

# ODPIS

Sygn. akt V SA/Wa 102/12

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 kwietnia 2012r.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie  
w składzie następującym:

Przewodniczący	Sędzia WSA	- Andrzej Kania
Sędzia WSA		- Jolanta Bożek (spr.)
Sędzia WSA		- Krystyna Madalińska-Urbaniak
Protokolant		- st. spec. Małgorzata Broniarek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 kwietnia 2012r.

sprawy ze skargi „PKP Polskie Linie Kolejowe „ S.A. w Warszawie

na decyzję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

z dnia 04 listopada 2011r. nr ZD/27/11

w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej z tytułu udzielenia zamówienia publicznego z naruszeniem prawa;

**skargę oddala**



**Na oryginale właściwe podpisy  
Za zgodność z oryginałem**

Anna Wiśniewska

specjalista

**UZASADNIENIE**

Zaskarżoną decyzją z 4 listopada 2011 r. nr ZD/27/11 Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes UZP) utrzymał w mocy decyzję własną nr KP/20/11 z dnia 30 czerwca 2011 r., nakładającą na PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. karę pieniężną w wysokości 30.000 zł z tytułu naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych określających przesłanki stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki przy udzielaniu zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją zadań inwestycyjnych w ramach projektu POIiŚ 7.1-41 „Modernizacja linii kolejowej E 65/C-E 65 na odcinku Warszawa – Gdynia – obszar LCS Działdowo”.

Organ oparł swoje rozstrzygnięcie na następującym stanie faktycznym.

Pismem z dnia 31 sierpnia 2010 r. strona zawiadomiła Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki.

Zdaniem zawiadamiającego, w przedmiotowej sprawie zaistniały przesłanki stosowania trybu z wolnej ręki podzielone na 4 części, gdyż każdy z członków konsorcjum jest autorem projektu dla danego odcinka robót. Według zamawiającego, ze względu na ochronę praw autorskich w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631, z późn. zm.), dalej „Prawo autorskie”, usługa sprawowania nadzoru autorskiego może być prowadzona tylko przez jednego wykonawcę tj. autora dokumentacji projektowej. Zamawiający oświadczył, iż w pkt 4.2.5 ust. 2 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do umowy FS2004/PL/16/C/PT/006-01 z dnia 24 sierpnia 2006 r., zostało zastrzeżone, iż do innych obowiązków wykonawcy należy m.in. pełnienie nadzoru autorskiego, który to obowiązek zostanie objęty oddzielną umową. Zamawiający wskazał ponadto, iż zgodnie z przepisami Prawa autorskiego przedmiotem prawa autorskiego jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia. Zgodnie z art. 1 ust. 6 Prawa autorskiego przedmiotem tegoż prawa są między innymi utwory architektoniczne, architektoniczno-urbanistyczne i urbanistyczne. Ponadto, zgodnie z art. 16 tej ustawy projektant jako autor opracowanej przez siebie dokumentacji zachowuje do niej autorskie prawa osobiste, zaś zgodnie z art. 20 ust. 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623, z późn. zm.), dalej „Prawo budowlane”, pełnienie nadzoru autorskiego jest ustawowym obowiązkiem projektanta i autor projektu nie może

## Sygn. akt V SA/Wa 102/12

się od niego uchylić, pod groźbą sankcji z tytułu odpowiedzialności zawodowej statutowanej w art. 95 Prawie autorskim. Zamawiający wskazał, iż nie przewidział w ramach poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego usługi pełnienia nadzoru autorskiego, ponieważ w pkt 4.2.5 ust. 2 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do umowy z dnia 24 sierpnia 2006 r., określono, że ww. usługa zostanie objęta oddzielnym kontraktem.

W dniu 2 września 2010 r. Urząd Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie:

- czy zamówienie jest współfinansowane ze środków Unii Europejskiej,
- jakie prawa wyłączne, wynikające z odrębnych przepisów powodują konieczność wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, w szczególności zaś wyjaśnienie dlaczego jedynie wykonawca dokumentacji projektowej przedmiotowej inwestycji może świadczyć usługę nadzoru autorskiego w świetle przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane,

- dlaczego zamawiający w ramach poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie przewidział w nim usług pełnienia nadzoru autorskiego.

Zamawiający został poproszony również o przedstawienie dodatkowego uzasadnienia co do zastosowania przesłanki zawartej w Prawie autorskim uniemożliwiającej przeprowadzenie przedmiotowego zamówienia z wykorzystaniem konkurencyjnych trybów udzielania zamówień publicznych.

W dniu 8 września 2010 r. w odpowiedzi na ww. pismo, wpłynęło do Urzędu Zamówień Publicznych pismo zamawiającego zawierające dodatkowe wyjaśnienia w sprawie. W piśmie tym zamawiający wskazał, że:

- zadanie jest realizowane w ramach projektu POIiŚ 7.1-4.1 „Modernizacja linii kolejowej E 65/C-E 65 na odcinku Warszawa - Gdynia - obszar LCS Działdowo”,
- zgodnie z Prawem autorskim przedmiotem prawa autorskiego jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia, w tym m.in. utwory architektoniczne, architektoniczno-urbanistyczne i urbanistyczne. Projektant jest autorem opracowanej przez siebie dokumentacji i zachowuje do niej autorskie prawa osobiste, które chronią „intelektualny” związek twórcy z jego dziełem, a zatem są niezbywalne i nie podlegają zrzeczeniu się. Zgodnie zaś z art. 20 Prawa budowlanego pełnienie nadzoru autorskiego jest ustawowym obowiązkiem projektanta i autor projektu nie może się od niego uchylić, pod groźbą sankcji z tytułu odpowiedzialności

## Sygn. akt V SA/Wa 102/12

zawodowej. Twórca, którego autorskie prawa osobiste zostały zagrożone cudzym działaniem, może żądać zaniechania tego działania, w razie zaś dokonanego naruszenia może także żądać, aby osoba która dopuściła się naruszenia, dopełniła czynności potrzebnych do usunięcia jego skutków,

- zapisem w pkt 4.2.5 ust. 2 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do umowy z dnia 24 sierpnia 2006 r., zamawiający zastrzegł, iż do innych obowiązków wykonawcy należy m.in. pełnienie nadzoru autorskiego, który to obowiązek zostanie objęty oddzielną umową.

Przedstawiona przez zamawiającego argumentacja uznana została za niewystarczająca do ustalenia prawidłowości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki i w wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej stwierdzono, iż zamawiający udzielił zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją zadań inwestycyjnych w ramach projektu POIiŚ 7.1 - 41 „Modernizacja linii kolejowej E 65/C-E 65 na odcinku Warszawa - Gdynia - obszar LCS Działdowo” z naruszeniem przepisów ustawy, gdyż mimo braku okoliczności determinujących wybór wykonawcy zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, zastosował ów przepis do przeprowadzenia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki.

W informacji o wyniku kontroli (pismo z dnia 9 listopada 2011 r.) stwierdzono, że przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych, uzasadniających zastosowanie zamówienia z wolnej ręki, muszą trwale uniemożliwiać realizację prac przez innego wykonawcę. Możliwość zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, uzależniona jest od istnienia przyczyn obiektywnych powstałych niezależnie od działań samego zamawiającego. Ponadto, w świetle art. 18 Prawa budowlanego, obowiązek sprawowania nadzoru autorskiego uzależniony jest od decyzji inwestora tj. zamawiającego. W konsekwencji sprawowanie nadzoru autorskiego przez projektanta wchodzi w zakres zamówienia na prace projektowe, albowiem jest nierozzerwalnie związane z opracowaniem projektu, a tym samym z osobą projektanta. Zamawiający jednakże nie uwzględnił usługi na pełnienie nadzoru autorskiego zamówieniu na wykonanie dokumentacji (nie można uznać za uwzględnienie usługi nadzoru w postępowaniu na dokumentację projektową, zastrzeżenia w pkt 4.2.5. ust. 2 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do umowy z dnia 24 sierpnia 2006 r., iż do innych obowiązków wykonawcy należy m.in. pełnienie nadzoru autorskiego, który to obowiązek zostanie objęty oddzielną umową). Pominięcie takie nie upoważnia zamawiającego do przeprowadzenia postępowania o zamówienie na nadzór autorski w



## Sygn. akt V SA/Wa 102/12

trybie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, ponieważ w takiej sytuacji ochrona praw wyłącznych ma charakter wtórny do wcześniej udzielonego zamówienia na prace projektowe (powyższe znajduje potwierdzenie w wyroku WSA w Warszawie z dnia 14 października 2005 r., III SA/Wa 2091/05 oraz wyroku NSA z dnia 6 kwietnia 2006., II GSK 7/06). Nie uwzględnienie na etapie zamówienia na prace projektowe usługi nadzoru może skutkować nadużyciami oraz powstawaniem zmów pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami (teza ta znajduje potwierdzenie w wyroku z dnia 21 listopada 2003 r., V CK 474/02). Odmienna interpretacja art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp skutkowałaby zakwestionowaniem sensu normatywnego art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, iż przedmiot zamówienia winien być zupełny. Ponadto, przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, jako dopuszczający tryb niekonkurencyjny postępowania, musi być interpretowany ściśle. Wskazano jednocześnie, iż zgodnie z § 6 ust. 1 umowy z dnia 24 sierpnia 2006 r. z wykonaniem części lub całości dokumentacji, wykonawca przeniósł na zamawiającego całość autorskich praw majątkowych do dokumentacji.

