Sygn. akt: KIO 1988/19

WYROK

z dnia 22 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2019 r. przez wykonawcę ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o. o., ul. Osmańska 12, 02-823 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa, reprezentowane przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie Sp. z o.o., ul. Wilczy Dół 5, 02-798 Warszawa

przy udziale wykonawcy BIURO PROJEKTÓW "METROPROJEKT" Sp. z o.o., ul. Solińska 19B, 02-142 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o. o.,

ul. Osmańska 12, 02-823 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o. o., ul. Osmańska 12, 02-823 Warszawa

tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1988/19

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Wykonanie dokumentacji przedprojektowej oraz projektów budowlanych dla stacji A12 (Zadanie 1) oraz A16 (Zadanie 2) I linii metra w Warszawie wraz z rozbudową, i przebudową infrastruktury towarzyszącej", nr postępowania: WP.25.00123.2019.K.I.JAWO; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniem

opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21.05.2019 r. pod nr 2019/S 097- 234832 przez Miasto Stołeczne Warszawa, reprezentowane przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie Sp. z o.o., ul. Wilczy Dół 5, 02-798 Warszawa zwany dalej: „Zamawiającym".

W dniu 27.09.2019 r. (na platformie zakupowej:)
Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - BIURO PROJEKTÓW "METROPROJEKT" SP. z o.o., ul. Solińska 19B, 02-142 Warszawa zwana dalej: „BIURO PROJEKTÓW "METROPROJEKT SP. z o.o." albo „Metroprojekt Sp. z o.o." albo „Metroprojekt" albo „Wykonawcą" albo „Przystępującym". Drugą pozycje w rankingu złożonych oferta zajęła ofert firmy: ILF CONSULTING ENGINEERS POLSKA Sp. z o.o., ul. Osmańska 12, 02-823 Warszawa zwana dalej: „ILF CONSULTING ENGINEERS POLSKA Sp. z o.o."albo „Odwołującym".

W dniu 07.10.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ILF CONSULTING ENGINEERS POLSKA Sp. z o.o. wniosło odwołanie na czynność z 27.09.2019 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał 07.10.2019 r. (e-mailem). Odnośnie:

1. Zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Metroprojekt Sp. z o.o. z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ", pomimo że wykonawca oświadczył, że będzie realizował zamówienie niezgodnie z treścią SIWZ;

2. Uznania, że Metroprojekt, spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania projektantem w specjalności inżynieryjnej kolejowej i zaniechaniu wezwania tego Wykonawcy do uzupełnienia wykazu osób w zakresie pozycji nr 3 odnoszącej się do P. A. O. celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 9.1.3.iit. b) pkt 3 lit. b SIWZ;

3. Dokonania oceny oferty Metroprojekt w sposób niezgodny z treścią SIWZ w postępowaniu i nieprawidłowym przyznaniu punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie projektantów" w zakresie osób wskazanych w wykazie osób złożonym przez

Metroprojekt na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i w celu przyznania punktów w ramach pozacenowego kryterium „Doświadczenie projektantów" w odniesieniu do osób ujętych w poz. nr 3 i 4 ww. wykazu, tj. P. A. O. i P. M. D. poprzez przyznanie wykonawcy Metroprojekt 12 (słownie: dwunastu) punktów za doświadczenie P. A. O. i 12 (słownie: dwunastu) punktów za doświadczenie P. M. D., pomimo faktu, że żadna z ww. osób nie legitymowała się opisanym w ww. kryterium doświadczeniem i tym samym Metroprojekt nie powinien uzyskać żadnych punktów w ramach kryterium za doświadczenie ww. osób;

4. Dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Metroprojekt, podczas gdy oferta ww. Wykonawcy, powinna zostać sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert,

a tym samym nie jest ofertą najkorzystniejszą. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z pkt 4.5. SIWZ i 4.21. wzoru umowy

stanowiącego załącznik do SIWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Metroprojekt, pomimo że Wykonawca ten oświadczył w ofercie wprost, że będzie realizował zamówienie niezgodnie z treścią SIWZ;

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez uznanie, że Metroprojekt spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania projektantem w specjalności inżynieryjnej kolejowej i zaniechanie wezwania do uzupełnienia Wykazu osób złożonego wraz z ofertą przez Metroprojekt w odniesieniu do P. A. O., pomimo faktu, że P. A. O. nie legitymuje się doświadczeniem określonym w pkt 9.1.3. lit. b) pkt 3 lit. b SIWZ, bowiem nie jest autorem ani współautorem żadnego z projektów budowlanych stacji metra wskazanych w wykazie osób przy jego nazwisku, co doprowadziło do naruszenia

zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału osobowego;

