

UZASADNIENIE

Powód Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł przeciwko
oraz prowadzącym
o stwierdzenie nieważności umowy ... w sprawie zamówienia publicznego
zawartej w dniu 15 stycznia 2010 roku pomiędzy pozwanymi, której przedmiotem było
*Prowadzenie nadzoru autorskiego w ramach zadania pn. „Rozbudowa i modernizacja
na potrzeby Międzynarodowego
Centrum Kulturalnego”* oraz o zasądzenie od pozwanych kosztów procesu, w tym kosztów
zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwany w odpowiedzi na pozew (k. 97 – 101) wniósł o
oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powoda kosztów procesu, w tym
kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwana w odpowiedzi na pozew (k. 135 – 142) wniosła o oddalenie
powództwa oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa procesowego według
norm przepisanych.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

jako jednostka sektora finansów publicznych
przeprowadziła w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Wykonanie
dokumentacji projektowej robót remontowo – modernizacyjnych

Zgodnie Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia przedmiotem zamówienia
było wykonanie dokumentacji projektowej robót remontowo – modernizacyjnych

Zakres opracowania obejmował:

- projekt budowlany i wykonawczy instalacji elektrycznych
- projekt budowlany i wykonawczy instalacji wodno – kanalizacyjnej
- projekt budowlany instalacji grzewczej
- projekt budowlany klimatyzacji i wentylacji

- projekt budowlany elektroakustyki
- projekt budowlany modernizacji sceny
- projekt budowlany – kotary i rolety
- projekt budowlany – widownia
- projekt techniczny i wykonawczy wystroju i wyposażenia wnętrz
- projekt budowlany izolacji termicznej i akustycznej
- zagospodarowanie teren
- wykonanie projektów nie wymienionych powyższej, jeżeli okażą się niezbędne.

Zakresem prac objętych zamówieniem objęto również:

- uzyskanie wszystkich niezbędnych dokumentów, opinii i uzgodnień koniecznych do otrzymania decyzji o pozwoleniu na budowę
- uzyskanie w imieniu zamawiającego decyzji o pozwoleniu na budowę
- sporządzenie przedmiaru robót
- sporządzanie kosztorysu inwestorskiego
- opracowanie specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych.

Dowód:

- kopia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – k. 17 – 30

W toku powyższego przetargu jako najkorzystniejszą wybrano ofertę pozwanego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą

Na tej podstawie pozwani w dniu 28 marca 2007 roku zawarli umowę

Zgodnie z:

- § 1 umowy:
 - przedmiotem zamówienia było wykonanie dokumentacji projektowej robót remontowo – modernizacyjnych
- zakres opracowania
- został ustalony zgodnie ze zakresem opracowania wskazanym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
- zakresem prac objętych zamówieniem objęto również elementy wskazane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
 - § 2 umowy: termin rozpoczęcia prac projektowych określono na 28 marca 2007

roku, a zakończenia całości prac projektowych i ich przekazanie zamawiającemu na 15 listopada 2007 roku.

Strony następnie zawarły aneksy do powyższej umowy. Aneksem:

- nr 1 z dnia 13 listopada 2007 roku strony określiły termin zakończenia całości prac projektowych i ich przekazania zamawiającemu na dzień 30 marca 2008 roku;
- nr 2 z 25 marca 2008 roku strony określiły termin zakończenia całości prac projektowych na dzień 30 lipca 2008 roku, przy czym do dnia 28 kwietnia 2008 roku projektant miał przekazać zamawiającemu jeden egzemplarz pełnej dokumentacji projektowo budowlanej
- nr 3 z 23 maja 2008 roku strony określiły termin przekazania zamawiającemu całości prac projektowych do 11 sierpnia 2008 roku.

Dowód:

- kopia umowy nr – k. 44 – 49
- aneksy nr 1, 2 i 3 do umowy nr – k. 50 – 52

.....
Konservator Zabytków decyzją z dnia 2 czerwca 2008 roku o pozwoleniu na przeprowadzenie prac i robót przy obiekcie zabytkowym, po rozpoznaniu wniosku o pozwolenie na wykonanie modernizacji i rozbudowy zabytku

.....
udzielił pozwolenia na wykonanie prac związanych z modernizacją i rozbudową powyższego obiektu w zakresie ustalonym w decyzji. Jednocześnie Konservator zastrzegł, że prace powinny być prowadzone pod nadzorem autorskim (w zakresie architektury i konstrukcji).

Dowód:

- decyzja z dnia 2 czerwca 2009 roku
Konservatora Zabytków – k. 53 – 53v

W związku z treścią powyższej decyzji pozwanej zarządzeniem dnia 28 sierpnia 2009 roku powołał komisję przetargową do przeprowadzenia i przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Pozwana wybrała niekonkurencyjny tryb postępowania o zamówienia publiczne, tj. tryb zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 § 1 pkt 1b ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Następnie wystąpiła do pozwanego z zaproszeniem do negocjacji dotyczących zamówienia publicznego na prowadzenie nadzoru autorskiego dla zadania inwestorskiego pn. „Rozbudowa i modernizacja Teatru Zdrojowego im. *potrzeby Międzynarodowego Centrum Kulturalnego*”.

W dniu 18 grudnia 2009 roku powyższa komisja przetargowa przeprowadziła negocjacje z . Na podstawie tych negocjacji pozwani ustalili warunki umowy o sprawowanie przez projektanta nadzoru autorskiego.

Pozwani w dniu 15 stycznia 2010 roku zawarli umowę o sprawowanie przez projektanta nadzoru autorskiego.

Zgodnie z:

- § 1 umowy:
- jako zleceniobiorca zobowiązał się pełnić nadzór autorski nad procesem realizacji robót budowlano-instalacyjnych stanowiących wdrożenie projektu modernizacji i rozbudów, wykonanego przez Zleceniobiorcę.
- nadzór autorski miał polegać na wykonywaniu czynności określonych m. in. w Ustawie Prawo Budowlane z dnia 7 lipca 1994 r. , a w szczególności: stwierdzaniu w toku wykonywania robót zgodności przebiegu realizacji z projektem w zakresie rozwiązań technicznych, materiałowych i użytkowych, uzgadnianiu z Inwestorem i Wykonawcą robót możliwości wprowadzania rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, uzupełnianiu szczegółów dokumentacji projektowej oraz wyjaśnianiu wykonawcy robót wątpliwości powstałych w toku realizacji, doborze aktualnie dostępnych materiałów i elementów aranżacji wnętrz wraz z określeniem ich wystroju i kolorystyki, oraz nadzór nad realizacją elementów nietypowych.
- § 2 umowy: nadzór pełniony będzie w okresie od dnia podpisania umowy do końca realizacji inwestycji - do dnia uzyskania decyzji o użytkowaniu obiektu;
- § 3 umowy: nadzór autorski pełniony będzie poprzez pobyty na budowie, uczestnictwo w naradach lub wykonywanie czynności wyszczególnionych w § 1 ust 2;
- § 4 umowy; wysokość wynagrodzenia Zleceniobiorcy za pełnienie nadzoru autorskiego strony ustaliły się na kwotę 78.582 zł, która miała być powiększona o podatek

VAT wg stawki 22%; wartość podatku VAT 17.288,04 zł.

Dowód:

- decyzja r dnia 28 sierpnia 2008 roku – k. 54
- zaproszenie z dnia 3 grudnia 2008 roku – k. 55 – 55v
- notatka z negocjacji – k. 56 – 56v
- kopia umowy z dnia 15 stycznia 2010 roku – k. 58 – 59

Pozwana w dniu 1 lipca 2010 roku opublikowała w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o udzieleniu powyższego zamówienia na stronie internetowej <http://bzp1.portal.uzp.gov.pl/index.php?ogloszenie=show&pozycja=191778&rok=2010-07-01>.

Bezsporne (k. 62v i 69)

Powód na podstawie art. 161 ust. 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych wszczął postępowanie wyjaśniające dotyczące prawidłowości wyboru przez pozwaną trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1b ustawy Prawo zamówień publicznych przy zawieraniu przez pozwaną umowy z dnia 15 stycznia 2010 roku.