W dniu 19 listopada 2010 r. do Urzędu Zamówień Publicznych wpłynęło pismo zamawiającego zawierające zastrzeżenia do wyników kontroli. Zamawiający zarzucił wynikom kontroli: nie wyjaśnienie, a w konsekwencji błędne ustalenie stanu faktycznego, oraz błędną wykładnię prawa, w szczególności art. 7, art. 29 i art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b ustawy Pzp. Ponadto zamawiający wskazał, że:

- nie jest prawdziwe ustalenie, iż „obowiązek sprawowania nadzoru autorskiego uzależniony jest wyłącznie od decyzji inwestora (zamawiającego). W świetle art. 19 ust 1 ustawy Prawo budowlane, decyzja w tym zakresie jest uznaniowa i podejmowana odrębnie w stosunku do każdego pozwolenia,

- nie jest prawdziwe ustalenie, iż „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". Umowę, na podstawie, której wykonawca sporządził projekt należy uznać za umowę o dzieło, której przedmiot implikuje zakwalifikowanie tego zamówienia jako dostawy w świetle art. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Natomiast usługa świadczona w ramach nadzoru autorskiego jest realizowana w ramach zlecenia, które należy zakwalifikować jako usługę w rozumieniu art. 2 pkt 10 ustawy Pzp. Zamawiający może łączyć dostawy i usługi w jednym postępowaniu, jednakże co do zasady stanowią one przedmioty odrębnych zamówień, do których stosuje się odrębne nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień Publicznych. Ponadto, w świetle art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b

## Sygn. akt V SA/Wa 102/12

ustawy Pzp, należy uznać, iż prawa wyłączne muszą istnieć w chwili wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a zatem możliwość udzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego powstaje po wykonaniu zamówienia polegającego na wykonaniu dokumentacji projektowej. Działania zamawiającego kreujące zamówienie na prace projektowe muszą wyprzedzać udzielenie zamówienia z wolnej ręki na tej samej zasadzie na jakiej zamówienie podstawowe musi wyprzedzać zamówienie uzupełniające lub dodatkowe,

- niezasadnie przyjęto, „że konieczność udzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego" powstała już w chwili wszczęcia postępowania, w wyniku którego zawarta została umowa. Konieczność taką, w świetle art. 19 ust. 1 ustawy Prawa budowlanego, ustalić można nie wcześniej niż na etapie wydawania pozwolenia na budowę tj. w analizowanej sprawie w 2010 r.

- nie uwzględniono faktu, iż wykonawcy zamówienia udzielonego umową, którymi są spółki prawa handlowego nie są tożsami z autorami projektu tj. osobami fizycznymi tworzącymi projekt. Rozróżnienie pomiędzy wykonawcą zamówienia a autorem projektu jest istotne, ponieważ krąg osób, którym przysługują autorskie prawa osobiste można ustalić w chwili wykonania zamówienia na dokumentację projektową. W analizowanej sprawie autorzy projektów wskazani zostali w załącznikach do umów będących przedmiotem kontroli. Kierując się powszechnie stosowaną praktyką w celu ułatwienia współpracy z autorami, zamawiający zobowiązał wykonawców umowy do reprezentowania autorów przy umowie o nadzór autorski,

- zamawiający nie miał „możliwości objęcia zakresem zamówienia usługi sprawowania nadzoru autorskiego przez twórcę projektu". W 2006 r. zamawiający nie miał możliwości opisanego przedmiotu zamówienia objętego kontrolą w sposób zgodny z art. 29 ustawy Pzp, co wynikało z braku możliwości określenia: zakresu świadczenia nadzoru inwestorskiego przed powstaniem projektu; terminu realizacji usługi nadzoru inwestorskiego, który uzależniony jest od okoliczności wykraczających poza zamówienie na prace projektowe; stwierdzenia czy wystąpi obowiązek świadczenia nadzoru inwestorskiego. Z uwagi na powyższe nie było możliwości oszacowania wartości zamówienia, a wykonawca nie mógł w sposób należyty określić ceny za usługi, brak jest bowiem podstaw do przyjęcia wysokości wynagrodzenia za usługi świadczone za kilka lat, przez bliżej nieokreślony czas, w odniesieniu do bliżej nieokreślonego zakresu. Jednocześnie, fakt przeniesienia umową całości praw autorskich (§ 6 ust. 1) na zamawiającego potwierdza, iż opis przedmiotu zamówienia jest kompletny. Poza

## Sygn. akt V SA/Wa 102/12

zakresem tego przeniesienia pozostały usługi, które z mocy prawa mogą być świadczone przez osoby trzecie tj. autorów dokumentacji i które zgodnie z odrębną umową będą świadczone w latach 2010-2013. Udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki nie stanowi zatem „zakwestionowania sensu normatywnego art. 29 ust. 1 ustawy Pzp”, lecz wynika z jego dyspozycji. Na etapie udzielania zamówienia na prace projektowe nie można było dysponować informacjami niezbędnymi do należytego opisanego przedmiotu zamówienia w tym zakresie, a w konsekwencji do objęcia zamówieniem nadzoru autorskiego,

- sprzeczne z ustawą jest stanowisko kontrolującego zgodnie, z którym „Pominięcie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na prace projektowe świadczenia usług 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 ustawy Pzp”. Ustawa Pzp przewiduje szereg sytuacji, w których uprzednie udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym stanowi następnie podstawę do udzielenia zamówienia z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 5-7 oraz art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4), a nawet powoduje wyłączenie obowiązku jej stosowania (art. 4 pkt 11 w zw. z art. 15 ust. 5). Ponadto, zachodzi analogia pomiędzy postępowaniem objętym kontrolą a udzieleniem zamówienia w trybie konkursu, gdzie zamawiający i wybrany w konkursie wykonawca ustalają w trakcie postępowania z wolnej ręki wynagrodzenie za wykonane zamówienie - uwzględniając potrzeby zamawiającego i zakres prac wynikających z projektów opracowanych w ramach konkursu,

- ustawa Pzp nie uzależnia ziszczenia się przesłanki związanej z „ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów” od podstawy powstania praw wyłącznych, ale od tego czy wykonawca uprawniony na podstawie praw wyłącznych jest jedynym podmiotem uprawnionym do wykonania zamówienia. Nie jest zatem istotne czy „ochrona praw wyłącznych ma charakter wtórny do faktu wcześniejszego udzielenia zamówienia na prace projektowe”,

- wobec jednoznacznego brzmienia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b ustawy Pzp stosowanie wykładni systemowej jest niedopuszczalne. Zgodnie z ustaleniami orzecznictwa, jeżeli brzmienie „regulacji jest jasne i czytelne, interpretacja literalna -nie budzi wątpliwości. Brak jest podstaw do odwoływania się do interpretacji funkcjonalnej czy celowościowej, które jedynie w sytuacji niepewności co do intencji ustawodawcy

## Sygn. akt V SA/Wa 102/12

mogłyby stać się przedmiotem rozważań sądu." - wyrok SO w Warszawie z dnia 26 marca 2007 r., V Ca 281/07,

- orzeczenia na które powołuje się kontrolujący tj. wyrok WSA w Warszawie z dnia 14 października 2005 r., III SA/Wa 2091/05 oraz wyrok NSA z dnia 6 kwietnia 2006., II GSK 7/06, zostały wydane w odniesieniu do tego samego postępowania, w którym doszło w sposób ewidentny do naruszenia dyspozycji art. 67 ust. 1 ustawy Pzp bo na etapie podejmowania decyzji o wyborze trybu postępowania z wolnej ręki istniała możliwość udzielenia zamówienia wielu wykonawcom, co w analizowanej sprawie nie miało miejsca. Sądy w orzeczeniach tych napiętnowały praktykę „omijania wymogów Pzp przez jednostki sektora publicznego, które zawierałyby umowy wstępne na niewielką wartość tylko po to, aby powołując się na ochronę praw wyłącznych dokonywać później swobodnego wydatkowania środków znacznej wartości z pominięciem wymogów tej ustawy". Ustalenia dokonane przez sąd nie można uogólniać w sposób w jaki dokonał tego kontrolujący, tym bardziej że pozostaje ono w sprzeczności z tezami obu powołanych orzeczeń,

- ograniczenie się przy dokonywaniu wykładni systemowej jedynie do zasad wywiedzionych z przepisów ustawy Pzp jest wadliwe, gdyż z powołanych przez kontrolującego orzeczeń wynika, że dokonując wykładni systemowej należy w pierwszej kolejności brać pod uwagę konstytucyjną zasadę swobody działalności gospodarczej. Kontrolujący pominął powyższą wskazówkę interpretacyjną podobnie jak fakt, że zamawiający jest spółką prawa handlowego, a nie jednostką sektora finansów publicznych. Prawidłowa wykładnia zdaniem zamawiającego winna uwzględniać, że ograniczenia zasady swobody działalności gospodarczej muszą wynikać z ustawy i jako wyjątki od zasady konstytucyjnej powinny być interpretowane ściśle,

- niezrozumiałym jest w jaki sposób w analizowanej sprawie „zachodzi niebezpieczeństwo poważnych nadużyć oraz pole do powstawania zmów między zamawiającymi, a wykonawcami w celu wywierania bezprawnego wpływu na wynik postępowania", oraz jaki związek ze sprawą ma powołany przez kontrolującego wyrok SN z dnia 21 listopada 2003 r., V CK 474/02, który wydany został na podstawie nieobowiązującej od ośmiu lat ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. W analizowanej sprawie nawet gdyby dopuścić potrzebę stosowania innej wykładni niż językowa to i tak ustalenia wykładni logicznej przeczyłyby ustaleniom dokonany przez kontrolującego, gdyż przeprowadzenie postępowania konkurencyjnego nie może doprowadzić do innego skutku niż wynikający z zamówienia z wolnej ręki, gdyż zamówienie nie może



## Sygn. akt V SA/Wa 102/12

być wykonane przez inne osoby niż autorzy projektu zatwierdzonego pozwoleniem na budowę.