3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako

najkorzystniejszej oferty Metroprojekt na skutek nieprawidłowej i nieuprawnionej czynności Zamawiającego polegającej na przyznaniu punktów ofercie Metroprojekt w ramach kryterium

pozacenowego pn. „Doświadczenie projektantów" za doświadczenie:

o P. A. O. w zakresie wszystkich pozycji (stacji) wskazanych w wykazie osób (12 pkt);
o P. Z. D. - w zakresie pozycji odnoszących się do stacji C6 i C8 (12 pkt),
w sytuacji, gdy ani P. A. O., ani P. Z. D. nie byli ani autorami, ani współautorami projektów budowlanych w zakresie wskazanych wyżej podlegających punktowaniu pozycji doświadczenia ujętych w wykazie osób, a jedynie pełnili funkcje osób sprawdzających ww. projekty budowlane stacji metra. Odwołujący wnosił o:

1. Uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. Nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Metroprojekt z uwagi na niezgodność z SIWZ. Na wypadek nieuwzględnienia żądania wskazanego w pkt 2 powyżej:

3. Nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert i wezwania do uzupełnienia wykazu osób Wykonawcy Metroprojekt w odniesieniu do pozycji dotyczącej Pana A. O. wskazanego na stanowisko projektanta w specjalności inżynieryjnej kolejowej;

4. Nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert i ponownej oceny doświadczenia osób wskazanych w Wykazie osób złożonym przez Wykonawcę Metroprojekt i odstąpienia od przyznania punktów w ramach kryterium „Doświadczenie projektantów" w odniesieniu do doświadczenia wskazanego dla Pana A. O. i Pana Z. D., a w konsekwencji przyznanie Wykonawcy Metroprojekt za wskazane w wykazie:

- doświadczenie Pana A. O. 0 (słownie: zero) punktów i za doświadczenie Pana Z. D. 0 (słownie: zero) punktów, co skutkować powinno ostatecznie przyjęciem, że Wykonawca Metroprojekt uzyskał 36 punktów w ramach kryterium „Doświadczenie personelu". Ponadto Odwołujący wnosił o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z rachunkiem przedłożonym na rozprawie.

Wymogi SIWZ w zakresie obowiązku zatrudniania na umowę o pracę osób przy

wykonywaniu zamówienia. Zgodnie z pkt 4.21. wzoru umowy w postępowaniu:

4.21 Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2018 r. poz. 917 z późn. zm.) - przez Wykonawcę lub Podwykonawcę - wszystkich osób fizycznych wykonujących czynności kierowania kontraktem oraz obsługi administracyjnej w trakcie realizacji Przedmiotu Zamówienia, z wyłączeniem osób wykonujących samodzielne funkcje w budownictwie w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2018 r. poz. 1202 z późn. zm.). /Dowód: wzór umowy stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ, str. 14 - w dokumentacji postępowania/.

W toku postępowania Zamawiający udzielał odpowiedzi na pytania odnoszące się do ww. zapisu i wymogu w zakresie zatrudnienia osób realizujących przedmiot umowy na umowę o pracę: Pytanie nr 26. Pkt 4.21 Wzoru Umowy - Wykonawca wnosi o wyjaśnienie przez Zamawiającego, kogo rozumienie przez „osoby wykonujące czynności kierowania kontraktem oraz obsługi administracyjnej" oraz o potwierdzenie czy jeżeli osoba wykonująca ww. czynności jest jednocześnie osobą wykonującą samodzielne funkcje techniczne w budownictwie to Zamawiający nie wymaga zatrudnienia takiej osoby na podstawie umowy o pracę. Wykonawca wnosi również o potwierdzenie, że w przypadku gdy osoba wykonująca ww. czynności jest osobą wykonującą samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, ale nie wykonuje samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w ramach realizacji Umowy, to Zamawiający również nie wymaga zatrudnienia takiej osoby na podstawie umowy o pracę. Odpowiedź 26: Zamawiający pod pojęciem osoby wykonujące czynności kierowania kontraktem " rozumie osobę o której mowa w pkt 1.1.10 Wzoru Umowy. „Osoba wykonująca czynności obsługi administracyjnej" to osoba zatrudniona przez Wykonawcę do obsługi biurowej przy realizacji Przedmiotu Umowy.

W odpowiedzi na drugą część pytania Zamawiający dokonał modyfikacji treści pkt 4.5 SIWZ i 4.21 Wzoru Umowy. Zgodnie z pkt 1.1.10 wzoru umowy: „1.1.10 Kierownik Zespołu Projektowego" - osoba upoważniona przez Wykonawcę do nadzorowania wykonania

Przedmiotu Umowy, w tym także do występowania w imieniu Zespołu Projektowego wobec Kierownika Kontraktu Zamawiającego KZ. Kierownik Zespołu Projektowego wykonuje swoje obowiązki przy pomocy i we współpracy z zespołem projektantów opracowującym projekty budowlane;". Zgodnie z zapowiedzią ujętą w odpowiedzi na ww. pytanie Wykonawcy, Zamawiający dokonał zmiany treści pkt 4.5. SIWZ pismem z 21.06.2019 r. (str. 32-33 pisma).

