

WYROK
z dnia 17 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: DHV Polska Sp. z o.o., BPBK S.A., 02 – 672 Warszawa, Ul. Domaniewska 41** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, 65 – 950 Zielona Góra, ul. Bohaterów Westerplatte 31**

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: DHV Polska Sp. z o.o., BPBK S.A., 02 – 672 Warszawa, Ul. Domaniewska 41, i:**
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: DHV Polska Sp. z o.o., BPBK S.A., 02 – 672 Warszawa, Ul. Domaniewska 41** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: DHV Polska Sp. z o.o., BPBK S.A., 02 – 672 Warszawa, Ul. Domaniewska 41** na rzecz **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, 65 – 950 Zielona Góra, ul. Bohaterów Westerplatte 31** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „sprawowanie nadzoru autorskiego nad projektem POLIŚ: budowa drogi ekspresowej s-3 Gorzów Wielkopolski - Nowa Sól, podzadanie od Gorzowa Wielkopolskiego do węzła „Międzyrzecz Północ” w km od 0+(-)500 do 37+146”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 lipca 2011 r. pod numerem 2011/S 141-234417 i w tym samym dniu na stronie internetowej zamawiającego: www.gddkia.gov.pl została zamieszczona specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

Nie zgadzając się z postanowieniami ogłoszenia i SIWZ Odwołujący – Konsorcjum firm :DHV Polska Sp. z o.o.(lider konsorcjum), Domaniewska 41, 02-672 Warszawa i BPBK SA w Gdańsku, ul. J. Uphagena 27, 80-237 Gdańsk wniósł w dniu 4.08.2011r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 29 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję (ust. 2) oraz w sposób, który nie uwzględnił wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1),
2. naruszenie art. 22 ust. 1 i 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niepostawienie niezbędnego dla potrzeb realizacji zamówienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego oraz potencjału ekonomicznego w treści wynikającej z żądania i uzasadnienia określonego poniżej,
3. naruszenie prawa Odwołującego do realizacji przez Zamawiającego zobowiązania wynikającego z zawartej i ważnej umowy 02/4/2004 z 12.01.2004 polegającego na tym, że „nadzór autorski pełnić będzie jednostka projektowa opracowująca projekt budowlany i wykonawczy”, co narusza art. 76 ust. 1 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych, którą stosuje się w sprawach w/w umowy,
4. naruszenie ustawy Prawo budowlane i ustawy o finansach publicznych.

Jednocześnie wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. zmiany i uzupełnienia SIWZ w taki sposób, aby znalazły się w niej istotne dla potrzeb sporządzenia oferty informacje:

a. o tym, kto jest projektantem w rozumieniu ustawy Prawo budowlane (z imienia i nazwiska) dokumentacji projektowej dla odcinka drogi: Budowa Drogi Ekspresowej S-3 Gorzów Wielkopolski - Nowa Sól, podzadanie od Gorzowa Wielkopolskiego do Węzła Międzyrzecz Północ,

b. o braku zgody poszczególnych Projektantów na pełnienie funkcji właściwych nadzorowi autorskiemu przez osoby trzecie, jak i podania informacji o statusie współpracy pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami dokumentacji projektowej (Odwołującym),

c. określenia zakresu odpowiedzialności (projektowej, cywilnej, innej) wykonawcy nadzoru autorskiego z tytułu realizacji nadzoru autorskiego w przypadku gdy będzie on wykonywany przez wykonawcę niebędącego autorem dokumentacji projektowej, zważywszy na to, że przyjęcie przez Zamawiającego możliwości prowadzenia nadzoru autorskiego przez podmiot inny niż autor utworu jest sytuacją nietypową i ocena prawna odpowiedzialności wszystkich uczestników tego procesu (Projektanta, Zamawiającego, wykonawcy nadzoru autorskiego) jest niejasna,

- a powyższe kwestie mają bezpośredni wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp).