Pismem z dnia 2 grudnia 2010 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie uwzględnił zastrzeżeń dotyczących wyniku kontroli. W uzasadnieniu wskazał, iż:

- nie można uznać zarzutu zamawiającego, iż Prezes Urzędu niewłaściwie interpretował przepisy Prawa budowlanego. Obowiązek sprawowania nadzoru autorskiego uzależniony jest nie tylko od decyzji samego inwestora, ale również może wynikać z decyzji właściwego organu, co zostało wprost wskazane w „Informacji o wynikach kontroli doraźnej”. Nie zmienia to faktu, iż o tym czy zamawiający skorzysta ze swego uprawnienia zależy wyłącznie od niego,

- nie można uznać za zasadne twierdzenia zamawiającego, w świetle art. 20 ust. 4 Prawa budowlanego, iż sprawowanie nadzoru autorskiego przez projektanta nie wchodzi w zakres zamówienia na prace projektowe. Tym samym należy uznać, iż wykonanie projektu oraz usługa sprawowania nadzoru autorskiego są ze sobą nierozzerwalnie związane. Zamawiający miał świadomość potrzeby sprawowania nadzoru autorskiego, co wynika z pkt 4.2.5 ust. 2 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do umowy z dnia 24 sierpnia 2006 r., w którym zastrzeżono, iż do innych obowiązków wykonawcy należy m.in. pełnienie nadzoru autorskiego, który to obowiązek zostanie objęty oddzielną umową

- zamawiający niezasadnie przyjął, iż nie miał możliwości należytego opisanie przedmiotu zamówienia objętego kontrolą w sposób wymagany przez art. 29 ustawy Pzp, ponieważ miał on świadomość konieczności sprawowania nadzoru autorskiego. Trudno stwierdzić, iż zamawiający jako podmiot profesjonalny nie jest w stanie ustalić wartości przedmiotu zamówienia. Podnoszona okoliczność braku możliwości określenia terminu realizacji usługi nadzoru również nie znajduje uzasadnienia, bowiem zamawiający mógł zastrzec realizację tych usług bez określenia terminu, gdyż zgodnie z art. 20 ust. 1 pkt 4 Prawa budowlanego usługa nadzoru autorskiego może być wykonywana jedynie w toku robót budowlanych,

- okoliczność braku tożsamości pomiędzy wykonawcami, którymi są spółki prawa handlowego z autorami projektu, nie ma znaczenia w sprawie. Każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne musi spełniać określone wymagania, w szczególności musi dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,



## Sygn. akt V SA/Wa 102/12

- niezasadny jest argument analogicznego traktowania kontrolowanego postępowania do przypadków udzielania zamówień określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5-7 oraz art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, tudzież powodujących wyłączenie jej stosowania art. 4 pkt 11 w zw. z art. 15 ust. 5 ustawy Pzp, czy też konkursu. Udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki zostało ograniczone do enumeratywnie określonych przypadków, stosowanie zatem przez zamawiającego analogii w stosunku do analizowanego postępowania jest nieuprawnione,

- w procesie wykładni prawa należy brać pod uwagę nie tylko orzecznictwo wydane w oparciu o aktualny stan prawny, ale również wcześniejsze. Zaprzepaszczenie dorobku orzeczniczego sądów w aspekcie zamówień publicznych jest błędne i szkodliwe.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej, działając na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał je do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Zamawiający pismem z dnia 8 grudnia 2010 r. kierowanym do Krajowej Izby Odwoławczej podtrzymał swoje zastrzeżenia do wyników kontroli oraz wyjaśnił dodatkowo, że:

- zarzuty Prezesa Urzędu jakoby zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b ustawy Pzp wynikają z błędnego ustalenia, „że o tym czy zamawiający skorzysta ze swego uprawnienia zależne jest wyłącznie od niego”. W analizowanej sprawie obowiązek zapewnienia nadzoru ze strony autora wynika z okoliczności niezależnych od zamawiającego tj. konieczności wprowadzenia do dokumentacji projektowej zmian lub modyfikacji niezawinionych przez wykonawcę, a w takich okolicznościach zamawiający ma obowiązek zlecenia nadzoru autorskiego (art. 16 Prawa autorskiego),

- zamawiający nie mógł udzielić jednego zamówienia na projekt i nadzór autorski; w tym zakresie została przedstawiona wcześniejsza argumentacja oraz odwołanie się do rozstrzygnięć KIO z dnia 22 grudnia 2009 r., KIO/UZP 1782/09 oraz z dnia 9 października 2008 r., KIO/UZP 1021/08. Ponadto, zamawiający nie mógł zastrzec realizacji usługi nadzoru autorskiego bez określenia terminu jej wykonania, ponieważ powyższe pozostaje w sprzeczności z art. 142 ust 1 ustawy Pzp, który nakazuje zawieranie umów na czas oznaczony. Włączenie usługi nadzoru autorskiego do zamówienia na projektowanie dokumentacji wymagałoby określenia terminu

## Sygn. akt V SA/Wa 102/12

wykonania umowy z uwzględnieniem okresu świadczenia tej usługi, czego nie można było dokonać nie znając dokładnych dat wykonania robót budowlanych,

- Prezes Urzędu nie uzasadnił, dlaczego uważa „za chybiony” argument zamawiającego, iż nie jest w stanie określić wartości zamówienia z uwagi na odstęp czasu pomiędzy pierwotnym postępowaniem, a czasem w którym będzie świadczona usługa nadzoru autorskiego. Ponadto, zamawiający nie mógł ustalić ceny za usługi, której termin wykonania ani zakres nie były znane w chwili wszczęcia postępowania na prace projektowe. Zgodnie bowiem z art. 32 ustawy Pzp zamawiający ustala wartość zamówienia z należytą starannością. Co więcej staranne ustalenie wartości zamówienia wiąże się z dokonaniem szacunku w okresie bezpośrednio poprzedzającym udzielenie zamówienia (arg. z art. 35 ust. 1 ustawy Pzp). Powyższe znajduje potwierdzenie w wyroku KIO z dnia 9 kwietnia 2009 r., KIO/UZP 267/08,

- Prezes Urzędu nie ustosunkował się do argumentów uzasadniających, iż zamówienie na opracowanie dokumentacji projektowej oraz zamówienie na nadzór autorski stanowią co do zasady przedmiot odrębnego zamówienia, oraz do argumentu, iż wobec jednoznacznego brzmienia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b ustawy Pzp stosowanie wykładni systemowej jest niedopuszczalne. Ponadto Prezes Urzędu nie odniósł się do ustalenia, że prawidłowo dokonana wykładnia art. 67 ustawy Pzp winna uwzględniać, że ograniczenia zasady swobody działalności gospodarczej muszą wynikać z ustawy i jako wyjątki od zasady konstytucyjnej powinny być interpretowane ściśle,

- zamawiający nie sugerował stosowania przy wykładni art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b ustawy Pzp analogii z postępowaniami określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5-7 oraz art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, a jedynie wskazał, że argumentacja Prezesa Urzędu, iż art. 7 ustawy Pzp wprowadza ograniczenia w stosowaniu przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b jest w analizowanej sprawie niezasadna. Przepis art. 7 ustawy Pzp nie wyłącza możliwości udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w innych przypadkach wskazanych w art. 67 ustawy Pzp, których konstrukcja jest analogiczna do dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b ustawy Pzp. Wykładnia ustawy Pzp dokonywana przez Prezesa Urzędu winna uwzględniać, że przepis szczegółowy (art. 67 ustawy Pzp) ma pierwszeństwo przed przepisem ogólnym (art. 7 ustawy Pzp).

Uchwałą z dnia 14 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO/KD 99/10, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, iż zastrzeżenia dotyczące wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie. W uzasadnieniu Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż w jej opinii, Prezes Urzędu prawidłowo ustalił stan faktyczny sprawy oraz nie potwierdził się także

## Sygn. akt V SA/Wa 102/12

zarzut błędnej wykładni przez Prezesa Urzędu przepisu art. 7, art. 29 oraz art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b ustawy Pzp.

Zawiadomieniem z dnia 15 kwietnia 2011 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wszczął postępowanie administracyjne w sprawie nałożenia na zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie kary pieniężnej z tytułu udzielenia zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych określających przesłanki stosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

W dniu 13 maja 2011 r. w ramach prowadzonego postępowania administracyjnego wpłynęło do Urzędu Zamówień Publicznych pismo zamawiającego, w którym podtrzymał on swoją dotychczasową argumentację.

Decyzją Nr KP/20/11 z dnia 30 czerwca 2011 r. Prezes UZP nałożył na PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. karę pieniężną w wysokości 30 000 zł tytułem udzielenia zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych określających przesłanki stosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził w niej, że w okolicznościach faktycznych sprawy, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. nie wykazała spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

W dniu 26 lipca 2011 r. wpłynął do Urzędu Zamówień Publicznych wniosek zamawiającego o ponowne rozpatrzenie sprawy oraz o uchylenie zaskarżonej decyzji. Zamawiający wskazał, iż udzielając zamówienia na „pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją zadań inwestycyjnych działał jako zamawiający z art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp, nie zaś, jak błędnie założył Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, jako zamawiający z art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zdaniem zamawiającego w niniejszej sprawie zachodziły wszystkie okoliczności określone w art. 3 ust. 1 pkt 5, co tym samym w oparciu o art. 199 Pzp, wyłącza możliwość nałożenia na zamawiającego kary pieniężnej.