W protokole z przeprowadzonej kontroli stwierdzono – powołując się cytowany powyżej przepis – iż:

- zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. W ocenie powoda przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, które uzasadniają udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej, muszą mieć charakter zasadniczy, tak by można było wykazać, że podjęcie prac przez innego wykonawcę jest ze względu na ochronę praw wyłącznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzewidywalny.
- przepisy zawarte w ustawie Prawo zamówień publicznych, w szczególności przepis art. 67 ust 1 pkt 1 lit. b p.z.p., interpretować należy w świetle zasad

udzielania zamówień publicznych określonych w przepisach ogólnych; należą do nich zasada uczciwej konkurencji oraz zasada równego traktowania wykonawców, zawarte w art. 7 ust 1; w świetle tych zasad prawidłowa interpretacja przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, w tym art. 67 ust 1 pkt 1 lit. b, wymaga, aby istniejący stan faktyczny spowodowany był przyczynami obiektywnymi, niezależnymi w żaden sposób od czynności prawnych i innych działań zamawiającego; nie można więc uznać, że spełnione zostały przesłanki art. 67 ust 1 pkt 1 lit. b, jeżeli okoliczności uzasadniające zastosowanie tego przepisu – tj. istnienie praw wyłącznych chronionych przepisami prawa – mają swoje źródło w zdarzeniach, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający; działanie zamawiającego nie może w żaden sposób powodować zaistnienia okoliczności, od których zaistnienia ustawodawca uzależnia zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki;

- Prezes Urzędu nie kwestionował tego, iż pełnienie nadzoru autorskiego może być sprawowane wyłącznie przez projektanta danego projektu budowlanego, zgodnie bowiem z art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo budowlane do podstawowych obowiązków projektanta należy sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub właściwego organu w zakresie stwierdzania w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem oraz uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego; obowiązek projektanta do pełnienia nadzoru autorskiego jest więc konsekwencją opracowania przez niego projektu budowlanego; jednak w ocenie powoda obowiązek sprawowania nadzoru autorskiego uzależniony jest wyłącznie od decyzji samego inwestora (zamawiającego); w myśl art. 18 ust. 3 ustawy Prawo budowlane, inwestor może zobowiązać projektanta do sprawowania nadzoru autorskiego; w związku z tym sprawowanie nadzoru autorskiego przez projektanta wchodzi w zakres zamówienia na prace projektowe, albowiem jest nierozdzielnie związane z opracowaniem projektu, a w konsekwencji z osobą projektanta; w tym stanie rzeczy ustalenie przez zamawiającego, że projektant będzie zobowiązany do pełnienia nadzoru autorskiego powoduje, iż sprawowanie nadzoru będzie wchodziło z istoty rzeczy w zakres zamówienia na prace projektowe; pozwana gmina takiego zastrzeżenia nie sformułowała, przez co, pomimo konieczności

udzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego, pominięła tę usługę w zakresie zamówienia na wykonanie dokumentacji;

- pominięcie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na prace projektowe świadczenia usługi nadzoru autorskiego, który może być sprawowany wyłącznie przez projektanta wybranego w toku takiego postępowania, nie uprawnia następnie zamawiającego do udzielenia takiemu projektantowi zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b; pominięcie przez zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na prace projektowe nadzoru autorskiego nie prowadzi bowiem do ziszczenia się przesłanki „przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów”; w takim bowiem przypadku ochrona praw wyłącznych ma charakter wtórny do faktu wcześniejszego udzielenia zamówienia na prace projektowe (por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 14 października 2005 r., III SA/Wa 2091/05, Lex nr 197315 oraz wyrok NSA z dnia 6 kwietnia 2006 r., II GSK 7/06. LEX nr 202405);
- powyższe w ocenie powoda nie pozostaje w sprzeczności ze stanowiskiem, że nadzór autorski może być sprawowany wyłącznie przez projektanta, albowiem jak wskazano powyżej zamawiający na etapie zamówienia na prace projektowe ma możliwość objęcia zakresem zamówienia usługi sprawowania nadzoru autorskiego przez twórcę projektu; w przeciwnym przypadku zachodzi niebezpieczeństwo poważnych nadużyć oraz pole do powstawania zmów pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami w celu wywierania bezprawnego wpływu na wynik postępowania;
- w ocenie powoda przyjęcie odmiennego stanowiska w zakresie stosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b oznaczałoby w istocie zakwestionowanie sensu normatywnego art. 29 ust 1 p.z.p., ale także rodziłoby wątpliwości w świetle art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. i wynikających z niego podstawowych zasad systemu zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców;
- pomimo faktu, iż nadzór autorski nad realizacją projektu architektonicznego może być sprawowany wyłącznie przez projektanta, nie są spełnione przesłanki do udzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego w trybie zamówienia z wolnej ręki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b, w sytuacji,

- gdy zamawiający nie przewidział obowiązku sprawowania takiego nadzoru, w opisie przedmiotu zamówienia na prace projektowe (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp);
- niniejsze stanowisko znajduje potwierdzenie w Uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 grudnia 2010 r. (Sygn. akt KIO/KD 99/10), która zapadła w analogicznym stanie faktycznym. W powyższej Uchwale Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż przesłanki określona w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy p.z.p. musi wynikać z obiektywnych okoliczności, niezależnych od woli zamawiającego. W przeciwnym razie stosowanie ww. przepisu mogłoby prowadzić w praktyce do omijania przepisów ustawy w ten sposób, że w następstwie zawarcia jednej umowy (w trybie konkurencyjnym) możliwe stałoby się dokonywanie swobodnego wydatkowania środków (w trybie z wolnej ręki) z powołaniem się na ochronę praw wyłącznych.

O wynikach powyższego postępowania powód powiadomił pozwaną, która pismem z dnia 2 lutego 2011 roku zgłosiła zastrzeżenia do wyników powyższej kontroli.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b, wskazała, iż zastosowanie tego przepisu wynikało z faktu, że usługa mogła być świadczona tylko przez jednego wykonawcę – z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów. Pozwana wyjaśniła, że Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia dla zadania pn. „Wykonanie dokumentacji projektowej robót remontowo – modernizacyjnych

Międzynarodowe Centrum Konferencyjno Kulturalne przy
zawiera rozdział 3 (projekt umowy), który stanowi dowód dołożenia przez zamawiającego wszelkich starań przestrzegania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron. Zamawiający konstruuje § 7 pkt 1 do 3 umowy zabezpieczył prawidłowość procesu inwestycyjnego w części dotyczącej projektowania – zapewniając gwarancję oraz rękojmię projektanta za wady, która nakładała odpowiedzialność projektanta za projekt aż do upływu odpowiedzialności wykonawcy robót budowlanych realizowanych na podstawie prac projektowych będących przedmiotem umowy. Pozwana wskazała, iż wobec powyższego nie planowała odrębnego zlecenia na nadzór autorski.

Nałożenie na projektanta – wykonawcę obowiązku dokonywania wszelkich działań polegających na bieżącej kontroli zgodności, kompletności i prawidłowości projektu z przepisami techniczno budowlanymi, przepisami prawa i stanem realizacji inwestycji, skutkowało tym, że projektant (wyłoniony w przetargu) w myśl załączonego do SIWZ wzoru umowy oraz właściwej umowy z dnia 28 marca 2007 roku, w ramach

oferowanej kwoty zobowiązywał się do wykonywania obowiązków wynikających z treści umowy, tj. oferowanego wykonania – projektu oraz bieżącego nadzoru nad jego stosowaniem w realiach prowadzonej budowy (np. poprawek, wprowadzania koniecznych, nie dających się przewidzieć zmian, zamiennych rozwiązań, itp.). Nie stanowiło to jednak wykonywania obowiązków nadzoru autorskiego w rozumieniu ustawy Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 r. Sporządzony projekt został wprowadzony przez inwestora do obrotu prawnego wraz z wnioskiem z dnia 30 kwietnia 2008 r. do Konservatora Zabytków we Wrocławiu, Delegatura w Wałbrzychu. z dnia 02 czerwca 2008 r. Konserwator ten nałożył na obowiązek prowadzenia prac i robót w obiekcie zabytkowym pod nadzorem autorskim (architektura i konstrukcja). faktu powstania tego obowiązku nie mogła przewidzieć i w związku z tym powstała konieczność powierzenia wykonawcy projektu stosownych obowiązków wynikających z przepisów ustawy Prawo Budowlane oraz ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, jak też Rozporządzenia Ministra Kultury w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich.

Powód nie uwzględnił zastrzeżeń pozwanej do wyników kontroli doraźnej – następczej.

W piśmie z dnia 15 lutego 2010 roku wskazał, iż zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie przywołanego przez siebie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b. Powód podniósł, iż w informacji o wyniku kontroli nie zakwestionowano prawidłowości procesu inwestycyjnego dotyczącego wyłonienia wykonawcy na usługi projektowe oraz możliwości rozróżnienia bieżącego nadzoru nad stosowaniem projektu w ramach prowadzonej budowy od usługi nadzoru autorskiego. Wskazała, iż obowiązek sprawowania nadzoru autorskiego uzależniony jest nie tylko od decyzji samego inwestora, ale również może wynikać z decyzji właściwego organu, co zostało wskazane na stronie 3 „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” i wprost wynika z treści przepisu art. 20 ust. 4 ustawy Prawo budowlane. W ocenie powoda nie zmienia to jednak sytuacji, iż skorzystanie przez zamawiającego ze swego uprawnienia zależne jest wyłącznie od niego. Wskazał, iż dyspozycja art. 20 ust 4 ustawy Prawo budowlane określa obowiązek sprawowania nadzoru autorskiego przez projektanta na żądanie inwestora. Tym samym wykonanie projektu oraz usługa sprawowania nadzoru autorskiego są ze sobą nierozzerwalnie związane.