2. zmiany warunków podmiotowych udziału w postępowaniu w taki sposób, aby:

a. uwzględnić konieczność dysponowania przez wykonawców ubiegających się o zamówienie osobami (projektantami), które projekt wykonały - lub przynajmniej kluczowymi osobami, tj. głównym projektantem oraz projektantami drogowymi i mostowymi. Zamawiający od 7 lat współpracuje z Odwołującym a więc osoby te są mu znane i danymi tych osób dysponuje. Wnosił zatem o to, aby wymagać od wykonawców biorących udział w postępowaniu dysponowania co najmniej następującymi kluczowymi dla realizacji przedmiotu zamówienia osobami: głównego projektanta, projektantów drogowych i mostowych oraz o wskazanie tych osób z ich imienia i nazwiska.

b. dodatkowo wnosił o postawienie warunku udziału w postępowaniu w postaci konieczności posiadania opłaconej polisy ubezpieczeniowej pokrywającej ryzyka odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywanej działalności projektowej w kwocie adekwatnej do zakresu projektowania, a więc o wysokości około 3,000,000 zł.- zgodnie z art. 22 ust. 1 i 4 ustawy Pzp.

3. alternatywnie w stosunku do pkt. 2 powyżej: nakazanie zmiany SIWZ w taki sposób, aby przedmiotem zamówienia było - dowolne przeprojektowywanie projektu drogi ekspresowej S-3 Gorzów Wielkopolski - Międzyrzecz i wykonywanie nadzoru autorskiego nad wykonanymi zmianami projektowymi - po uregulowaniu wszystkich kwestii majątkowych praw autorskich do dzieła projektowego lub

4. unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp z uwagi na nieusuwalne wady prawne wszczętego postępowania uniemożliwiający zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu poprzez naruszenie ww. przepisów ustawy Pzp i innych ustaw naruszenie interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia zrównując pozycję Odwołującego mającego zobowiązania w stosunku do osób uprawnionych prawnie-autorsko z pozycją innych potencjalnych wykonawców, którzy takich zobowiązań nie mają.

Dodatkowo wskazał, że Odwołujący jest podmiotem ponoszącym odpowiedzialność cywilną z tytułu wykonanej dokumentacji projektowej dot. ww. odcinka drogi S-3 i odpowiedzialność tę ubezpiecza, ponosząc tego koszty. Zrównanie Odwołującego z podmiotami, które nie muszą dysponować właściwym personelem, jak również z podmiotami, które nie muszą pokrywać jakichkolwiek składek ubezpieczeniowych z tytułu wykonanego projektu utrudnia lub wręcz uniemożliwia uczciwą konkurencję, a tym samym narusza interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia i stwarza sytuację ryzyka poniesienia szkody przez Odwołującego w wyniku ww. naruszeń.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że zawarł 12 stycznia 2004 roku umowę nr 02/4/2004 z Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze na wykonanie zamówienia publicznego pn. 'Opracowanie dokumentacji projektowej dla budowy drogi ekspresowej S-3 na odcinku od Gorzowa Wlkp. do „Węzła Międzyrzecz Północ” w km od 0+(-)500 do 37+146 (załącznik nr 1), w której strony ustaliły wynagrodzenie na 14 441 628 zł brutto.

Zgodnie z § 3 tejże umowy wynagrodzenie powyższe miało stanowić zapłatę za wykonanie i przeniesienie projektu jak i całości autorskich praw majątkowych.

Zwrócił uwagę, że opis przedmiotu zamówienia stanowiący integralną część umowy 02/4/2004 zawierał postanowienie, zgodnie z którym „Wykonawca opracowania przenosi na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe w całości automatycznie z chwilą wypłacenia wynagrodzenia przez Zamawiającego za opracowaną dokumentację”.

Odwołujący podniósł, że do dnia dzisiejszego strony nie rozliczyły umowy 02/4/2004, a do zafakturowania pozostało 736 693,85 zł netto.

W związku z powyższym – zdaniem Odwołującego - Zamawiający nie nabył jeszcze całości majątkowych praw autorskich do dzieła.