Pismem z dnia 25 sierpnia 2011 r. wezwano zamawiającego do złożenia wyjaśnień oraz potwierdzających je dokumentów, iż zamówienie spełnia wszystkie przesłanki określone w art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W odpowiedzi na ww. pismo do Urzędu Zamówień Publicznych wpłynęło dnia 16 września 2011 r. pismo, w którym zamawiający zaznaczył, iż w przypadku łącznego spełnienia przesłanek określonych w art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp, ma on obowiązek udzielenia zamówienia na zasadach ogólnych. Ponadto zamawiający wskazał, że:

## Sygn. akt V SA/Wa 102/12

- spełniona została przesłanka z art. 3 ust. 1 pkt 5 lit. a Pzp tj. ponad 50% wartości udzielanego zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a Pzp. Z załączonej bowiem uchwały nr 184/2010 zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z dnia 10 maja 2010 r. jednoznacznie wynika, że ponad 50% wartości zamówienia (tj. 1 911 001, 30 zł) finansowane będzie z płatności w części europejskiej oraz dotacji celowej w części krajowej, a zatem ze środków publicznych w rozumieniu art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240, z późn. zm.). Ponadto, z treści załączonego wniosku o dofinansowanie projektu wynika, iż środki przeznaczone na realizację projektu w części pochodzą z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko oraz w części stanowią dotacje celową ujętą w budżecie państwa na rok 2010 r. w części 39, dział 600, rozdział 6002, par. 6230,

- 1) spełniona została przesłanka z art. 3 ust. 1 pkt 5 lit. b Pzp tj. wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Stosując bowiem odpowiednio przepisy rozporządzenia wydanego na podstawie ww. delegacji należy stwierdzić, że analizowana wartość szacunkowa zamówienia była wyższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, co znajduje potwierdzenie w protokole postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

- 2) spełniona została przesłanka z art. 3 ust. 1 pkt 5 lit. c Pzp tj. przedmiotem zamówienia są roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi. Przedmiotowe postępowanie dotyczy bowiem usług związanych z robotami budowlanymi obejmującymi wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej, co wynika z zakresu prac obejmujących modernizację linii kolejowej zawartych we wniosku o dofinansowanie projektu. Zamawiający powołał się na załącznik nr 1 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielenia zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, gdzie budowa mostów, wiaduktów oraz linii kolejowych zaliczona została do obiektów z zakresu inżynierii lądowej i wodnej tj. do klasy 45.21. Podana w ww. załączniku klasa 45.21 znajduje swoje uszczegółowienie w rozporządzeniu Komisji (WE) Nr 2151/2003 z dnia 16 grudnia 2003 r. zmieniającym rozporządzenie (WE) nr



## Sygn. akt V SA/Wa 102/12

2195/2022 Parlamenty Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) gdzie do robót związanych z budową obiektów inżynierii lądowej i wodnej należą m.in. roboty związane z budową dróg szynowych i kolei podziemnej (42.12 CPV). Ponadto, wskazana wyżej klasyfikacja znajduje swój odpowiednik w klasyfikacji wprowadzonej rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz. U. Nr 122, poz. 1316, z późn. zm.).

W zaskarżonej decyzji Prezesa UZP z dnia 4 listopada 2011 r. organ wskazał, że spółka udzielając zamówienia działała jako zamawiający sektorowy. Zamówienie powyższe udzielane było bowiem w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art. 132 ust. 1 Pzp to jest wykonywania obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego, koleją linową lub przy użyciu systemów automatycznych (132 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp).

Odnosnie pojęcia „sieci (...) w zakresie transportu kolejowego”, którym posługuje się art. 132 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, znajduje ono swoje odzwierciedlenie także w innym akcie prawnym porządku prawa krajowego. Definicja „sieci kolejowej” zawarta jest w ustawie z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. z 2007 r. Nr 16, poz. 94, z późn. zm.), dalej „Ustawa o transporcie kolejowym”. W myśl art. 4 pkt 4 ustawy o transporcie kolejowym przez „sieć kolejową” należy rozumieć układ połączonych ze sobą linii kolejowych będących własnością zarządcy infrastruktury lub zarządzanych przez zarządcę infrastruktury. Definicja ta bezpośrednio odsyła do pojęcia linii kolejowej, które zostało wyjaśnione w art. 4 pkt 2 Ustawy o transporcie kolejowym. Zgodnie z tym przepisem, przez „linie kolejową” należy rozumieć drogę kolejową mającą początek i koniec wraz z przyległym pasem gruntu, na którą składają się odcinki linii, a także budynki, budowle i urządzenia przeznaczone do prowadzenia ruchu kolejowego wraz z zajętymi pod nie gruntami. W tym kontekście w działalność sektorową, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wpisuje się działalność polegająca na obsłudze sieci kolejowej służącej do świadczenia publicznych usług w zakresie transportu kolejowego, tj. działalność zarządcy infrastruktury kolejowej (art. 4 pkt 7 Ustawy o transporcie kolejowym).

Wyrażenie „obsługa sieci” nie obejmuje wyłącznie działalności przewoźników. W art. 5 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w



## Sygn. akt V SA/Wa 102/12

sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004, str. 1) mowa jest o działalności obejmującej „udostępnianie lub obsługę sieci świadczących usługi dla odbiorców publicznych w obszarze transportu kolejowego, systemów automatycznych, tramwajów, trolejbusów, autobusów lub linii kolejowych”. Wykładania prowsólnotowa przemawia za objęciem zakresem pojęcia „obsługa sieci” w rozumieniu art. 132 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp także zarządzania infrastrukturą sieci w celu jej udostępniania przewoźnikom. Również Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej) w wyroku z dnia 16 czerwca 2005 r. w sprawach połączonych C-462/03 i C-463/03 Strabag AG, Kostmann GmbH przeciwko Österreichische Bundesbahnen (Dz. U. C 21 z 24.1.2004), wyraził pogląd, że zamówienia dotyczące budowy i utrzymania infrastruktury sieci kolejowej pozostają w związku z działalnością polegającą na obsłudze sieci. Podmiotami objętymi ww. przepisem będą zarówno zarządcy infrastruktury kolejowej jak i przewoźnicy kolejowi rozumieniu Ustawy o transporcie kolejowym, przy czym pod pojęciem zarządzanie infrastrukturą kolejową należy rozumieć działania polegające na budowie i utrzymaniu infrastruktury kolejowej, prowadzeniu ruchu pociągów na liniach kolejowych, utrzymaniu infrastruktury kolejowej w stanie gwarantującym bezpieczne prowadzenie ruchu kolejowego, udostępnianiu tras pociągów dla przejazdu pociągów na liniach "kolejowych i świadczenia usług z tym związanych, zarządzaniu nieruchomościami wchodzącymi w skład infrastruktury kolejowej.

Organ zauważył, iż strona, zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 8 września 2000 r. o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstwa państwowego „Polskie Koleje Państwowe” (Dz. U. 84, poz. 948, z późn. zm.) została utworzona przez PKP S.A. celem prowadzenia działalności w zakresie zarządzania liniami kolejowymi. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. zarządza liniami kolejowymi oraz pozostałą infrastrukturą kolejową, określoną w przepisach Ustawy o transporcie kolejowym, z wyłączeniem budynków i budowli przeznaczonych do obsługi przewozu osób i rzeczy wraz z zajęтыми pod nie gruntami (art. 15 ust. 4a Ustawy o transporcie kolejowym).

Uwzględniając zatem przedmiot działalności PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. obejmujący zarządzanie liniami kolejowymi oraz pozostałą infrastrukturą kolejową, należy uznać, że PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi w tym zakresie działalność sektorową w rozumieniu art. 132 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Do tak określonych ram prowadzenia przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. działalności sektorowej

## Sygn. akt V SA/Wa 102/12

niewątpliwie zalicza się przedmiot zamówienia na „pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją zadań inwestycyjnych w ramach projektu POIiŚ 7.1 - 41 „Modernizacja linii kolejowej E 65/C-E 65 na odcinku Warszawa - Gdynia -obszar LCS Działdowo”, które to zamówienie udzielne jest w celu wykonywania wyżej określonej działalności sektorowej.

Ponadto, możliwość zakwalifikowania strony jako zamawiającego działającego na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wynika z faktu, iż zamawiający ten prowadząc działalność jako kapitałowa spółka prawa handlowego, jest w pełni kontrolowany przez Skarb Państwa, bowiem cały kapitał zakładowy należy do Skarbu Państwa. Powyższe implikuje zatem, spełnienie przesłanki z art. 3 ust. 1 pkt 4 lit. b ustawy Pzp tj. posiadanie przez podmioty określone w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ponad połowy akcji zamawiającego.

Tym samym należy stwierdzić, iż spółka PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. podlega w odniesieniu do postępowania na „pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją zadań inwestycyjnych w ramach projektu POIiŚ 7.1 - 41 „Modernizacja linii kolejowej E 65/C-E 65 na odcinku Warszawa - Gdynia - obszar LCS Działdowo” klasyfikacji jako zamawiający sektorowy na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający zaklasyfikowany jako zamawiający sektorowy, w odniesieniu do zamówienia sektorowego stosuje ustawę Pzp zgodnie z zasadami określonymi w rozdziale 5 tej ustawy. Jednakże, zgodnie z art. 132 ust. 1 ustawy Pzp do udzielania zamówień sektorowych nie mają zastosowania przepisy rozdziału 5 ustawy Pzp, jeżeli zamówienie sektorowe udzielane jest na warunkach określonych art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Z uwagi na ochronę przyznaną prawidłowości wydatkowania środków publicznych w okolicznościach opisanych tym przepisem, zamawiający stosuje ustawę Pzp na zasadach ogólnych. Procedura udzielania zamówienia nie wpływa jednak na status podmiotu zamawiającego jako zamawiającego sektorowego. Nie ulega wątpliwości, iż zamówienie spełnia przesłanki, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. A zatem, zamawiający nadal działa jako zamawiający sektorowy tj. zamawiający definiowany art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ale udzielając zamówienia na przedmiot wchodzący w zakres prowadzonej przez niego działalności sektorowej (szeroko pojęty transport kolejowy), ma on obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp z pominięciem rozdziału dotyczącego zamówień sektorowych (art. 132 ust. 1 w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp). Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości m.in. w wyroku z dnia 10

## Sygn. akt V SA/Wa 102/12

kwietnia 2008 r. w sprawie C-393/06 Ing. Aigner, Wasser-Warme-Umwelt GmbH przeciwko Fernwarme Wien GmbH, w którym ETS orzekł, „podmiot zamawiający w rozumieniu dyrektywy 2004/17/WE ma obowiązek stosowania procedury określonej w tej dyrektywie wyłącznie w przypadku udzielania zamówień związanych z działalnością, którą podmiot ten prowadzi w sektorze lub sektorach, o których mowa w art. 3-7 tej dyrektywy”. Z uwagi jednakże, na treść art. 8 dyrektywy 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 (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004, str. 114), implementowanego do polskiego porządku prawnego poprzez art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, obowiązek stosowania dyrektywy sektorowej tj. dyrektywy 2004/17/WE wyłączony został w stosunku do tych zamówień, które spełniają warunki z art. 8 dyrektywy 2004/18/WE. Przedmiotowe ograniczenie jednakże nie jest tożsame ze zmianą kwalifikacji statusu zamawiającego na inny.