Powód nadto wskazał, że przedmiotowe roboty budowlane miały być prowadzone na obiekcie zabytkowym, co oznacza, iż zamawiający zobligowany był do uzyskania

pozwolenia na prowadzenie robót, o którym mowa w art. 32 ust. 1 ustawy Prawo budowlane, wydanego przez właściwego wojewódzkiego konserwatora zabytków.

Z uwagi na powyższy wymóg oraz specyfikę robót budowlanych prowadzonych na obiekcie zabytkowym, w ocenie powoda, zamawiający mógł oraz powinien był przewidzieć, iż uzyskanie takiej decyzji oznaczać będzie konieczność prowadzenia niniejszych prac pod nadzorem autorskim. Konieczność udzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego istniała zatem, w ocenie powoda, w chwili wszczęcia postępowania na prace projektowe. W związku z tym uznał on, że zamawiający w sposób niezrozumiały rozdzielił oba integralnie powiązane ze sobą zamówienia doprowadzając do wykreowania okoliczności rzekomo uzasadniających konieczność udzielenia zamówienia będącego przedmiotem niniejszej kontroli w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b.

Zastrzeżenia pozwanej nie zostały także uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Organ ten, po rozpoznaniu zastrzeżeń pozwanej z dnia 4 lutego 2011 roku do informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej powoda z dnia 31 stycznia 2011 roku, uchwałą z dnia 3 marca 2011 roku, , uznał, że zastrzeżenia te nie zasługują na uwzględnienie. W uzasadnieniu tej uchwały wskazał, iż podziela stanowisko wyrażone przez Prezesa Urzędu w Informacji o wyniku kontroli doraźnej – następczej, iż okoliczności wskazywane przez zamawiającego nie uzasadniają zastosowania trybu z wolnej ręki na udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „prowadzenie nadzoru autorskiego na zadaniu pn. Rozbudowa i modernizacja

na potrzeby Międzynarodowego Centrum Kulturalnego”, na postawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b. Izba oceniła, iż nie ulega wątpliwości, że zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki tylko wówczas, kiedy zachodzi jedna z przesłanek wymienionych w ustawie, przy czym przesłanki te powinny być interpretowane w sposób ścisły, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień publicznych w trybie przetargu. W jej ocenie na podstawie powołanego przepisu zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. W związku z tym przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, uzasadniające udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej, muszą mieć charakter zasadniczy, tak by można było wykazać, że podjęcie prac przez innego wykonawcę jest ze

względu na ochronę praw wyłącznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzezwycięzalny. Izba wskazała, że prawidłowa interpretacja przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, w tym art. 67 ust 1 pkt 1 lit. b), wymaga aby istniejący stan faktyczny spowodowany był przyczynami obiektywnymi, niezależnymi w żaden sposób od czynności prawnych i innych działań Zamawiającego. Ponadto Izba zauważyła, że w świetle „Wytycznych dotyczących interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę” okolicznościami uzasadniającymi istnienie praw wyłącznych chronionych przepisami prawa nie mogą być sytuacje, które mają swoje źródło w zdarzeniach, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający, w szczególności jeżeli wynika to z zaniedbań zamawiającego na etapie dokonywania opisu przedmiotu zamówienia. W związku z tym zamawiający nie może uzasadniać wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki powołując się na istnienie praw wyłącznych chronionych przepisami prawa, skoro konieczność udzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego istniała w chwili wszczęcia postępowania na prace projektowe.

Nadto Izba podzieliła pogląd Prezesa Urzędu, iż obowiązek sprawowania nadzoru autorskiego uzależniony jest wyłącznie od decyzji samego inwestora (zamawiającego). W myśl art. 18 ust. 3 ustawy Prawo budowlane inwestor może zobowiązać projektanta do sprawowania nadzoru autorskiego. W konsekwencji, sprawowanie nadzoru autorskiego przez projektanta wchodzi w zakres zamówienia na prace projektowe, albowiem jest nierozdzielnie związane z opracowaniem projektu, a w konsekwencji z osobą projektanta. W związku z tym ustalenie przez Zamawiającego, że projektant będzie zobowiązany do pełnienia nadzoru autorskiego powoduje, iż sprawowanie nadzoru wchodzi z istoty rzeczy w zakres zamówienia na prace projektowe. W niniejszej sprawie Zamawiający takiego zastrzeżenia nie sformułował. Tym samym, pomimo konieczności dzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego zamawiający pominął tę usługę w zakresie zamówienia na wykonanie dokumentacji. Pominięcie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na prace projektowe świadczenia usługi nadzoru autorskiego, który może być sprawowany wyłącznie przez projektanta wybranego w toku takiego postępowania, nie uprawnia automatycznie zamawiającego do udzielenia takiemu projektantowi zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp.

Izba ponadto przychyliła się do argumentacji Prezesa Urzędu, iż pominięcie przez zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na prace projektowe nadzoru autorskiego nie prowadzi bowiem do ziszczenia się przesłanki „przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów”. W takim bowiem przypadku ochrona praw wyłącznych ma charakter wtórny do faktu wcześniejszego udzielenia zamówienia na prace projektowe.

Dowód:

- protokół kontroli doraźnej – następcej – k. 60 – 64v
- informacja o wynikach kontroli doraźnej – następcej – k. 65 – 68v
- zastrzeżenia pozwanej z dnia 2 lutego 2011 roku – k. 68 – 69
- odpowiedź powoda z dnia 15 lutego 2011 roku na zastrzeżenia pozwanej (– k. 76 – 77v
- kopia uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2011 roku – k. 79 – 81

Powód pismem z dnia 24 marca 2011 roku zawiadomił Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej we Wrocławiu o stwierdzonym naruszeniu zasad postępowania i przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych przy udzielaniu zamówienia publicznego.

Powyższy Rzecznik skierował do Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej we Wrocławiu wniosek o ukaranie karą upomnienia .

Komisja ta orzeczeniem z dnia 14 lipca 2011 roku, i, po rozpoznaniu powyższego wniosku z dnia 4 maja 2011 roku o ukaranie karą upomnienia uniewinniła go od zarzutu udzielenia w trybie z wolnej ręki umową zawartą 15 stycznia 2010 r. zamówienia publicznego na prowadzenie nadzoru autorskiego przy realizacji zadania pn. „Rozbudowa i modernizacja na potrzeby Międzynarodowego Centrum Kulturalnego” autorowi projektu budowlanego tego zadania, z naruszeniem przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, który dopuszcza udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki m.in.

z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, natomiast w przedmiotowym stanie faktycznym przesłanka ta nie zaistniała, ponieważ pełnienie nadzoru autorskiego winno być ujęte w SIWZ na wykonanie prac projektowych, zgodnie bowiem z art 18 ust. 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane zamawiający mógł zobowiązać projektanta do sprawowania nadzoru autorskiego, udzielając wcześniej, w trybie konkurencyjnym, zamówienia na prace projektowe urnową z 28 marca 2007 r., czym dopuścił do nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art 17 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W uzasadnieniu Komisja przytoczyła stanowisko Rzecznika w kwestii zakresu i przesłanek zastosowania art. 67 ust 1 pkt 1 lit. b., zbieżne ze stanowiskiem powoda. Komisja w uzasadnieniu przedstawiła także stanowisko obwinionego I

(), który m.in. zwrócił uwagę, że wszczynając przedmiotowe postępowanie zamawiający nie był zobligowany żadnymi przepisami, w tym w szczególności przepisami ustawy Prawo budowlane, do żądania od projektanta prowadzenia nadzoru autorskiego. Zgodnie bowiem z treścią art. 18 ust. 3 tej ustawy inwestor może zobowiązać projektanta do sprawowania nadzoru autorskiego. Jest to więc jedynie prawo, a nie obowiązek inwestora. O konieczności objęcia nadzorem autorskim powinny decydować takie czynniki, jak dotychczasowe doświadczenie inwestora, racjonalność wydatkowa i złożoność projektu budowlanego. Obwiniony wskazał, że w chwili wszczynania postępowania nie zachodziły żadne okoliczności, które wskazywałyby na konieczność objęcia projektu nadzorem autorskim. Podniósł także, iż w przypadku zlecenia prac na terenie gminy w innych budynkach objętych ochroną konserwatora zabytków wydawane były decyzje dotyczące prowadzenia prac i robót przy obiekcie zabytkowym, w których organ ten nie nakładał na zamawiającego obowiązku pełnienia nadzoru autorskiego. Wskazała, że koszt objęcia nadzorem autorskim projektu w sposób znaczący podnosi cenę oferty. Ponadto niemożliwe jest, na etapie przygotowania przetargu na prace projektowe, przewidzenie jaki będzie końcowy kształt i stopień komplikacji projektu budowlanego oraz wszystkich elementów mających wpływ na jego ostateczny kształt.