Ponadto zaznaczył, że zgodnie z treścią § 8 umowy 02/4/2004 „Projektant (autor projektu) przenosi na Zamawiającego całość autorskich praw majątkowych oraz własność utworu, w tym również do wykonania zależnego prawa autorskiego.

Wyraża zgodę na:

- dokonywanie w projekcie zmian wynikających z potrzeby zmiany rozwiązań projektowych, materiałów, ograniczenia wydatków, wprowadzenia zaleceń itd.

(...)

- udostępnienie projektu osobom trzecim w celu wykonania przez nie nadzoru nad wykonywaniem prac realizowanych na podstawie tego projektu”.

W ocenie Odwołującego powyższe postanowienie należy czytać łącznie z przytoczonymi wcześniej postanowieniami uzależniającymi przeniesienie w/w praw od zapłaty wynagrodzenia. Powyższa zgoda Projektanta jest zaś skuteczna – według Odwołującego - z chwilą wypłacenia wynagrodzenia przez Zamawiającego.

Odwołujący wyjaśnił, że „udostępnienie projektu osobom trzecim w celu wykonania przez nie nadzoru nad wykonaniem prac realizowanych na podstawie projektu” dotyczy nadzoru inwestorskiego nad wykonywaniem robót budowlanych na podstawie projektu, a nie nadzoru nad samym projektem czy nadzoru autorskiego.

W części dotyczącej zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 i 4 ustawy Pzp Odwołujący wnosił o to, żeby Zamawiający sformułował jako warunek udziału w postępowaniu:

- a) dysponowanie projektantami, którzy sporządzili projekt drogi ekspresowej S-3 Gorzów Wlkp. -Międzyrzecz (przynajmniej kluczowymi osobami: głównym projektantem i projektantami drogowymi i mostowymi).

- b) posiadanie opłaconej polisy ubezpieczeniowej pokrywającej ryzyka odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywanej działalności projektowej w kwocie adekwatnej do zakresu projektowania, a więc o wysokości około 3,000.000 zł.

Przekonywał, że opisany przez Zamawiającego sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie jest adekwatny do osiągnięcia celu, jakim jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Postawione warunki udziału w postępowaniu pozwalają na nieograniczony dostęp do zamówienia wykonawcom niezdolnym do jego realizacji w sposób legalny.

Postawienie adekwatnych warunków w zakresie potencjału kadrowego i ekonomicznego jest – zdaniem Odwołującego - niezbędne, gdyż tylko w ten sposób Zamawiający może zapewnić, aby sprawowanie nadzoru autorskiego faktycznie było nierozzerwalnie związane z byciem twórcą utworu.

Tylko w ten sposób – według Odwołującego - można zapewnić realizację przez projektantów utworu autorskiego obowiązków na nich ciążących na podstawie art. 20 ustawy Prawo budowlane, a w szczególności jego uprawnienia do „żądania wpisem do dziennika budowy wstrzymania robót budowlanych w razie (...) wykonywania ich niezgodnie z projektem”.

W swojej argumentacji odniósł się również do stanowiska KIO wyrażonego w wyroku z 7 czerwca 2011 (KIO 1103/11), że regulacja art. 44 ust. 1 pkt 3 Prawa budowlanego „wskazuje, przy niezmienności autora projektu, na dopuszczalność sprawowania nadzoru autorskiego także przez osobę nie będącą autorem projektu”. Odwołujący podzielił wyrażone wyżej stanowisko KIO i zwrócił jednak uwagę, że powyższe nie oznacza, że projektant (autor projektu) pozbawiony zostaje prawa do m.in. „żądania wpisem do dziennika budowy wstrzymania robót budowlanych w razie (...) wykonywania ich niezgodnie z projektem”.

Podkreślił, że regulacja z art. 44 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo budowlane wskazuje na dopuszczalność sprawowania nadzoru także przez osobę nie będącą autorem projektu, lecz nie wskazuje na możliwość jako takiej zmiany projektanta ex post.