A zatem, zdaniem organu brak jest podstaw do uznania zasadności wniosku o uchylenie decyzji nr KP/20/11 z dnia 30 czerwca 2011 r. z uwagi na naruszenie art. 199 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 pkt 5 i art. 132 ust. 1 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe oraz wartość przedmiotu zamówienia, dotyczącego usługi związanej z robotami określonymi w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ustalonego na kwotę 2.499.000 zł co odpowiada kwocie 650.951 euro stwierdzić należy, że spółka udzielając zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją zadań inwestycyjnych w ramach projektu POLiŚ 7.1 - 41 „Modernizacja linii kolejowej E 65/C-E 65 na odcinku Warszawa - Gdynia - obszar LCS Działdowo” zobowiązana była do stosowania przepisów ustawy Pzp na zasadach ogólnych, działając jednakże jako zamawiający określony w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Powoływana przez Zamawiającego przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Tym samym przepis ten może znaleźć zastosowanie jedynie do przypadków, gdy wyłączną przyczyną powodującą potrzebę udzielenia zamówienia konkretnemu wykonawcy jest konieczność ochrony praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów.

Odrębnym przepisem, którego treść zdaniem Zamawiającego implikuje sprawowanie nadzoru autorskiego przez projektanta (twórcę) danego projektu budowlanego jest art. 20 ust. 1 pkt 4 Prawo budowlane. Jednakże, przyczyny związane

## Sygn. akt V SA/Wa 102/12

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 ze względu na ochronę praw wyłącznych jest rzeczywiście niemożliwe, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzewidywalny. Zaznaczyć należy, iż uzasadnieniem do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp nie może być zdarzenie, za które odpowiedzialność ponosi sam zamawiający, w szczególności w kontekście zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasad z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Stan faktyczny uzasadniający udzielenie zamówienia z wolnej ręki musi być zatem spowodowany przyczynami obiektywnymi, w żaden sposób niezwiązanymi z działaniem zamawiającego.

W świetle powyższego organ zauważył, iż przyczyny uzasadniające przeprowadzenie postępowania na udzielenie zamówienia publicznego na „pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją zadań inwestycyjnych w ramach projektu POLiŚ 7.1 - 41 „Modernizacja linii kolejowej E 65/C-E 65 na odcinku Warszawa - Gdynia - obszar LCS Działdowo” są następstwem zdarzeń za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Zamawiający już na etapie postępowania mającego na celu sporządzenie i przekazanie dokumentacji projektowej na wykonanie robót budowlanych w ramach projektu POLiŚ 7. 1-41 „Modernizacja linii kolejowej E65/C - E 65 na odcinku Warszawa - Gdynia - obszar LCS Działdowo” (w wyniku którego dnia 26 sierpnia 2006 r. zawarto umowę nr FS2004/PL/16/C/PT/006-01), powinien był uwzględnić usługę nadzoru autorskiego, jako ściśle związaną z wykonaniem projektu. W myśl bowiem art. 18 ust. 3 Prawa budowlanego, inwestor może zobowiązać projektanta do sprawowania nadzoru autorskiego. Z uwagi na treść dokumentacji postępowania na usługę projektową (pkt 4.2.5. ust. 2 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do umowy z dnia 24 sierpnia 2006 r., zgodnie z którą do innych obowiązków wykonawcy należy m.in. pełnienie nadzoru autorskiego, który to obowiązek zostanie objęty oddzielną umową), uznać należy, iż w niniejszej sprawie obowiązek sprawowania takiego nadzoru był wyłącznie uzależniony od decyzji zamawiającego. Tym samym, nie ma znaczenia treść przywoływanego przez zamawiającego art. 19 ust. 1 Prawa budowlanego, który stanowi, iż właściwy organ może nałożyć na inwestora obowiązek zapewnienia nadzoru autorskiego, w przypadkach uzasadnionych wysokim stopniem skomplikowania obiektu lub robót budowlanych bądź przewidywanym wpływem na środowisko. Pominięcie przez zamawiającego, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na prace



## Sygn. akt V SA/Wa 102/12

projektowe, nadzoru autorskiego nie prowadzi do ziszczenia się przesłanki „przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów”. W takim przypadku ochrona praw wyłącznych ma charakter wtórny w stosunku do faktu wcześniejszego udzielenia zamówienia na prace projektowe tj. wynika z wcześniejszych działań zamawiającego nie zaś z przyczyn obiektywnych niezależnych od zamawiającego (por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 14 października 2005 r., III SA/Wa 2091/05 oraz wyrok NSA z dnia 6 kwietnia 2006 r., II GSK 7/06). Powyższe w żadnym stopniu nie pozostaje w sprzeczności ze stwierdzeniem, że nadzór autorski może być sprawowany przez projektanta, albowiem jak wskazano powyżej zamawiający na etapie zamówienia na prace projektowe ma możliwość zastrzeżenia obowiązku sprawowania nadzoru autorskiego przez twórcę projektu. Nie można się zgodzić z twierdzeniem Zamawiającego, iż nie miał on możliwości na etapie zamówienia na opracowanie dokumentacji projektowej, opisanie przedmiotu zamówienia objętego kontrolą w sposób zgodny z art. 29 ustawy Pzp, z uwagi na brak możliwości określenia: zakresu świadczenia nadzoru inwestorskiego przed powstaniem projektu; terminu realizacji usługi nadzoru inwestorskiego, który uzależniony jest od okoliczności wykraczających poza zamówienie na prace projektowe; stwierdzenia czy wystąpi obowiązek świadczenia nadzoru inwestorskiego.

Zakres sprawowania nadzoru autorskiego określony został przepisami Prawa budowlanego i to od inwestora zależy (poza przypadkami nałożenia takiego obowiązku przez właściwy organ, co nie ma znaczenia w niniejszej sprawie) czy nadzór ten będzie prowadzony w sposób kompleksowy tj. w pełnym zakresie, czy też może się ograniczać jedynie do niektórych czynności wskazanych przepisami prawa. Zamawiający jednakże, jako profesjonalny podmiot działający na rynku gospodarczym, powinien zapewnić sprawowanie nadzoru w sposób całościowy (co faktycznie uczynił w zawartych z członkami konsorcjum umowach z dnia 20 września 2010 r. na pełnienie nadzoru autorskiego), bowiem na żadnym etapie realizowania całej inwestycji, w tym również na etapie prowadzenia robót budowlanych, nie jest możliwe przewidzenie wszystkich zdarzeń wymagających interwencji autora projektu np. stwierdzenia w toku wykonywania robót niezgodności z projektem lub konieczności uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie. Zamawiający przy uwzględnieniu jego profesjonalnego charakteru powinien ustalić, udzielając zamówienia na realizację dokumentacji projektowej, ile średnio trwa realizacja inwestycji przy tego typu projektach, a tym samym czy projektant w ramach



## Sygn. akt V SA/Wa 102/12

pełnienia nadzoru zobowiązany będzie do cotygodniowych wizyt na placu budowy, czy pełnienie nadzoru autorskiego ograniczy się np. do jednej wizyty w miesiącu. Odnosnie możliwości powstania w toku prowadzenia robót budowlanych ich niezgodności z projektem, organ zaznaczył iż wymagany czas pracy w ramach sprawowania nadzoru autorskiego jest niemożliwy do określenia zarówno na etapie tworzenia dokumentacji projektowej jak i też prowadzenia zamówienia na wykonanie robót budowlanych, bowiem proces budowlany może przebiegać bez zakłóceń albo może wymagać ciągłej, wcześniej nie branej pod uwagę, interwencji ze strony projektanta. W związku z powyższym, dla określenia zakresu świadczenia usługi nadzoru autorskiego sam projekt dokumentacji pozostaje bezprzedmiotowy, bowiem jego treść nie jest elementem koniecznym do ustalenia zakresu jak i czasu realizacji prac budowlanych wykonywanych na jego podstawie.