Komisja wskazała, iż Rzecznik podkreślił kontrowersyjny charakter sprawy i stwierdził, że stanowisko osoby odpowiedzialnej zasługuje również na uwzględnienie. W przedmiotowym stanie faktycznym na etapie przygotowania przetargu na prace projektowe niemożliwe było do przewidzenia, jaki będzie końcowy kształt i stopień komplikacji projektu budowlanego oraz w jakim czasie projekt będzie realizowany, a także czy w ogóle zostanie

wykorzystany w przypadku braku możliwości finansowych.

Komisja odnosząc się merytorycznie do wniosku Rzecznika, wskazała, że nie można w przedmiotowej sprawie przypisać obwinionemu żadnego rodzaju winy. Zamówieniem w trybie z wolnej ręki jest zamówienie publiczne udzielane w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku, gdy ze względu na obiektywne przyczyny przemawiające za brakiem możliwości udzielenia zamówienia więcej niż jednemu, konkretnie oznaczonemu wykonawcy, zamówienie to jest udzielane właśnie jemu, po przeprowadzeniu z nim negocjacji dotyczących ustalenia warunków. Nadzór autorski to z kolei usługa wykonywana przez autora projektu budowlanego mająca na celu weryfikację zgodności realizowanych robót budowlanych z dokumentacją projektową, wyjaśnianie treści tej dokumentacji, wątpliwości co do tej treści i przede wszystkim wprowadzania w razie konieczności rozwiązań zamienny: dokumentacji.

Komisja wskazała, że składający zawiadomienie o naruszeniu dyscypliny finansów oraz Rzecznik nie kwestionowali tego, iż pełnienie nadzoru autorskiego może być sprawowane wyłącznie przez projektanta (twórcę) danego projektu budowlanego zgodnie z art. 20 ust. 1 ustawy Prawo budowlane. Obowiązek projektanta do pełnienia nadzoru autorskiego jest więc konsekwencją opracowania przez niego projektu budowlanego.

Komisja Orzekająca oceniła, że kluczowe w tej sytuacji pozostaje udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy obwiniony reprezentujący zamawiającego, był zobowiązany uwzględnić zlecenie nadzoru już na etapie zlecenia opracowania dokumentacji projektowej.

Komisja wskazała, iż modelowym założeniem jest zawarcie w jednej umowie postanowień obejmujących zarówno wykonanie przez autora projektu (obejmującego zazwyczaj koncepcję oraz projekty: budowlany i wykonawczy), jak i jego zobowiązanie do świadczenia usługi nadzoru autorskiego. Takie unormowanie jest możliwe przede wszystkim w wypadku prywatnych inwestorów, gdyż tylko wówczas zamawiający już w chwili podpisywania umowy o prace projektowe ma zagwarantowaną realizację, a przede wszystkim środki na inwestycję. W przypadku, gdy zamawiającym jest podmiot publiczny mamy z reguły do czynienia z odwrotną sytuacją – dokumentacja projektowa i pozwolenie na budowę są punktem wyjścia pozyskania akceptacji dla inwestycji lub dla pozyskania jej finansowania, przede wszystkim ze źródła unijnego. Tym samym zamawiający w chwili zlecenia wykonania koncepcji i dokumentacji projektowej najczęściej nie ma wiedzy nie tylko o tym kiedy, ale i o czy będzie realizował zamierzenie inwestycyjne.

Sytuacja taka w ocenie Komisji implikuje brak możliwości udzielenia zamówienia

publicznego na usługę nadzoru autorskiego równocześnie ze zleceniem wykonania dokumentacji projektowej, zlecenie takie bowiem w większości przypadków byłoby udzieleniem zamówienia, które już pierwotnie nie leżałoby w interesie publicznym, a więc pociągałoby za sobą jedynie angażowanie środków publicznych w sposób rodzący wątpliwości co do możliwości uznania naruszenia reżimu finansów publicznych. Decyzja w tym zakresie należeć więc będzie zawsze do inwestora i będzie zależała od dokonanej przez niego oceny sytuacji.

Nadto Komisja wskazała, że należy również zwrócić uwagę, że nie dla wszystkich inwestycji istnieje wymóg wymywania nadzoru autorskiego. Wymóg ten przede wszystkim nakładany jest w pozwoleniu na budowę (art. 19 ust. 1 ustawy Prawo budowlane), tym samym w chwili zlecenia wykonania dokumentacji projektowej inwestor (zamawiający publiczny) nie jest w stanie przewidzieć z całkowitą pewnością, czy będzie istnieć konieczność zlecenia wykonania takiej usługi.

W przedmiotowej sprawie wymóg ten został określony w decyzji Konserwatora Zabytków, wydanej już po zrealizowaniu zadania polegającego na opracowaniu dokumentacji projektowej. Nadto Komisja powołała się na stanowisko obwinionego, który wskazał, że wymóg taki nie zawsze był formułowany przez Konserwatora w odniesieniu do robót prowadzonych przy obiektach zabytkowych na terenie gminy.

W związku z powyższym, w ocenie Komisji, trudno postawić tezę, iż obwiniony był zobowiązany uwzględnić zlecenie nadzoru autorskiego już na etapie zlecenia opracowania dokumentacji projektowej. Obowiązek taki nie wynikał bowiem ani z obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa, ani też z faktycznej sytuacji w czasie przygotowywania specyfikacji istotnych warunków zamówienia na zlecenie opracowania dokumentacji projektowej w 2007 roku.

Dowód:

- zawiadomienia z dnia 24 marca 2011 roku – k. 82 – 86v
- orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej we Wrocławiu z dnia 14 lipca 2011 roku – k. 120 – 124

Pozwana przeprowadzała przetargi na zamówienia publiczne, a uczestniczył jako składający oferty w tego typu postępowaniach. Urzędy Ochrony Zabytków udzielając pozwoleń na prowadzenie prac dotyczących obiektów

zabytkowych zazwyczaj nie przewidywały obowiązku sprawowania nadzoru autorskiego nad wykonywanymi pracami.

Dowód:

- decyzje Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków w Łodzi i Wrocławiu z dnia 11 czerwca 2011 roku, 7 lutego 2011 roku, 8 i 14 września 2009 roku, 13 września 2005 roku – k. 104 – 112
- decyzja Urzędu Rejonowego z dnia 2 kwietnia 1996 roku – k. 150
- decyzja - z 24 stycznia 1996 roku – k. 151
- decyzja Starostwa Powiatowego w Kłodzku z dnia 20 grudnia 2000 roku – k. 155

Ustaień faktycznych Sąd dokonał na podstawie dokumentacji przedłożonej oraz wnioskowanej w pismach procesowych przez strony, której autentyczność nie była kwestionowana.

Sąd oddalił wniosek pozwanego (k. 97) o przesłuchanie go na okoliczności wskazane w odpowiedzi na pozew, gdyż przeprowadzenie tego dowodu nie było konieczne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Sąd zważył co następuje:

Powództwo podlega oddaleniu jako niezasadne.

Powód w niniejszej sprawie wniósł – na podstawie art. 146 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 1 oraz art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej jako p.z.p.) w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy p.z.p. – o stwierdzenie nieważności umowy zamówienia publicznego zawartej w dniu 15 stycznia 2010 roku pomiędzy pozwanymi, której przedmiotem było *Prowadzenie nadzoru autorskiego w ramach zadania pn. „Rozbudowa i modernizacja na potrzeby Międzynarodowego Centrum Kulturalnego”* oraz o zasądzenie od pozwanych

kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Zgodnie z powołanym art. 6 ust. 1 (Dz. U. z 2009 roku, nr 223, poz. 1778) do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz zawartych w następstwie przeprowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe.

W niniejszej sprawie zastosowanie ma zatem art. 146 powołanej ustawy w brzmieniu obowiązującym przed dniem 29 stycznia 2010 roku. Stanowił on – w zakresie wskazanym powyżej, stanowiącym podstawę prawną powództwa – iż, z zastrzeżeniem przepisów odrębnych, umowa jest nieważna, jeżeli ogłoszenie o zamówieniu nie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych albo opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, chyba że z przepisów ustawy nie wynika taki obowiązek (art. 146 ust. 1 pkt 1 p.z.p.), a także, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania (art. 146 ust. 1 pkt 6 p.z.p.).