Zdaniem Odwołującego zmiana autora projektu jest możliwa wyłącznie wtedy, kiedy Zamawiający powoła nowego projektanta do wykonania zmian w utworze projektowym, a nie „nadzór autorski” do wykonywania tych zmian. Nowy projektant może wykonać nowe opracowania, za które będzie odpowiadał. W takim przypadku na gruncie prawa budowlanego nowy projektant odpowiada za projekt a Projektant przestaje odpowiadać za projekt, który zastąpiono innym. W przypadku dokonywania zmian nowy projektant odpowiada za zmiany projektu w zakresie takim, w jakim miały one rzeczywisty wpływ na pierwotne rozwiązanie.

Odwołujący podkreślił, że prawo projektanta do kontroli realizacji budowy, m.in. poprzez możliwość jej wstrzymania, wynika przede wszystkim z odpowiedzialności projektanta za projekt inżynierski, a nie tylko z troski o walory artystyczne, estetyczne czy ogólnie biorąc „twórcze”.

Twierdził, że przeprojektowywanie projektów wykonanych przez Odwołującego wymaga nie ogłoszenia postępowania na sprawowanie nadzoru autorskiego, ale ogłoszenia postępowania na projektowanie / wykonywanie opracowań zamiennych do projektu budowlanego i sprawowanie nadzoru autorskiego nad tymi zmianami – w zakresie stworzonych

zmian. Przyznał, że Zamawiający ma do tego oczywiście prawo wypływające wprost z umowy po nabyciu całości majątkowych praw autorskich.

Wskazał na zakres obowiązków projektanta określonych w SIWZ i zwrócił uwagę na warunki udziału w postępowaniu określone w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ w zakresie potencjału kadrowego abstrahujące – jego zdaniem - od kwestii praw projektanta.

Powołał się także na zastrzeżenie projektantów przedmiotowego odcinka drogi ekspresowej S-3 dotyczące gotowości do prowadzenia nadzoru autorskiego. Odwołujący stanął na stanowisku, iż ze względu na stopień skomplikowania projektu to zespół współtwórców powinien prowadzić nadzór autorski jak również, ze względu na odpowiedzialność kontraktową przez jednostkę projektową Projektanta (Odwołującego).

Zwrócił uwagę, że ubezpiecza odpowiedzialność cywilną swoją, swoich pracowników i podwykonawców.

Poinformował, że na dzień złożenia odwołania projektanci nie wyrazili zgody na sprawowanie nadzoru autorskiego przez osoby trzecie.

Odwołujący podniósł również, iż uwzględnienie zarzutów dotyczących naruszenia art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 i 4 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp może wyrównać szanse wykonawców biorących udział w postępowaniu, a więc zapewnić by postępowanie realizowało zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Według jego oceny nadal jednak postępowanie będzie obarczone nieusuwalnymi wadami, które powinny doprowadzić do unieważnienia wszczętego postępowania.

Podniósł, iż Zamawiający narusza art. 18 ustawy Prawo budowlane poprzez zorganizowanie procesu budowy w sposób, który nie zapewnia wykonania i odbioru robót budowlanych, w związku z tym, że projektant, który wykonał projekt może wpisem do dziennika budowy na podstawie art. 21 Prawa budowlanego żądać wstrzymania robót budowlanych w przypadku wykonywania ich niezgodnie z projektem.

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie również art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych poprzez :

- dopuszczenie nadmiernego ryzyka sytuacji, w której wydatkowanie środków publicznych jest niezasadne, w związku z doбором nieodpowiednich środków do realizacji założonych celów,

- ignorowanie zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów poprzez dopuszczenie do sytuacji, w której działania 'nadzoru autorskiego' mogą być podważane przez projektantów drogi ekspresowej wpisem do dziennika budowy, co może powodować konieczność dodatkowego (odpłatnego) uzyskiwania zgód projektantów;
- dopuszczenie nadmiernego ryzyka nieterminowej realizacji zadania inwestycyjnego budowy drogi ekspresowej S3 Gorzów Wielkopolski - Międzyrzecz w związku z niezapewnieniem prawidłowej obsługi inwestycji przez projektantów którzy ją zaprojektowali;
- pomijanie faktu wcześniej zaciągniętych zobowiązań wobec Odwołującego.