W ocenie organu argument niemożliwości ujęcia świadczenia usługi nadzoru autorskiego już na etapie zamówienia na sporządzenie dokumentacji projektowej ze względu na brak możliwości określenia terminu realizacji zamówienia, a tym samym możliwości ustalenia ceny za usługi, również nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający powinien określić wartość takiego zamówienia zgodnie z wymogami ustawy Pzp tj. ustalić wynagrodzenie nie więcej-niż na 3 miesiące przed wszczęciem postępowania (art. 35 ust. 1 ustawy Pzp), z jednoczesnym zastrzeżeniem klauzuli waloryzacyjnej wynagrodzenia wykonawcy, dzięki czemu uniknięto by sytuacji świadczenia usług powyżej bądź poniżej jej rynkowej wartości obowiązującej w chwili świadczenia usługi nadzoru autorskiego. Odnosnie terminu realizacji usługi nadzoru autorskiego nie było przeszkód, aby zamawiający zastrzegł realizację tych usług bez określania terminu ich wykonania, gdyż usługa ta może być wykonywana jedynie w toku wykonywania robót budowlanych (art. 20 ust. 1 pkt 4 Prawo budowlane). W związku z powyższym, zamawiający na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na opracowanie dokumentacji projektowej, miał możliwość uwzględnienia usługi nadzoru autorskiego oraz opisanie tak określonego przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający podniósł, iż nie mógł zastrzec realizacji usługi nadzoru autorskiego bez określania terminu ich wykonania, ponieważ takie postanowienie pozostaje w sprzeczności z art. 142 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym umowy zawiera się na czas oznaczony. Organ zaznaczył, iż użyty przez ustawodawcę w art. 142 ust. 1 ustawy Pzp zwrot „na czas oznaczony” dotyczy jedynie tych umów, w których

## Sygn. akt V SA/Wa 102/12

czasu jest współwyznacznikiem rozmiaru należnego świadczenia lub liczby należnych powtarzających się świadczeń i w końcowym efekcie wpływa na całościowy rozmiar sumy świadczeń tj. obejmuje świadczenia ciągłe i okresowe. Nie można bowiem utożsamiać pojęcia „umowa na czas oznaczony” z samym terminem spełnienia świadczenia przez drugą stronę stosunku zobowiązaniowego. Art. 142 ustawy Pzp nie będzie miał zatem zastosowania do usługi nadzoru autorskiego z uwagi na charakter tego świadczenia, bowiem czynnik czasu służy jedynie do określenia sposobu wykonania świadczenia, nie determinuje zaś zakresu usługi nadzoru autorskiego. Zgodnie z utartym stanowiskiem przedstawicieli doktryny „świadczenie jest jednorazowe, jeżeli jego treść i rozmiar są oznaczone wyczerpująco wyłącznie przez zachowanie się dłużnika, do którego jest on obowiązany, bez odwoływania się do czynnika czasu. Nie należy przez to rozumieć, że świadczenie jednorazowe zawsze musi się zamykać w jednym momencie czy też bardzo krótkim przedziale czasu, i że zawsze musi się sprowadzić do jednego działania. (...) Tak więc w wypadku świadczenia jednorazowego nawet bardzo złożony łańcuch działań i czynności prawnych, bez względu na czas ich trwania, doprowadza do jednego wyniku osiąganego w oznaczonej chwili.” Obowiązek świadczenia usługi nadzoru autorskiego określony został przepisami Prawa budowlanego, które w żaden sposób nie uzależniły zakresu tegoż świadczenia od czasu jego wykonywania. Nadzór autorski realizowany jest jedynie w toku wykonywania robót budowlanych (art. 20 ust. 1 pkt 4 Prawo budowlane), których czas trwania określa sposób sprawowania nadzoru autorskiego tj. intensywność i częstotliwość wykonywanych przez projektanta czynności w ramach nadzoru, zaś sam czas realizacji inwestycji nie zmieni wcześniej ustalonego nakładu pracy autora dokumentacji projektowej. W kontekście powyższego nie można zgodzić się z twierdzeniem zamawiającego, iż dokonany przez niego sposób opisu przedmiotu zamówienia odpowiada treści przepisu art. 29 ustawy Pzp.

Podnoszone przez zamawiającego wątpliwości dotyczące braku tożsamości pomiędzy wykonawcami będącymi spółkami prawa handlowego a samymi autorami dokumentacji projektowej co wpływa na krąg osób, którym przysługują autorskie prawa osobiste, w ocenie organu również nie zasługują na uwzględnienie. Każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienie musi spełniać określone wymagania, w szczególności musi dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. To wykonawca składając ofertę na pełnienie nadzoru musi zapewnić, aby nadzór autorski pełniony był zgodnie z Prawem budowlanym.

## Sygn. akt V SA/Wa 102/12

Odnosząc się do argumentu Zamawiającego, iż postępowanie o udzielenie zamówienia na pełnienie usługi nadzoru autorskiego można traktować w analogiczny sposób jak zamówienia prowadzone na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5-7 oraz art., 134 ust. 6 pkt 3 i 4 ustawy Pzp lub powodujących wyłączenie jej stosowania na podstawie art. 4 pkt 11 w zw. z art. 15 ust. 5 ustawy Pzp, czy też konkursu uregulowanego przepisami art. 67 ust. 1 pkt 2 oraz 110 - 127 ustawy Pzp, organ stwierdził należy, iż ustawodawca tylko w wyjątkowych enumeratywnie wyliczonych przypadkach przewidział możliwość udzielenia zamówienia w niekonkurencyjnym trybie udzielania zamówienia z wolnej ręki, określając szczegółowo przesłanki jego zastosowania. Przesłanki stosowania trybu z wolnej ręki są wyjątkowe i nie można ich interpretować rozszerzająco. To co nie pozwala na uznanie istnienia przesłanek z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp to brak nieprzewidywalności, zaś na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp to brak informacji o zamówieniu uzupełniającym w ogłoszeniu.

Organ nie zgodził się z tezą Zamawiającego, iż na etapie podejmowania decyzji o wyborze trybu postępowania z wolnej ręki nie istniała możliwość udzielenia zamówienia wielu wykonawcom, jak i ze stwierdzeniem, że przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym nie doprowadziłoby do innego rezultatu niż powierzenia zamówienia autorowi dokumentacji projektowej. Zgodnie z Prawem autorskim do wykonanego utworu autorowi przysługują osobiste oraz majątkowe prawa autorskie. Jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, autorskie prawa osobiste chronią nieograniczoną w czasie i niepodlegającą zrzeczeniu się lub zbyciu więź twórcy z utworem, w tym prawo do nienaruszalności treści i formy utworu oraz jego rzetelnego wykorzystywania jak i prawo do sprawowania nadzoru nad korzystaniem z utworu (art. 16 Prawa autorskiego). Co do zasady prawa te są niezbywalne i autor nie może się ich zrzec. Jednakże użyty przez ustawodawcę zwrot „o ile ustawa nie stanowi inaczej” pozwala uznać, iż mogą istnieć wyjątki od przedmiotowej zasady. Wyjątkiem takim jest art. 60 ust. 5 Prawa autorskiego, którego treść stanowi, że sprawowanie nadzoru autorskiego nad utworami architektonicznymi (a do takich bez wątpienia należy zaliczyć projekt dokumentacji na roboty budowlane w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej E 65/C-E 65 na odcinku Warszawa - Gdynia - obszar LCS Działdowo”) i architektoniczno-urbanistycznymi regulują odrębne przepisy tj. przepisy Prawa budowlanego. Art. 44 ust. 1 pkt 3 Prawa budowlanego nakłada na inwestora obowiązek bezzwłocznego zawiadomienia właściwego organu o zmianie projektanta sprawującego

## Sygn. akt V SA/Wa 102/12

nadzór autorski. Ustawodawca *expressis verbis* dopuścił możliwość sprawowania nadzoru autorskiego, w zakresie określonym przepisami Prawa budowlanego, nie tylko przez samego autora dokumentacji projektowej, lecz także przez inne podmioty posiadające wymagane prawem uprawnienia do sporządzania projektów. Sprawowanie nadzoru autorskiego przez „nowego” projektanta doprowadzi co prawda do rozłamu pomiędzy autorem wykonanej dokumentacji projektowej a przysługującymi mu osobistymi prawami autorskimi, jednakże rozłam ten będzie zgodny z obowiązującymi przepisami prawa. Powyższe znajduje potwierdzenie w treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2011 r., KIO 1103/11, zgodnie z którym „sprawowanie nadzoru autorskiego nad utworami architektonicznymi stosowanie do art. 60 ust. 5 Prawa autorskiego regulują odrębne przepisy tj. przepisy ustawy Prawo budowlane, które jakkolwiek nie mogą i nie ingerują w zakres osobistych praw autorskich, przewidują sprawowanie nadzoru autorskiego przez osobę o określonych uprawnieniach oraz możliwość zmiany osoby projektanta sprawującego nadzór autorski stosowanie do art. 44 ust. 1 pkt 3. Regulacja taka wskazuje, przy niezmienności autora projektu, na dopuszczalność sprawowania nadzoru autorskiego także przez osobę nie będącą autorem projektu.” Odnośnie zaś możliwości naruszenia majątkowych praw autorskich przy sprawowaniu nadzoru przez osobę nie będącą autorem utworu wyjaśnić należy, iż w oparciu o brzmienie art. 42 Prawa autorskiego, prawa te mogą być przedmiotem obrotu gospodarczego. Jeżeli zatem prawa te zostały przeniesione na zamawiającego na odpowiednich polach eksploatacyjnych, co miało miejsce w niniejszej sprawie (§ 6 ust. 1 umowy z dnia 24 sierpnia 2006 r.), wówczas brak jest podstaw do uznania, iż zachodzą przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp uzasadniające udzielenie takiego zamówienia w trybie z wolnej reki. Mając na uwadze powyższe zamawiający miał możliwość udzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją zadań inwestycyjnych w ramach projektu POIiŚ 7.1 - 41 „Modernizacja linii kolejowej E 65/C-E 65 na odcinku Warszawa - Gdynia - obszar LCS Działdowo” w trybie przetargu podstawowego, zapewniającego zachowanie pełnej konkurencyjności, które to postępowanie mogło skutkować wyborem innego wykonawcy niż autor dokumentacji projektowej.

Ponadto, możliwości udzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego w trybie konkurencyjnym nie wyłącza brzmienie art. 46 Prawa autorskiego, który stanowi, iż twórca zachowuje wyłączne prawo zezwalania na wykonanie zależnego praw autorskiego, mimo że w umowie postanowiono o przeniesieniu całości autorskich



## Sygn. akt V SA/Wa 102/12

praw majątkowych. Zgodnie bowiem z art. 49 ust. 2 Prawa autorskiego, następca prawny legitymowany jest do wprowadzania zmian w nabytym utworze bez konieczności pozyskiwania zgody autora projektu. Jednakże, warunkiem niezbędnym do wprowadzenia modyfikacji już istniejącego utworu jest ustalenie, iż zmiany te spowodowane są oczywistą koniecznością, a twórca nie miałby słusznej podstawy się im sprzeciwić. Tym samym zakaz dokonywania zmian w utworze w rozumieniu Praw autorskiego przez inną osobę aniżeli przez samego autora, nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego, co podnosiła również Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 7 stycznia 2010 r., KIO/KD 23/10. Jeżeli zatem Zamawiający wyposażony został w instrumenty prawne umożliwiające mu zawarcie umowy na pełnienie nadzoru autorskiego z wykonawcą innym niż autor dokumentacji projektowej (bez jego uprzedniej zgody na dokonywanie zmian w utworze tj. na wykonanie zależnego prawa autorskiego) wybranym w trybie konkurencyjnym, to tym bardziej możliwość taka istnieje w sytuacji pozyskania dokumentu potwierdzającego zgodę autora na wykonanie zależnego prawa autorskiego.