Powołany przepis ustanawiał zatem szczególne przesłanki stwierdzenia nieważności umowy, przewidując w tym przypadku, na podstawie art. 146 ust. 2 pkt 1 p.z.p. (w brzmieniu obowiązującym do 28 stycznia 2010 roku), szczególną zdolność sądową dla powoda do wystąpienia z powództwem o stwierdzenie nieważności umowy zawartej w trybie przepisów o zamówieniach publicznych, w odróżnieniu od obecnie obowiązującej konstrukcji powództwa o unieważnienie umowy. Jest to zatem powództwo oparte na art. 189 k.p.c., który stanowi, iż powód może żądać ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, gdy ma w tym interes prawny.

W ocenie Sądu powód posiada w niniejszej sprawie interes prawny w wytoczeniu powództwa. Należy zgodzić się z argumentacją powoda zawartą w uzasadnieniu pozwu, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych jako centralny organ administracji rządowej, właściwy w sprawach zamówień publicznych (art. 152 ust. 1 ustawy p.z.p.), działając w interesie publicznym, czuwa nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień publicznych, w szczególności poprzez dokonywanie kontroli procesu udzielania zamówień publicznych w zakresie przewidzianym ustawą p.z.p. (art. 154 pkt 11 ustawy Pzp). Prezes w przypadku ujawnienia naruszenia przepisów tej ustawy może wystąpić do sądu o stwierdzenie nieważności umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego (art. 168 pkt 3 p.z.p.) Ustawodawca przewidział zatem dla Prezesa UZP jako centralnego organu administracji rządowej właściwego w sprawach zamówień publicznych legitymację procesową czynną w

zakresie wytaczania powództw o stwierdzenie nieważności umów w sprawach zamówień publicznych. Interes prawny Prezesa UZP do występowania w sprawach o stwierdzenie nieważności umowy (ustalenie nieistnienia stosunku prawnego) znajduje swoje uzasadnienie w art. 168 pkt 3 w zw. z art. 154 pkt 11 ustawy p.z.p. W sprawach tych Prezes UZP występuje bowiem w ochronie interesu publicznego polegającego na zapewnieniu przestrzegania zasad systemu zamówień publicznych określonych w ustawie p.z.p. W konsekwencji, w każdym przypadku ujawnienia przez Prezesa UZP naruszenia przepisów tej ustawy skutkujących nieważnością umowy na podstawie art. 146 ust. 1 ustawy, Prezes UZP ma interes prawny w wytoczeniu powództwa o stwierdzenie nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Posiadanie przez powoda interesu prawnego w wytoczeniu niniejszego powództwa nie przesądza oczywiście o jego merytorycznej zasadności.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do pierwszej z powołanych przesłanek nieważności umowy należy wskazać, iż zgodnie z art. 95 ust. 1 p.z.p. - w brzmieniu obowiązującym w dniu zawierania kwestionowanej umowy – jeżeli wartość zamówienia lub umowy ramowej była mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej miał obowiązek zamieścić ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Wartości powyższych zamówień określało – obowiązujące w dniu zawierania kwestionowanej umowy – rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. z 2009 roku, nr 224, poz. 1795), wydane na podstawie delegacji zawartej w art. 11 ust. 8.

Zgodnie z:

- § 1 pkt 1 pkt a i b powołanego rozporządzenia: ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych przekazuje się Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, jeżeli wartość zamówień udzielanych przez zamawiających z sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, z wyłączeniem uczelni publicznych, państwowych instytucji kultury, państwowych instytucji filmowych, jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków, jednostek sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego, a

także udzielanych przez zamawiających będących innymi państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 125.000 euro – dla dostaw lub usług oraz 4.845.000 euro – dla robót budowlanych;

- § 1 pkt 2 lit a i b powołanego rozporządzenia: udzielanych przez zamawiających innych niż określeni w pkt 1, z wyjątkiem zamówień, o których mowa w pkt 3, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 193.000 euro – dla dostaw lub usług oraz 4.845.000 euro – dla robót budowlanych.

W niniejszej sprawie istniała zatem podstawa do dokonania powołanego ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, gdyż wartość zamówienia dotycząca przedmiotu umowy z dnia 15 stycznia 2010 roku nie przekraczała wartości określonych w powołanym rozporządzeniu.

W tym miejscu należy wskazać, iż jakkolwiek powód nie przedłożył dowodów na okoliczności rzeczywistego terminu przedmiotowego ogłoszenia, to jednak między stronami nie było sporne, iż pozwana . stosownego ogłoszenia dokonała po upływie 5 miesięcy od dnia zawarcia spornej umowy.

Przepis art. 146 ust. 1 pkt 1 p.z.p. stanowił, że podstawą stwierdzenia nieważności umowy było nie zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Regulacja jest w tym zakresie jednoznaczna i nie można przyjmować, iż zamieszczenie ogłoszenia z opóźnieniem mogłoby stanowić podstawę stwierdzenia nieważności umowy. Choć powołany art. 95 ust. 1 stanowił o „niezwłocznym” zamieszczeniu ogłoszenia, to jednak dla rozstrzygnięcia sprawy zasadnicze znaczenie ma brzmienie art. 146 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który nie pozwala na przyjęcie wykładni postulowanej przez powoda, a wyrażonej po raz pierwszy przez niego w protokole kontroli doraźnej – następczej (k. 64v), a także w następnych pisma kierowanych do pozwanej y w związku z wynikami tej kontroli.

Należy zgodzić się ze stroną powodową, iż termin zamieszczenia ogłoszenia został określonym w sposób nieprecyzyjny, gdyż ustawa wymagała w tym zakresie, aby publikacja nastąpiła „niezwłocznie”. W pierwszej kolejności należy jednak brać pod uwagę to, iż art. 146 ust. 1 pkt 1 p.z.p. – w brzmieniu obowiązującym w dniu zawarcia umowy – był regulacją o charakterze szczególnym, zastrzegającą stwierdzenie nieważności umowy ze względu na zaniechanie publikacji ogłoszenia w odpowiednim publikatorze. W przypadku braku tego uregulowania brak byłoby podstaw do stwierdzenia nieważności, gdyż przede wszystkim, jej ważność nie była uzależniona od obowiązku publikacji ogłoszenia. W związku z tym przepis ten nie może być interpretowany rozszerzająco, a

Zgodnie z powołanym art. 67 ust. 1 pkt 1b zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż zagadnienie zlecenia autorowi projektu architektonicznego wykonywania obowiązków nadzoru autorskiego jest źródłem wątpliwości interpretacyjnych sprowadzających się przede wszystkim do rozstrzygnięcia tego, czy podmiot zamawiający projekt ma obowiązek, po pierwsze, jednocześnie wraz z zamówieniem prac projektowych zlecić autorowi projektu także wykonywanie nadzoru autorskiego, a po drugie, czy z całokształtu unormowań dotyczących sprawowania tego nadzoru wynika obowiązek jego wykonywania wyłącznie przez autora projektu, czy też obowiązki te może pełnić także zasadniczo inna osoba, także gdy nie występują w tym zakresie przeszkody do sprawowania nadzoru przez autora projektu.

W związku z powyższym zagadnieniem zastosowanie znajdują przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawy o prawach autorskich i pokrewnych oraz ustawy Prawo budowlane. Powyższe wywołuje szereg wątpliwości dotyczących wzajemnego stosunku tych unormowań.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego, a także Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, powyższa problematyka była już rozważana i wyrażano w tym zakresie różne stanowiska.

Sąd rozpoznający niniejszą sprawę podziela, w zasadniczym zakresie, stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych wyrażone w uchwałach z dnia 6 lipca 2012 roku, KIO/KD 57/12, LEX 1217617 oraz KIO/KD 106/10, LEX 736790.

Organ ten, rozpoznając sprawy na gruncie stanów faktycznych podobnych do tego jak w niniejszej sprawie, wskazał, iż art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b p.z.p. zezwala na udzielenie zamówienia z wolnej ręki, gdy przedmiot zamówienia służy tylko jednemu podmiotowi, a jego wyłączność podlega ochronie z mocy norm ustawowych. Ma to miejsce w szczególności w przypadku objęcia ochroną prawno – autorską lub patentową. Nadto nie można się zgodzić z interpretacją przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b p.z.p., zgodnie z którą istnienie praw wyłącznych chronionych przepisami prawa nie może wynikać z okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający. Wywodzenie z przepisu art. 44 ust. 1 pkt 3 p.b., że ustawodawca *expressis verbis* dopuścił możliwość sprawowania nadzoru autorskiego, w zakresie określonym przepisami p.b., nie tylko przez samego autora dokumentacji projektowej, lecz także przez inne podmioty posiadające wymagane

prawem uprawnienia do sporządzania projektów należy uznać za błędne. Nadzór autorski, co wynika z samej jego istoty, może sprawować jedynie autor projektu. Zastosowanie art. 44 ust. 1 pkt 3 p.b. może odnosić się do sytuacji, w której określony projekt został wykonany przez kilka podmiotów, którym przysługuje wówczas status współautorów projektu, a następnie tylko jeden z nich sprawował nadzór autorski nad jego wykonaniem. W przypadku zmian w tym zakresie zastosowanie właśnie znajduje przepis art. 44 ust. 1 pkt 3 p.b. Gdy czynności nadzoru wykonywane są przez inne podmioty posiadające wymagane prawem uprawnienia do sporządzania projektów, wówczas nie mamy już do czynienia z wykonywaniem czynności nadzoru autorskiego. W drugiej z powołanych powyższej uchwał Krajowa Izba Odwoławcza zauważyła także, iż z przepisów prawa budowlanego nie wynika obowiązek jednoczesnego zamawiania nadzoru autorskiego wraz z wykonaniem projektu.

