoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeń, w ramach których Zamawiający wnosił o umorzenie postępowania w sprawie kontroli doraźnej lub zmianę ustaleń objętych treścią informacji z dnia 26 czerwca 2019 r. o wynikach kontroli doraźnej następczej przedmiotowego zamówienia. Izba zważyła przy tym także, że ustawodawca w przepisach ustawy Pzp nie przewidział możliwości umorzenia postępowania w sprawie kontroli doraźnej lub zmiany ustaleń objętych treścią informacji o wynikach kontroli.

Izba w całości podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu, co do zasadności stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 26 czerwca 2019 r. naruszenia przepisów: art. 32 ust. 1, 2 i 4, a w konsekwencji art. 4 pkt 8, art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 10 ust. 1, art. 40 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez ustalenie w przedmiotowym postępowaniu wartości zamówienia mającego za przedmiot wykonanie projektu koncepcyjnego budowy budynku Szkoły Podstawowej w Niepołomicach bez uwzględnienia kwoty odpowiadającej wartości przeniesienia całości autorskich praw majątkowych do Projektu, co doprowadziło do nieuprawnionego udzielenia ww. zamówienia wykonawcy K.STUDIO z pominięciem trybów wskazanych w ustawie Pzp.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....