Nie można również podzielić zarzutu Zamawiającego dot. błędnej interpretacji przepisów ustawy Pzp z jednoczesnym powołaniem orzeczenia Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 marca 2007 r., V Ca 281/07. Nie ulega wątpliwości, iż przedstawiony przez sąd sposób interpretacji przepisów ustawy Pzp zasługuje w całej rozciągłości na uwzględnienie. Trzeba jednakże zaznaczyć, iż ww. wyrok dotyczył całkowicie odmiennego stanu faktycznego tj. zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego będącego jedną z dwóch, obok przetargu ograniczonego, podstawowych form udzielania zamówień, które zapewniają zachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców (arg. z art. 10 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Natomiast, udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, stanowi ograniczenie podstawowych zasad systemu zamówień publicznych, a wręcz ich wyeliminowanie. Tym samym, interpretacja przepisów ustawy Pzp, które dotyczą udzielania zamówień w trybach określonych art. 10 ust. 2 ustawy Pzp, w tym zamówienia z wolnej ręki, musi być dokonywana w sposób zawężający, bowiem tryby te mają charakter wyjątkowy i godzą one podstawową idee zamówień tj. zachowanie uczciwej konkurencji na rynku, równego traktowania wykonawców oraz wydatkowania środków publicznych w sposób przejrzysty i transparentny. Powyższą argumentację potwierdza ETS (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej) m.in. w orzeczeniu z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 *presstext*



## Sygn. akt V SA/Wa 102/12

Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republice Austrii, APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, w którym stwierdził, iż „z orzecznictwa wynika, że głównym celem zasad wspólnotowych z dziedziny zamówień publicznych jest zapewnienie swobodnego przepływu usług i otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich” (pkt 31).

Wskazana przez Zamawiającego zasada wykładni art. 67 ustawy Pzp, ze szczególnym uwzględnieniem konstytucyjnej zasady swobody działalności gospodarczej, nie może być uznana w świetle ww. argumentów za zasadną. Jak bowiem zostało wyżej wskazane, zamawiający miał możliwość udzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego w trybie konkurencyjnym, co tym samym wyklucza możliwość ograniczenia zasady swobody działalności gospodarczej, poza ogólne ramy ustalone przepisami ustawy Pzp.

Ponadto, w procesie wykładni prawa należy brać pod uwagę nie tylko orzecznictwo wydane w oparciu o aktualny stan prawny, ale również wcześniejsze, w szczególności w sytuacji kiedy treść art. 71 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych powołanej w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2003 r., V CK 474/02, jest analogiczna w stosunku do obecnie obowiązującego art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp. Zaprzepaszczenie dorobku orzeczniczego sądów w aspekcie zamówień publicznych należy ocenić negatywnie w świetle stabilności porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Zaznaczenia wymaga fakt, iż Sąd Najwyższy ww. wyroku wskazuje cele procedury udzielania zamówień publicznych tj. zagwarantowanie równego traktowania wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyeliminowanie zjawisk o charakterze korupcyjnym i w konsekwencji ochrona rynku, który powinien być zorganizowany przy zachowaniu zasady równości wszystkich uczestniczących w nim podmiotów. Przyjęcie zaprezentowanej przez zamawiającego interpretacji ustawy Pzp w zakresie udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp nie daje się pogodzić z utartą linią orzecniczą, w szczególności w kontekście wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 14 października 2005 r. III SA/Wa 2091/05, w którym stwierdzono, „że praktyka udzielania podobnych zamówień z wolnej ręki, tj. na nabycie koncepcji programowo-przestrzennej i dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego mogłaby doprowadzić do omijania wymogów Pzp przez jednostki tego sektora, które zawierałyby umowy

## Sygn. akt V SA/Wa 102/12

wstępne na niewielką wartość tylko po to, aby powołując się na ochronę praw wyłącznych, dokonywać później swobodnego wydatkowania środków znacznej wartości z pominięciem wymogów tej ustawy". Zgodnie z zaprezentowanym wyżej stanowiskiem uznać należy, iż możliwość stosowania nadużyć przy wydatkowaniu środków publicznych ma swoje źródło w nieuwzględnieniu usługi nadzoru w zamówieniu na dokumentację projektową, które to nadużycia mogą zostać „zrealizowane” przy wykonywaniu zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego, bowiem zamawiający powierzając w trybie niekonkurencyjnym tj. zamówienie z wolnej ręki realizację tej usługi tylko jednemu wykonawcy, może „manipulować” przy zakresie świadczonych usług a tym samym przy wysokości wynagrodzenia.

Jak wynika z informacji przedstawionych przez Zamawiającego, szacunkowa wartość zamówienia na „pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją zadań inwestycyjnych w ramach projektu POIiŚ 7.1 -41 „Modernizacja linii kolejowej E 65/C-E 65 na odcinku Warszawa - Gdynia - obszar LCS Działdowo” ustalona została na kwotę 2.499.000,00 zł (tj. 650.951,00 euro).

Stosownie do art. 200 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, zamawiający, który udziela zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki stosowania poszczególnych trybów udzielenia zamówienia, podlega karze pieniężnej. Wysokość kary pieniężnej, o której mowa w art. 200 ustawy Pzp, ustala się - w myśl art. 201 ust. 1 tej ustawy - w zależności od wartości zamówienia. Zgodnie z art. 201 ust. 2 pkt 2 ustawy, jeżeli wartość zamówienia jest równa kwocie lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, a jest mniejsza niż 10.000.000 euro dla dostaw lub usług oraz 20.000.000 euro dla robót budowlanych - kara pieniężna wynosi 30.000 zł.

Powyższe oznacza, że istnieje podstawa do wymierzenia kary pieniężnej w wysokości 30.000 zł ponieważ wartość zamówienia, którego przedmiotem były usługi przenosiła równowartość 206.000 euro. Po uwzględnieniu § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. Nr 224, poz. 1796), zgodnie z którym średni kurs złotego w stosunku do euro stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych wynosi 3,839 zł, w wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia wynosiła - jak wskazano powyżej - 2.499.000,00 zł, co odpowiada kwocie 650.951 euro. A zatem, w niniejszej sprawie znajduje zastosowanie art. 201 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, czego skutkiem jest nałożenie

## **Sygn. akt V SA/Wa 102/12**

na zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. administracyjnej kary pieniężnej w wysokości 30.000 zł.

Prezes UZP wskazał, że nie jest organem podatkowym w rozumieniu art. 13 ustawy Ordynacja podatkowa. Środki z kar pieniężnych, o których mowa w art. 201 ust. 2 ustawy Pzp, stanowią - zgodnie z art. 203 ust. 1 tej ustawy - dochód budżetu państwa. Oznacza to, że do owych kar znajdują odpowiednie zastosowanie przepisy działu III ustawy Ordynacji podatkowej, w tym - art. 47 § 1 tej ustawy, a co za tym idzie - iż termin płatności takiej kary wynosi 14 dni od dnia doręczenia ukaranemu decyzji ustalającej jej wysokość.

W skardze do Wojewódzkiego sądu Administracyjnego w Warszawie strona wniosła o uchylenie w całości zaskarżonej decyzji oraz uchylenie w całości poprzedzającej ją decyzji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 30 czerwca 2011 r., nr KP/20/11.

Zaskarżonej decyzji skarżąca zarzuciła naruszenie przepisów prawa materialnego poprzez błędną wykładnię art. 199 Pzp na skutek nietrafnego przyjęcia, że wyłączenie stosowania przepisów Działu VII Pzp nie znajduje zastosowania do zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp jeżeli jednocześnie spełniają przesłanki wymienione w art. 3 ust. 1 Pzp. Wskazała, że wbrew ustaleniom organu zakresy podmiotowe art. 3 ust. 1 pkt 4 oraz pkt 5 nie wykluczają się, lecz częściowo się pokrywają. W konsekwencji nie każdy podmiot wymieniony w art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp może być podmiotem wymienionym w pkt 4 (mogą nimi być również np. stowarzyszenia lub fundacje), ale każdy podmiot wymieniony w art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp udzielający zamówień opisanych w lit. a-c art. 3 ust. 1 pkt 5 jest zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5, a tym samym zamawiającym, o którym mowa w art. 199 Pzp.

W odpowiedzi na skargę Prezes UZP wniósł o jej oddalenie, podtrzymując argumentację zawartą w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji.

### **Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie zważył, co następuje:**

Na wstępie Sąd wyjaśnia, iż uprawnienia wojewódzkich sądów administracyjnych, określone przepisami m.in. art. 1 § 1 i § 2 ustawy z 25 lipca 2002 r. Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz. U. Nr 153, poz. 1269) oraz art. 3 § 1 ustawy z 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. Nr 153, poz. 1270 ze zm.), dalej p.p.s.a., sprowadzają się do kontroli działalności administracji Publicznej pod względem jej zgodności z prawem.

## Sygn. akt V SA/Wa 102/12

W tym zakresie mieści się ocena, czy zaskarżona decyzja odpowiada prawu i czy postępowanie prowadzące do jej wydania nie jest obciążone wadami uzasadniającymi uchylenie rozstrzygnięcia.