Sąd rozpoznający niniejszą sprawę podziela powyższe stanowisko i argumentację, która doprowadziła powyższy organ do takiego poglądu, tym bardziej, iż – jak wynika z uzasadnienia faktycznego tych uchwały – Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na poparcie swojego stanowiska przytaczał takie same argumenty jak w niniejszej sprawie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż art. 10 ust. 1 p.z.p. wyraża zasadę prymatu trybów konkurencyjnych wobec niekonkurencyjnych. Podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg ograniczony i nieograniczony. Zasada ta pozostaje w związku z zasadą udzielania zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p., tj. zasadą przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zapewnienie przeprowadzenia postępowania w sposób wskazany w art. 7 ust. 1 p.z.p. urzeczywistnia się poprzez zastosowanie takiego trybu o udzielenie zamówienia publicznego, który zapewni pełną konkurencyjność tego postępowania. Jednak zasada z art. 10 ust. 1 p.z.p. nie ma charakteru bezwzględnie. Zamawiający może odstąpić od zastosowania trybów konkurencyjnych na rzecz któregośkolwiek z innych trybów przewidzianych w ustawie, jednakże wyłącznie w przypadkach w ustawie tej określonych. Uprawnia go do tego art. 10 ust. 2 ustawy p.z.p., zgodnie z którym zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie. Przepis ten, będący odstępstwem od wyrażonej w ustępie poprzedzającym zasady, należy traktować jako wyjątek i tym samym nie może być on interpretowany w

sposób rozszerzający.

Powyższe implikuje stanowisko, iż brak jest możliwości – zgodnie z przyjętymi zasadami wykładni przepisów – interpretowania regulacji o charakterze szczególnym w sposób rozszerzający, a to oznacza, że nie można mu nadać szerszego znaczenia niż wynikałoby to z interpretacji językowej. W sytuacji określonej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b p.z.p. chodzi o to, aby możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki zachodziła zawsze, gdy zaistnieje okoliczność odpowiadająca dyspozycji wskazanego artykułu, interpretowanego w oparciu o podstawową wykładnię przepisów prawnych, tj. wykładnię językową. Wskazywany przepis jest jasny i zrozumiały i jego interpretacja w oparciu o inne zasady wykładni prawa jest nieuprawniona i niezasadna.

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b p.z.p. zezwala na udzielenie zamówienia z wolnej ręki, gdy przedmiot zamówienia służy tylko jednemu podmiotowi, a jego wyłączność podlega ochronie z mocy norm ustawowych. Ma to miejsce w szczególności w przypadku objęcia ochroną prawnoautorską lub patentową. Powyższe prowadzi do wniosku, że niezasadna jest interpretacja powoda powołanego przepisu, zgodnie z którą istnienie praw wyłącznych chronionych przepisami prawa nie może wynikać z okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający.

W świetle powyższego uzależnianie zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b p.z.p. ustawy od zaistnienia innych jeszcze przesłanek niż wskazane w omawianym przepisie jest nieuzasadnione. Stąd powoływanie się przez powoda na dodatkowe wymagania dotyczące stosowania powołanego przepisu należało uznać za nie mające oparcia w przepisach.

W kontekście powołanego uregulowania ważne jest, czy przedmiot umowy jaka jest kwestionowana przez powoda, może być uznany za objęty ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. W tym zakresie między stronami nie ma wątpliwości, gdyż projekt budowlany (projekt architektoniczny), stanowi przedmiot praw autorskich jako jeden z przejawów działalności twórczej o indywidualnym charakterze, utrwalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (utwór). W art. 1 ust. 2 pkt 6 Prawa autorskiego wskazano, że przedmiotem praw autorskich jest również utwór architektoniczny, architektoniczno – urbanistyczny i urbanistyczny. W związku z tym w ujęciu Prawa autorskiego utwór architektoniczny podlega ochronie ze względu na zawarte w nim elementy twórcze ustalone w postaci projektu architektonicznego, które stanowią projekcję wyobraźni twórcy. Jest ona odrębna w odniesieniu do utworu architektonicznego tym, że środki wyrazu, za pośrednictwem

których twórca ujawnia swoją autorską wizję, polegają na przedstawieniu, za pomocą planów, rysunków i modeli, oryginalnej koncepcji budowli, a mianowicie jej ukształtowania i wyglądu, z wykorzystaniem zasad sztuki budowlanej i przy zastosowaniu określonych materiałów dostępnych ze względu na stan techniki oraz usytuowanie budowli w określonym otoczeniu.

W myśl art. 8 ust. 1 Prawa autorskiego z tytułu wykonanego projektu budowlanego projektantowi (autorowi) przysługują, poza prawami autorskim majątkowymi, także prawa autorskie osobiste, mające charakter niezbywalnych i nieograniczonych w czasie. W szczególności wśród fundamentalnych praw osobistych twórcy znajduje się prawo do autorstwa, prawo do integralności utworu oraz prawo do nadzoru autorskiego.

Zgodnie z art. 60 ust. 5 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych sprawowanie nadzoru autorskiego nad utworami architektonicznymi i architektoniczno – urbanistycznymi regulują odrębne przepisy. Przepisem tym jest przede wszystkim art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo budowlane. Stanowi on, iż do podstawowych obowiązków projektanta należy sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub właściwego organu w zakresie stwierdzania w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem oraz uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego.

W tym miejscu jednak pojawiają się – wspomniane już – zagadnienia obligatoryjności lub fakultatywności powierzania tego nadzoru autorskiego wraz z umową o prace projektowe, a także dopuszczalności powierzania tego nadzoru osobie nie będącej autorem projektu architektonicznego.

Odnosząc się do pierwszego z tych zagadnień należy wskazać, iż zgodnie z art. 18 ust. 3 prawa budowlanego inwestor może zobowiązać projektanta do sprawowania nadzoru autorskiego. Jednak jest to norma kompetencyjna wyrażająca uprawnienie, a nie obowiązek inwestora oraz stanowiąca jednocześnie obowiązki autora projektu związane ze sprawowaniem takiego nadzoru. Autor projektu zobowiązany jest więc do wykonywania nadzoru autorskiego w przypadku nałożenia nań takiego obowiązku przez Zamawiającego. Zamawiający natomiast zobowiązany będzie do zapewnienia stosownego nadzoru nad wykonaniem robót budowlanych przez osoby o odpowiednich kwalifikacjach w przypadkach uzasadnionych wysokim stopniem skomplikowania robót budowlanych lub warunkami gruntowymi (art. 18 ust. 1 pkt 5 Prawa budowlanego) oraz w sytuacji, gdy organ wydający decyzję o pozwoleniu na budowę nałoży na inwestora obowiązek

zapewnienia stosownego nadzoru, w tym konkretnie nadzoru autora projektu (art. 19 ust. 1 Prawa budowlanego). W pozostałych przypadkach zapewnienie nadzoru autorskiego jest uprawnieniem inwestora, który w oparciu o konkretne okoliczności sprawy, na podstawie oceny własnych potrzeb oraz możliwości odnośnie prowadzenia robót budowlanych, zdecydować może o zamówieniu nadzoru autorskiego w ogóle, oraz czasie, rodzaju i zakresie jego wykonywania w szczególności (tak Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w uchwale z dnia 5 stycznia 2011 r., KIO/KD 106/10, LEX nr 736790).

Podzielając powyższy pogląd należy wskazać, iż brak jest w ustawie Prawo zamówień publicznych przepisu, który przewidywałby obowiązek łączenia umowy o prace projektowe wraz z umową o sprawowanie nadzoru autorskiego.

Obowiązku takiego nie można wywodzić z okoliczności wskazanych przez powoda, a mianowicie wymogu uzyskania przez pozwaną decyzji o pozwoleniu na prowadzenie prac i robót przy obiekcie zabytkowym oraz specyfiki tych robót budowlanych, a także z możliwości zastosowania przez pozwaną w ramach tzw. prawa opcji w oparciu o art. 34 ust. 5.