Dodatkowo Odwołujący zauważył, że konstrukcja SIWZ dopuszcza sytuację, w której używa się projektu poszczególnych projektantów ze zmianami wprowadzonymi przez inne osoby bez wiedzy projektantów, którzy mają prawo sprzeciwić się odbiorowi robót jako niezgodnych z projektem.

Ponadto zwrócił uwagę, iż zapis wymieniony w § 8 umowy nr 02/4/2004 wymienionej powyżej w punkcie I odwołania należy również czytać łącznie z postanowieniem zawartym na str. 5 Instrukcji dla oferentów zawartej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na usługi projektowe, rozdział „Inne ustalenia: (...) b) Nadzór autorski pełnić będzie jednostka Projektowa opracowująca projekt budowlany i wykonawczy.”.

Odwołujący twierdził, że Projektant (Odwołujący) miał ukształtowane przekonanie przez Zamawiającego, że będzie pełnił nadzór autorski i że w przyszłości zostaną ustalone warunki finansowe takiego świadczenia. Między innymi pod tym warunkiem Odwołujący przystąpił do postępowania, w którego konsekwencji zawarł umowę nr 02/4/2004.

Zdaniem Odwołującego obecne postępowanie o udzielenie zamówienia na sprawowanie nadzoru autorskiego stanowi naruszenie art. 76 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych z 10 czerwca 1994 roku w stosunku do umowy nr 02/4/2004 na opracowanie dokumentacji projektowej (którą to ustawę, z uwagi na datę jej zawarcia, stosuje się do przedmiotowej umowy).

Wywodził, że dochodzi do zmiany postanowień umowy w taki sposób, że zmienia się treść SIWZ, na podstawie której Odwołujący złożył ofertę, a więc wprowadza się obecnie zmianę istotną z punktu widzenia treści oferty jaką Odwołujący złożył w postępowaniu na opracowanie dokumentacji projektowej. Projektant (Odwołujący) skalkulował cenę ofertową do umowy 02/4/2004 na podstawie złożonej w dotyczącym jej SIWZ deklaracji Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że miał prawo uznać i uznał, że część zysku pokrywającego ryzyka projektowania zrealizuje w ten sposób, że w konsekwencji zawarcia umowy 02/4/2004 jego

pracownicy i jego podwykonawcy będą generować przychód na etapie nadzoru autorskiego po zakończeniu projektowania.

Wskazywał, że nie zaszły żadne okoliczności, których nie można było przewidzieć pomiędzy momentem zawarcia umowy nr 02/4/2004 a chwilą obecną, które wymuszałyby zmianę zawartej umowy. Zmiana zatem nie tylko jest sprzeczna z art. 76 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych, ale również nie została wprowadzona za zgodą obu stron.

Odwołujący podniósł, że miał prawo założyć, że będzie wprowadzał „zmiany wynikające z potrzeby zmiany rozwiązań projektowych, materiałów, ograniczenia wydatków, wprowadzenia zaleceń itd.” w ramach nadzoru autorskiego i na to wyraził zgodę.

Ponadto, Projektant (Odwołujący) twierdził, że miał prawo, jako pracodawca w rozumieniu art. 12 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, zapewniać projektantów, którymi dysponował o tym, że będą oni uprawnieni do wykonywania nadzoru autorskiego nad swoim utworem.