Aby wyeliminować z obrotu prawnego akt wydany przez organ administracyjny konieczne jest stwierdzenie, że doszło w nim do naruszenia bądź przepisu prawa materialnego w stopniu mającym wpływ na wynik sprawy, bądź przepisu postępowania w stopniu mogącym mieć istotny wpływ na rozstrzygnięcie, albo też przepisu prawa dającego podstawę do wznowienia postępowania (art. 145 § 1 pkt 1 lit. a-c p.p.s.a.), a także, gdy decyzja lub postanowienie organu dotknięte jest wadą nieważności (art. 145 § 1 pkt 2 p.p.s.a.).

Rozważając w tym kontekście zarzuty skargi stwierdzić należy, iż są one niezasadne, a skarga nie zasługuje na uwzględnienie.

Rozpoznając niniejszą sprawę Sąd w całości podtrzymuje stanowisko przedstawione w zaskarżonej decyzji z dnia 4 listopada 2011 r. wyrażone przez organ. Jest ono oparte na analizie całości zebranego w toku sprawy materiału dowodowego oraz stanu prawnego obowiązującego w dacie wydania zaskarżonej decyzji, której wyniki znalazły należyte odzwierciedlenie w jej uzasadnieniu.

Istotnym w sprawie było stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale z dnia 10 grudnia 2009 r., III CZP 110/09, w którym w/w orzekł, iż *„w ramach dyrektyw preferencji metod wykładni na czoło wysuwa się powszechnie akceptowana w orzecznictwie i w piśmiennictwie zasada pierwszeństwa wykładni językowej i subsydiarności wykładni systemowej i funkcjonalnej. Zasada pierwszeństwa wykładni językowej, choć nie ustala absolutnego porządku preferencji, to jednak dopuszcza odstępstwa od wyniku jej zastosowania tylko wówczas, gdy wynik ten prowadzi albo do absurdu, albo do rażąco niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji. Nie zawsze więc zachodzi konieczność posłużenia się kolejno wszystkimi rodzajami wykładni; nie ma w szczególności potrzeby sięgania po dyrektywy celowościowe wówczas, gdy już po zastosowaniu dyrektyw językowych albo językowych i systemowych uda się uzyskać właściwy wynik wykładni. Jak ujął to Sąd Najwyższy w uchwale Składu Siedmiu Sędziów z dnia 1 marca 2007 r. (sygn. akt III CZP 94/06, OSNC 2007/7-8/95), odstępstwo od jasnego i oczywistego sensu przepisu wyznaczonego jego jednoznacznym brzmieniem mogą uzasadniać tylko szczególnie istotne i doniosłe racje prawne, społeczne, ekonomiczne lub moralne; jeśli takie racje nie zachodzą, należy oprzeć się na wykładni językowej.”*

Uwzględniając ww. stanowisko Sądu Najwyższego nie można podzielić dokumentacji Skarżącej co do treści art. 199 ustawy Pzp, a tym samym wykładni oraz wzajemnych relacji



## Sygn. akt V SA/Wa 102/12

przepisów z art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.) oraz przepisu z art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Przepis art. 3 ust. 1 ustawy Pzp zawiera siedem niezależnych od siebie kategorii zamawiających, w tym również kategorię z art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Celem tak zredagowanego art. 3 ust. 1 było zapewnienie kompletnego oraz spójnego systemu zamówień publicznych, w którym wydatkowanie środków publicznych odbywać się będzie w sposób przejrzysty i transparentny, przy jednoczesnym zachowaniu zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Stąd też art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi odrębną, niezależną, w szczególności od art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp podstawę kwalifikacji zamawiających.

Celowościowo wykładnia prawa pozwala wnioskować, iż art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odnosił się będzie tylko i wyłącznie do tych zamawiających, którzy nie przynależą do żadnej z pozostałych kategorii zamawiających określonych art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Jeżeli bowiem dany podmiot spełniałby przesłanki zarówno z art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz z art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wówczas interpretacja przepisów ustawy Pzp wskazana przez stronę Skarżącą skutkowałaby de facto umożliwieniem zamawiającemu dokonywania uznaniowego wyboru podstawy swojej kwalifikacji, co niewątpliwie prowadziłoby do nieuzasadnionego ograniczenia stosowania przepisów, w tym przepisów działu VII ustawy Pzp. Jeżeli zatem zamawiający sektorowy tj. zamawiający kwalifikowany z art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp udziela zamówienia, którego przedmiot spełnia jednocześnie wszystkie przesłanki z art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, podmiot ten nadal działa jako zamawiający kwalifikowany z art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zatem, nie można zgodzić się ze stanowiskiem Skarżącego, zgodnie z którym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w zaskarżonej decyzji w sposób pośredni uznał, iż zamówienie na „pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją zadań inwestycyjnych w ramach projektu POLiŚ 7.1-41 „Modernizacja linii kolejowej E 65/C-E 65 na odcinku Warszawa – Gdynia – obszar LCS Działdowo”” zostało udzielone przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. działającą jako zamawiający kwalifikowany z art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (pkt 5 i 6 uzasadnienia skargi).

Jednocześnie, należy podkreślić iż argumentacja Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyrażona w zaskarżonej decyzji nie pozostaje w sprzeczności ze stanowiskiem przedstawionym w przywołanej przez Skarżącą Opinii Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej wyjaśnienia treści art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych w kontekście budowy elektrowni wiatrowej. Przedmiotowa opinia odnosi się do interpretacji jedynie samego przepisu art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, nie zaś do wzajemnych relacji pomiędzy ww. przepisem a art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp tj. do sytuacji kiedy jeden przedmiot spełnia zarazem warunki art. 3 ust. 1 pkt 4 i 5 ustawy Pzp. Relacje te zostały wyjaśnione w Opinii

## Sygn. akt V SA/Wa 102/12

Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej definicji zamówień sektorowych w kontekście budowy elektrowni wiatrowej zamieszczonej na tym samym portalu internetowym co przywołana przez stronę Skarżącą opinia dot. wyjaśnienia treści art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W opinii definiującej zamówienia sektorowe w kontekście budowy elektrowni wiatrowej czytamy *„należy zwrócić uwagę na istnienie korelacji pomiędzy zamówieniem sektorowym a art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, która wynika z zastrzeżenia zastosowanego w art. 132 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią art. 132 ust. 1 ustawy Pzp wskazani w tym przepisie zamawiający udzielając zamówienia sektorowego, stosują przepisy szczególne zawarte w rozdziale ustawy poświęconym zamówieniom sektorowym, z zastrzeżeniem art. 3 ust. 1 pkt 5 i 63 ustawy Pzp. Sens normatywny tego zastrzeżenia sprowadza się do tego, iż nawet wówczas, gdy zamówienie ma charakter zamówienia sektorowego, a zachodzą okoliczności określone w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający sektorowi zobowiązani są do stosowania przy udzielaniu takiego zamówienia przepisów ogólnych, a nie przepisów uregulowanych w rozdziale 5 działu III ustawy.”* Przywołany wyżej fragment opinii Urzędu Zamówień Publicznych pozostaje w zgodzie z poglądem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyrażonym w zaskarżonej decyzji, o treści *„zamawiający nadal działa jako zamawiający sektorowy tj. zamawiający definiowany art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp, ale udzielając zamówienia na przedmiot wchodzący w zakres prowadzonej przez niego działalności sektorowej (szeroko pojęty transport kolejowy), ma on obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp z pominięciem rozdziału dotyczącego zamówień sektorowych (art. 132 ust. 1 w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp).”*

Co do możliwości powoływania się na prawo Unii Europejskiej przy wykładni art. 199 ustawy Pzp, Skarżąca trafnie podniosła, iż problematyka określona działem VII ustawy Pzp (art. 199 – 203 ustawy Pzp) nie jest regulowana prawem wspólnotowym. W kontekście niniejszej sprawy jednakże, powyższa teza nie jest równoważna z brakiem możliwości odwoływania się do prawa Unii Europejskiej, w szczególności do utrwalonego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej). Art. 199 ustawy Pzp odwołuje się w swojej treści do art. 3 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy Pzp, a tym samym do regulacji o podstawowym znaczeniu dla systemu zamówień publicznych tj. przepisu pozwalającego na prawidłową kwalifikację zamawiających. Nie ulega wątpliwości, iż zasadnym i niezbędnym jest odwoływanie się do prawa wspólnotowego przy interpretacji tych przepisów prawa krajowego, których treść nie poddaje się wykładni językowej.

Należy zatem stwierdzić, iż spółka PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. podlega w odniesieniu do postępowania na „pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją zadań inwestycyjnych w ramach projektu POLiŚ 7.1 0 41 „Modernizacja linii kolejowej E 65/C-E 65 na odcinku Warszawa – Gdynia – obszar LCS Działdowo”” klasyfikacji jako zamawiający

## Sygn. akt V SA/Wa 102/12

sektorowy zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający zaklasyfikowany jako zamawiający sektorowy, w odniesieniu do zamówienia sektorowego stosuje ustawę Pzp zgodnie z zasadami określonymi w rozdziale 5 tej ustawy. Zgodnie z art. 132 ust. 1 ustawy Pzp do udzielania zamówień sektorowych nie mają zastosowania przepisy rozdziału 5 ustawy Pzp, jeżeli zamówienie sektorowe udzielane jest na warunkach określonych art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Z uwagi na ochronę przyznaną prawidłowości wydatkowania środków publicznych w okolicznościach opisanych tym przepisem, zamawiający stosuje ustawę Pzp na zasadach ogólnych. Procedura udzielania zamówienia nie wpływa jednak na status podmiotu zamawiającego jako zamawiającego sektorowego.

Konkludując Sąd stwierdza, że zaskarżona decyzja jest prawidłowa. Zarówno argumentacja skargi, jak i analiza akt sprawy nie ujawniła bowiem wad tego rodzaju, które mogłyby mieć wpływ na podjęte rozstrzygnięcie.

Z tych względów i na podstawie art. 151 p.p.s.a. Sąd orzekł jak w sentencji wyroku



**Na oryginale właściwe podpisy**

**Za zgodność z oryginałem**

Anna Wisniewska

specjalista