Jak wynika z treści decyzji

(k. 53)

Konserwator Zabytów nałożył na pozwaną gminę obowiązek prowadzenia prac pod nadzorem autorskim. Uprawnienie takie dla tego organu wynika z powołanego już art. 19 prawa budowlanego. Przed nałożeniem na pozwaną tego obowiązku, nie można upatrywać takiej powinności w samej istocie nadzoru autorskiego i jego powiązaniu ze sporządzeniem projektu architektonicznego. Prawdą jest, że autor projektu ma obowiązek sprawowania nadzoru autorskiego, jednak powyższe nie przekłada się automatycznie na powinność zamawiającego objęcia umową o prace projektowe także umowy o sprawowanie tego nadzoru, z tej przede wszystkim przyczyny, że nadzór ten nie jest obligatoryjny. Po stronie projektanta powstaje obowiązek sprawowania tego nadzoru, gdy zażąda tego zamawiający. Wniosku powoda nie uzasadnia brzmienie art. 18 ust. 1 pkt 5 prawa budowlanego, który stanowi, że do obowiązków inwestora należy zorganizowanie procesu budowy, z uwzględnieniem zawartych w przepisach zasad bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, a w szczególności zapewnienie w przypadkach uzasadnionych wysokim stopniem skomplikowania robót budowlanych lub warunkami gruntowymi, nadzoru nad wykonywaniem robót budowlanych przez osoby o odpowiednich kwalifikacjach zawodowych. Przepis ten określa na kim spoczywa przedmiotowy obowiązek zapewnienia tego nadzoru, nie wspomina jednak o źródle ani charakterze (obligatoryjności

lub fakultatywności) tej powinności. Inwestor może oczywiście bez takiej decyzji zobowiązać autora projektu do sprawowania nadzoru autorskiego, jednak pominięcie tego w umowie o prace projektowe nie może być podstawą zarzutu naruszenia przepisów o udzielaniu zamówień publicznych, gdyż z tych przepisów powinność taka nie wynika.

Uregulowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b p.z.p. wskazuje, że właśnie w przypadku pojawienia się konieczności sprawowania nadzoru autorskiego zamawiający ma możliwość przeprowadzenia uproszczonej procedury w celu powierzenia tego nadzoru osobie, która będzie uprawniona przede wszystkim do wykonywania uprawnień określonych w art. 20 ust. 1 pkt 4 lit. a i b prawa budowlanego.

Poglądu o dopuszczalności sprawowania nadzoru autorskiego przez osoby trzecie – a tym samym o konieczności przeprowadzenia postępowania konkurencyjnego – nie można także opierać na brzmieniu art. 44 ust. 1 pkt 3 Prawa budowlanego. Przepis ten stanowi, iż inwestor jest obowiązany bezzwłocznie zawiadomić właściwy organ o zmianie projektanta sprawującego nadzór autorski podając, od kiedy nastąpiła zmiana. Z brzmienia tego przepisu nie można jednak wywodzić, jak to czyni powód, że nadzór autorski może być sprawowany przez każdego projektanta, posiadającego uprawnienia do sporządzania projektu. Językowa wykładnia tego przepisu wskazuje, że odnosi się do zmiany projektanta sprawującego już nadzór autorski na etapie już realizacji budowy, a nie wyboru podmiotu sprawującego nadzór autorski. Zmiana taka może wynikać z przypadków losowych, np. choroby autora projektu.

W ocenie Sądu brak jest także podstaw do przyjmowania jakoby obowiązek jednoczesnego powierzenia nadzoru autorskiego wraz z zawieraniem umowy o prace projektowe miał wynikać, z obowiązku opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 p.z.p.). Przepis ten adresowany jest do zamawiającego i ma na celu ochronę osób przystępujących do składania ofert. Nie można jednak przyjmować, iż z jego treści lub wykładni funkcjonalnej albo systemowej ustawy Prawo zamówień publicznych miałoby wynikać zobowiązanie zamawiającego do zawarcia wraz z umową o prace projektowe także umowy o sprawowanie nadzoru autorskiego. Brak drugiej z tych umów przy zawieraniu pierwszej nie tworzy dla osób przystępujących do przetargu jakiegokolwiek niejasności w przedmiocie tego co ma być objęte przyszłą umową o prace projektowe. Skoro ogłoszenie ma dotyczyć prac projektowych, to nic poza tymi pracami nie musi być objęte zamówieniem. Osoby przystępujące do przetargu na

wykonanie prac projektowych będą przecież posiadać – ze względu na wymagane od nich kwalifikacje – wiedzę na temat sprawowania nadzoru autorskiego i trybu jego zlecenia.

Zdaniem Sądu brak jest podstaw do przyjmowania, że prawo opcji zakłada obligatoryjne zawieranie wraz z umową o prace projektowe także postanowień dotyczących nadzoru autorskiego.

Jedynym przepisem ustawy p.z.p., który wspomina o prawie opcji, jest art. 34 ust. 5 tej ustawy. Stanowi on, że jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji.

Rozważając istotę prawa opcji wskazano (Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2011), że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji legalnej pojęcia „prawo opcji”. Definicji takiej nie zawierają również dyrektywy dotyczące udzielania zamówień publicznych. Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi („dyrektywa klasyczna”), wskazuje jedynie, że podstawą obliczania szacunkowej wartości zamówienia publicznego jest całkowita kwota należna, bez VAT, oszacowana przez instytucję zamawiającą, przy czym w obliczeniu takim uwzględnia się całkowitą kwotę szacunkową, obejmującą także wszelkie opcje lub wznowienia zamówienia (art. 9 ust. 1 dyrektywy klasycznej). Polski ustawodawca, implementując powyższy przepis dyrektywy klasycznej w odniesieniu do instytucji prawa opcji również skupił się na zagadnieniu szacowania wartości zamówienia. Zamawiający przewidując prawo opcji jest więc zobowiązany do określenia maksymalnego poziomu zamówienia wskazując, iż pewien zakres tego zamówienia, z góry przewidziany i określony, będzie przez niego realizowany jedynie w określonych sytuacjach. Instytucja prawa opcji zakłada, że zamawiający każdorazowo określa minimalny poziom zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, co pozwala wykonawcom na rzetelne i właściwe dokonanie wyceny oferty, wskazując jednocześnie dodatkowy zakres, którego realizacja jest uzależniona od wskazanych w kontrakcie okoliczności i stanowi uprawnienie zamawiającego, z którego może, ale nie musi on skorzystać. Przedmiot zamówienia odzwierciedlający zakres zamówienia udzielanego z wykorzystaniem instytucji prawa opcji oraz jego wartość powinny być określone przez zamawiającego już na etapie przygotowania postępowania. Wyszczególnione w ten sposób części wchodzą w zakres tego samego zamówienia, są elementem ściśle określonego zakresu przedmiotowego zamówienia o ustalonej łącznie wartości szacunkowej zamówienia, na które zamawiający

przewidział określone środki finansowe. Instytucja prawa opcji pozwala zatem na precyzyjne określenie poziomu zamówienia, który zostanie przez zamawiającego zrealizowany, co pozwala wykonawcom na prawidłowe dokonanie wyceny oferty (por. wyrok KIO z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1447/10, wyrok KIO z dnia, sygn. akt KIO/UZP 2376/10). Norma zawarta w art. 34 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje zamawiającemu szacowanie wartości zamówienia z uwzględnieniem wartości tej części zamówienia, która jest pozostawiona „prawu opcji” rozumianemu jako uprawnienie, nie zaś zobowiązanie zamawiającego. Realizacja opcji może, ale nie musi nastąpić, w zależności od zapotrzebowania zamawiającego i na skutek jego dyspozycji w tym zakresie, przy czym zarówno zakres zamówienia objęty prawem opcji, jak i okoliczności, w jakich dojść może do skorzystania z tego prawa, powinny być opisane stosownie do treści art. 29 ust. 1 ustawy p.z.p. Zamawiający, przewidując prawo opcji jest uprawniony do określenia rozszerzenia procentowego pierwotnie określonego przedmiotu zamówienia, przy czym konstrukcja ta powinna opierać się każdorazowo na wskazaniu zakresu zamówienia, którego realizacja będzie pewna i zakresu, który jest poddany prawu opcji. Instytucja prawa opcji nie może zatem służyć do zawężenia przedmiotu zamówienia, którego realizacja nie była pozostawiona prawu opcji. Zamawiający ma zatem wynikający z umowy o zamówienie publiczne obowiązek spełnienia świadczenia co do minimalnego zakresu określonego w umowie z wykonawcą i uprawnienie rozszerzenia zamówienia w zakresie objętym opcją. Prawo opcji zobowiązuje zamawiającego do realizacji zamówienia jedynie w zakresie zadeklarowanym, a poszerzonym o przewidzianą opcję na podstawie jednej umowy kształtującej warunki realizacji opcji. Skorzystanie z prawa opcji nie stanowi więc zmiany umowy, czy też zawarcia dodatkowej umowy na nowych warunkach, ale jest realizacją umowy zawartej w zakresie ustalonym przez nią warunków poprzez złożenie przez zamawiającego pisemnego oświadczenia woli w przedmiocie skorzystania z prawa opcji w określonym przez niego zakresie.