Ostatecznie konkludował:

- niemożliwe jest jednoczesne wykonywanie nadzoru autorskiego przez osoby niezwiązane z dziełem projektowym i utrzymywanie, że projekt nadal jest autorstwa projektantów, którzy go wykonali wraz ze wszystkimi tego konsekwencjami.
- naruszona została zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) poprzez stworzenie sytuacji, w której Odwołujący zobowiązany do ochrony praw autorskich i ponoszący z tego tytułu dodatkowe koszty musi konkurować z podmiotami, które takich zobowiązań nie mają.
- naruszony został przepis art. 22 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, ponieważ do realizacji zamówienia dopuszcza się wykonawców którzy nie muszą dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia ani znajdować się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej,
- naruszony został przepis art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez to że SIWZ nie zawiera informacji mających wpływ na sporządzenie oferty a wpływających z wyżej przedstawianych kwestii związanych z ustawą o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz ustawą Prawo budowlane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony pism i wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Przedmiotem rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie jest kwestia oceny czy zaskarżona treść ogłoszenia i SIWZ są zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie zarzutów odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 i 4 oraz art. 29, ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.).

Zdaniem Izby zaskarżone ogłoszenie i SIWZ uwzględniają wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty w sposób nie mogący utrudniać uczciwej konkurencji.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że nieokreślenie w treści ogłoszenia i SIWZ danych projektanta dokumentacji projektowej nie stanowi o braku uwzględnienia przez Zamawiającego wszystkich wymagań i wystąpieniu okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tego rodzaju informacja, subiektywnie ze strony Odwołującego istotna, może być pozyskana przez wykonawcę na etapie sporządzania ofert(art.38 ust.1 ustawy Pzp) lub w aspekcie przepisów o dostępie do informacji publicznej. Zdaniem Izby zarówno ogłoszenie, jak i SIWZ nie stanowią nieograniczonego zbioru informacji, lecz muszą zawierać te elementy, które wynikają z przepisu art.36 ust.1 i 2 oraz art.41 ustawy Prawo zamówień publicznych. Analiza zarówno zawartości ogłoszenia, jak i SIWZ w sposób jednoznaczny wskazuje, iż regulacje te zawierają wszystkie wymagane prawem elementy.

Należy również zwrócić uwagę, że w myśl § 8 ust.1 załączonej do akt sprawy umowy nr 02/4/2004 o wykonanie projektu technicznego z dnia 12.01.2004r.zawartej pomiędzy Zamawiający i Konsorcjum projektant(autor projektu) przenosi na Zamawiającego całość autorskich praw majątkowych oraz własność utworu, w tym również do wykonania zależnego prawa autorskiego. Stosownie do § 8 ust.2 projektant(autor projektu) wyraził zgodę na dokonywanie w projekcie zmian wynikających z potrzeby zmiany rozwiązań projektowych, materiałów, ograniczenia wydatków, wprowadzenia zaleceń itd., utrwalenia projektu w postaci cyfrowej np. na nośniku (CD-R), zwielokrotnienia projektu poprzez odbitki ksero, udostępnienia projektu osobom trzecim w celu wykonania przez nie nadzoru nad wykonywaniem prac realizowanych na podstawie projektu.

Zdaniem Izby w ramach powyższego zobowiązania do udostępnienia projektu osobom trzecim w celu wykonywania przez nie nadzoru mieści się nadzór autorski, a nie nadzór nad wykonywaniem robót, bowiem ten wynika z samej ustawy.

Nadto bezspornym jest w rozpoznawanej sprawie, że Zamawiający dokonał zapłaty prawie całego wynagrodzenia z powyższego tytułu to jest kwoty 13 704 934,15 zł i dokonał odbiorów większości poszczególnych części dokumentacji projektowej.

Dokonanie zapłaty powyższej kwoty potwierdza – w ocenie Izby - uprawnienie Zamawiającego do wykonywania prawa udostępnienia projektu nowemu projektantowi do celów nadzoru autorskiego. Wniosek ten potwierdza również treść SIWZ z poprzednio prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z której wynika, że wykonawca opracowania przenosi na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe w całości automatycznie z chwilą wypłacenia wynagrodzenia przez Zamawiającego za opracowaną dokumentację. Przy czym w dalszej części tego dokumentu postanowiono, że w związku z powyższym Zamawiający może wykorzystywać przedmiotowy projekt w całości lub w dowolnych częściach w trakcie realizacji oraz statutowej działalności zarządcy drogi.