Powód w piśmie z dnia 4 września 2012 roku (k. 174 – 178) wskazał, iż decyzja inwestora o sprawowaniu przez projektanta nadzoru autorskiego w odniesieniu do konkretnego zadania inwestycyjnego może być podjęta już na etapie wyboru projektanta (wykonawcy dokumentacji projektowej), jak też później, na etapie realizacji projektu. W tym zakresie inwestor ma możliwość swobodnego wyboru, czy decyduje się na sprawowanie nadzoru autorskiego już na etapie projektowym, czy też pozostawia tę decyzję na etap realizacji projektu. Jednakże w obydwu przypadkach, niezależnie od momentu podjęcia decyzji o sprawowaniu nadzoru autorskiego przez projektanta, zobowiązanie projektanta

do sprawowania takiego nadzoru wynika z tego samego tytułu prawnego, jakim jest umowa na podstawie, której przyjął na siebie zobowiązania projektanta. Umową taką jest umowa, której przedmiotem jest sporządzenie dokumentacji projektowej (projektu budowlanego). Z uwagi zatem na fakt, iż wybór projektanta wiąże się wprost z możliwością zobowiązania go do sprawowania nadzoru autorskiego, w odniesieniu do inwestora pojawia się prawo opcji, tj. prawo do polecenia projektantowi sprawowania nadzoru autorskiego.

Z tych przyczyn, w ocenie powoda, w odniesieniu do zamówień publicznych zamawiający posiadający status inwestora jest zobowiązany do określenia w opisie przedmiotu zamówienia na opracowanie dokumentacji projektowej prawa opcji w zakresie polecenia projektantowi sprawowania nadzoru autorskiego. Już zatem na etapie szacowania wartości zamówienia zamawiający winien uwzględnić możliwy najszerszy zakres zamówienia, pomimo że rzeczywisty zakres zamówienia może być mniejszy. Do takiego wniosku ma prowadzić wymóg zupełności opisu przedmiotu zamówienia wynikającego z brzmienia art. 29 ust. 1 ustawy p.z.p., prawo opcji dotyczące polecenia projektantowi sprawowania nadzoru autorskiego powinno być ujęte w opisie przedmiotu zamówienia na opracowanie dokumentacji projektowej. Bez znaczenia dla powyższego stwierdzenia pozostaje ustalenie, że decyzję w tym przedmiocie zamawiający może podjąć dopiero po wyborze projektanta, czy też, że w ogóle nie zdecyduje się na polecenie projektantowi sprawowania nadzoru autorskiego. Sama bowiem możliwość takiego polecenia (opcja) rodzi po stronie zamawiającego zobowiązanie do określenia jej już na etapie zamówienia na opracowanie dokumentacji projektowej. To, czy zamawiający skorzysta z prawa opcji, a zatem poleci projektantowi sprawowanie nadzoru autorskiego, czy też nie, pozostaje bez wpływu na sam obowiązek ujęcia prawa opcji w opisie przedmiotu zamówienia. Nie budzi przy tym wątpliwości, iż zastrzeżenie prawa opcji przez zamawiającego może dotyczyć również sytuacji, gdy polecenie ustanowienia nadzoru autorskiego wynikać będzie z decyzji właściwego organu. Bowiem również, i w tym przypadku, zobowiązanie projektanta do sprawowania nadzoru autorskiego wynikać będzie z tego samego tytułu prawnego, a więc umowy na opracowanie dokumentacji projektowej, która jest podstawą przyjęcia przez niego roli projektanta. Stąd w ocenie powoda pominięcie przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia prawa opcji w zakresie polecenia projektantowi sprawowania nadzoru autorskiego, stanowi rezygnację ze sprawowania takiego nadzoru przez projektanta. Tym samym nie można uznać, iż w przypadku pominięcia przez zamawiającego nadzoru

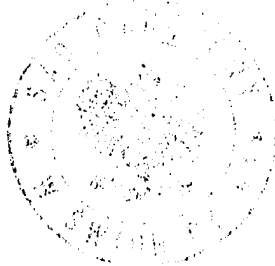
autorskiego sprawowanego przez projektanta na etapie zamówienia na opracowanie dokumentacji projektowej, spełnione są przesłanki do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy p.z.p. Rolą zamawiającego jest zatem zastrzeżenie prawa opcji w zakresie wykonywania czynności nadzoru autorskiego na rzecz wybranego projektanta (wykonawcy), bez względu, czy podstawą do zastosowania prawa opcji będzie samodzielna decyzja zamawiającego, czy też nakaz właściwego organu ustanowienia nadzoru autorskiego.

W ocenie Sądu, założenie powoda, iż z prawa opcji miałyby wynikać zobowiązanie powoda do ujmowania w umowie o prace projektowe także postanowień dotyczących sprawowania nadzoru autorskiego, nie znajdują uzasadnienia w brzmieniu powołanego przepisu. Powołana powyższej charakterystyka prawa opcji prowadzi do zasadnego, w ocenie Sądu, wniosku, iż skorzystanie przez zamawiającego z umieszczenia w umowie prawa opcji jest tylko jego uprawnieniem, a nie obowiązkiem, także w przypadku, gdy w związku z realizacją tej umowy może powstać konieczność zawarcia innej umowy w trybie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający musi tylko przed rozpoczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ogłoszeniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia zaznaczyć, że w przyszłości może skorzystać z tej opcji w związku z realizacją głównego przedmiotu zamówienia publicznego. Zatem z brzmienia powołanego powyżej przepisu nie wynika, aby zamawiający miał obowiązek łączenia tych dwóch umów. Przepis ten wyraźnie stanowi, iż w przypadku, gdy zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, to przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji. Brzmienie całego przepisu art. 35 p.z.p. wskazuje, że dotyczy on ustalania sposobu wartości zamówienia. Rozważana natomiast regulacja ta ma zatem za zadanie wskazanie zamawiającemu w jaki sposób ma ustalić wartość zamówienia, gdy decyduje się na – dopuszczalne przez ustawę – łączenie przedmiotów zamówienia, a część z tego zamówienia może nie być w ogóle realizowana. Ustęp 5 art. 35 p.z.p. zatem wyłącznie regulację szczególną wobec regulacji zawartych w ust. 1 – 4 tego artykułu i na tym wyczerpuje się jego rola. Przesłanką skorzystania z prawa opcji jest przewidywanie przez zamawiającego możliwości zlecenia wykonawcy dodatkowych czynności w związku z realizacją głównego przedmiotu zamówienia. Oczywistym jest, że w przypadku zawierania umowy o wykonanie prac projektowych w przyszłości może pojawić się konieczność zlecenie sprawowania nadzoru autorskiego, jednak – jak już powyżej wskazano – uproszczonemu zleceniu obowiązków autora projektu w tym zakresie

służy właśnie art. 67 ust. 1 pkt 1b p.z.p.

Na zakończenie należy wskazać, iż zgodnie z art. 19 ust. 2 prawa budowlanego minister właściwy do spraw budownictwa, gospodarki przestrzennej i mieszkaniowej określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje obiektów budowlanych, przy których realizacji jest wymagane ustanowienie inspektora nadzoru inwestorskiego, oraz listę obiektów budowlanych i kryteria techniczne, jakimi powinien kierować się organ podczas nakładania na inwestora obowiązku ustanowienia inspektora nadzoru inwestorskiego. Realizacją tej delegacji ustawowej jest rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 19 listopada 2001 r. w sprawie rodzajów obiektów budowlanych, przy których realizacji jest wymagane ustanowienie inspektora nadzoru inwestorskiego (Dz. U. z 2001 roku, nr 138, poz. 1554). Skoro ustawodawca przewidział obligatoryjne sprawowanie nadzoru inwestorskiego w niektórych przypadkach, a zastosowania takiego wyliczenia takiego nie uznano za konieczne w przypadku nadzoru autorskiego, to o potrzebie zlecenia tego właśnie nadzoru powinno rozstrzygać się w oparciu o uregulowania dotyczące wykonywania nadzoru autorskiego. Te jednak nie przewidują obligatoryjności sprawowania nadzoru w każdym przypadku, a zasadniczą przyczyną aktualizującą z jednej strony obowiązek zamawiającego w zapewnieniu tego nadzoru, a z drugiej strony powinność sprawowania tego nadzoru przez autora projektu, jest decyzja właściwego organu wydana na podstawie art. 19 ust. 1 prawa budowlanego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. oraz § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu zasądzając na rzecz pozwanych od powoda po 3.600 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania.



Stwierdzam zgodność odpisu
z oryginałem
Świdnica, dnia 2017-11-30
Z upoważnienia Kierownika
Podpis ST. SEKRETARZ SĄDOWY

Katarzyna Drożdż