Na marginesie należy zaznaczyć, iż Izba nie jest organem ustawowo powołanym do rozstrzygania sporów cywilnoprawnych wynikłych na tle wykonywania umów, podmiotem właściwym w tej materii są sądy powszechne.

Nie są również trafne wywoływy Odwołującego dotyczące uprawnień projektanta na gruncie art.21 ustawy Prawo budowlane. Autorzy komentarza do tej ustawy(wyd.: C.H. Beck, wyd.2009r.) stoją na stanowisku, że „uprawnienia przewidziane w art.21 ustawy Prawo

budowlane przysługują projektantowi niezależnie od tego, czy został on zobowiązany do pełnienia nadzoru autorskiego. Jeżeli natomiast obok projektanta w rozumieniu art.17 pkt 3 Prawa budowlanego, który nie sprawuje nadzoru autorskiego, funkcjonuje projektant sprawujący nadzór nad zgodnością realizacji budowy z projektem (czyli „nadzór prac”), to należy przyjąć, iż uprawnienia te przysługują także temu projektantowi.

Zatem wszelkie rozważania Odwołującego na temat ograniczeń uprawnień projektanta są bezprzedmiotowe.

Z powyższych powodów wnioski o nakazanie umieszczenia informacji o braku zgody poszczególnych projektantów na pełnienie funkcji nadzoru autorskiego i informacji o statusie współpracy nie zasługują na uwzględnienie. Nie jest również zasadne obligatoryjne uwzględnienie w warunkach podmiotowych konieczności dysponowania osobami, które przygotowały dokumentację projektową, bowiem zachowanie Zamawiającego z góry ograniczałoby krąg potencjalnych wykonawców do Odwołującego, co pozostawałoby w kolizji z przepisem art.7 i art.29 ust.2 ustawy Pzp.

Izba stoi również na stanowisku, że opisany przez Zamawiającego sposób dokonywania oceny spełniania warunków podmiotowych pozostaje w związku z przedmiotem zamówienia i jest do niego proporcjonalny.

Uregulowania dotyczące warunków podmiotowych związanych z potencjałem kadrowym zostały szczegółowo zawarte w rozdziale III.2.3) ogłoszenia i w rozdziale 1 pkt 7 ppkt 3 lit.b SIWZ.

Wymagania opisane w powyższych postanowieniach precyzyjnie określają ilości osób, którymi będzie dysponował wykonawca wraz zakresem wymagań posiadanych uprawnień projektowych tych osób w danej branży budowlanej.

Również wniosek o ustanowienie w ogłoszeniu i SIWZ warunku posiadania polisy ubezpieczeniowej pokrywającej ryzyka odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywanej działalności projektowej nie jest uzasadniony, bowiem nie jest korzystny dla uczestników przetargu i z całą pewnością ograniczałby krąg potencjalnych wykonawców do firm o mocnej pozycji finansowej, eliminując tych mniej zasobnych finansowo, lecz dysponujących dostatecznym potencjałem intelektualnym.

Nie znalazł uznania Izby także wniosek Odwołującego o określenie zakresu odpowiedzialności wykonawcy nadzoru autorskiego, bowiem kwestie te zostały uregulowane

w § 6, § 7, § 8 projektu umowy załączonego do SIWZ. Relacje zaś pomiędzy wykonawcą a osobami trzecimi nie są związane węzłem obligacyjnym pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym.

Ostatecznie wobec wycofania na rozprawie wniosku o unieważnienie postępowania na podstawie art.93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp oraz zarzutu naruszenia art.76 ustawy o zamówieniach publicznych Izba nie dokonała rozstrzygnięcia w tym zakresie.

Nie podlegały także rozpoznaniu Izby zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów Prawa budowlanego i ustawy o finansach publicznych jako wykraczające poza dyspozycje przepisu art.180 ust.1 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....