Wedle pierwotnego brzmienia pkt 4.5 SIWZ: „4.5 Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. 2018, poz. 917 - tekst jednolity), przez Wykonawcę lub Podwykonawcę, osób wykonujących czynności kierowania kontraktem i obsługi administracyjnej w trakcie realizacji Przedmiotu Zamówienia, z wyłączeniem osób wykonujących samodzielne funkcje w budownictwie w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Oz. U. 2018, poz. 1202 - tekst jednolity)."

Zgodnie z modyfikacją pkt 4.5. SIWZ dokonaną w dniu 21.06.2019 r. Zamawiający nadał ww. zapisowi następujące brzmienie: „Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. 2018, poz. 917 — tekst jednolity), przez Wykonawcę lub Podwykonawcę, osób wykonujących czynności kierowania kontraktem i obsługi administracyjnej w trakcie realizacji Przedmiotu Zamówienia".

Wedle modyfikacji SIWZ z 21.06.2019 r. analogiczne brzmienie ma pkt 4.21. wzoru umowy: 5. Pkt 4.21 otrzymuje brzmienie: „Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2018 r. poz. 917 z późn. zm.) - przez Wykonawcę lub Podwykonawcę - wszystkich osób fizycznych wykonujących czynności kierowania kontraktem i obsługi administracyjnej w trakcie realizacji Przedmiotu Zamówienia" /Dowód: pismo nr 2 Zamawiającego z dnia 21 czerwca 2019 r. - w dokumentacji Postępowania (s. 11, s. 26 i str. 32 i 33 pisma)./

Z powyższego wynika więc jasna intencja Zamawiającego - Zamawiający wymagał zatrudnienia na umowę o pracę:

a) Kierownika Zespołu Projektowego (realizującego zadania, zgodnie z definicją zawartą w pkt 1.1.10. Wzoru umowy), niezależnie od tego, czy będzie on osobą posiadającą uprawnienia budowlane i wykonującą samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane, a także

b) osób wykonujących czynności obsługi administracyjnej, tj. osób zatrudnionych przez wykonawcę do biurowej obsługi przy realizacji przedmiotu Umowy.

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 26 doprecyzował jak należy rozumieć pojęcia ujęte w pkt 4.5. SIWZ i 4.21 wzoru Umowy i dokonał modyfikacji pkt 4.5. SIWZ poprzez usunięcie zwrotu „z wyłączeniem osób wykonujących samodzielne funkcje w budownictwie w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane". Tym samym Zamawiający wymagał w SIWZ, by wszystkie osoby wykonujące opisane w pkt 4.5. SIWZ i 4.21. wzoru Umowy czynności, były zatrudnione przez Wykonawcę na umowę o pracę.

By uzyskać potwierdzenie realizacji zamówienia zgodnie z ww. zapisami SIWZ Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia w przedmiotowym zakresie w treści Formularza ofertowego - w pkt 4 części pn. „Kryteria". W treści Formularza ofertowego każdy Wykonawca zobowiązany był złożyć oświadczenie:

Lp.	Nazwa	Waga	Jednostka	Wartość
1.	Kryterium Ceny	40.00	PLN	Suma pozycji netto; 5 987 000.00 suma pozycji brutto: 7 364 010,00
2.	Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia 1 Jego załącznikami, w tym Projektem Umowy, I akceptujemy Ich treść oraz wykonamy całość Przedmiotu Zamówienia, zgodnie z warunkami określonymi w Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia I jej załącznikach.			Tak
3.	Akceptujemy warunki płatności określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia I załącznikach.			Tak
4.	Oświadczamy, że wszystkie osoby, które będą wykonywały czynności kierowania kontraktem i obsługi administracyjnej w trakcie realizacji Przedmiotu Zamówienia zostaną przez nas, lub naszych Podwykonawców. zatrudnione na umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. — Kodeks pracy (Dz. U. z 974 nr 24 poz. 141 ze zm.).			Nie
e.	Oświadczamy, że Jesteśmy związania niniejszą ofertą przez okres 60 oni od upływu terminu składania ofert.			Tak
6.	Oświadczam, że wypełniłem obowiązki Informacyjne przewidziane w			Tak

/Dowód: Formularz ofertowy wykonawcy Metroprojekt (Załącznik nr 16)/

Jak wynika z powyższego, pomimo wymogu SIWZ, Metroprojekt nie oświadczył, że wszystkie osoby, które będą wykonywały czynności kierowania kontraktem i obsługi administracyjnej w trakcie realizacji Przedmiotu Zamówienia zostaną przez Metroprojekt, lub Podwykonawców Metroprojekt, zatrudnione na umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy, ale złożył wprost oświadczenie, że będzie wykonywał przedmiot zamówienia niezgodnie z wymogami SIWZ.

Wymogi SIWZ w postępowaniu w zakresie warunków udziału i kryteriów oceny ofert.

Wymogi SIWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do potencjału osobowego. „9.1.3. (...)

b) Dysponuje tub będzie dysponował osobami, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia: (...)

3. Projektantem w specjalności inżynieryjnej kolejowej, który łącznie:

a. posiada uprawnienia budowlane (a więc uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie wydane na podstawie ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz. U. 2018, poz. 1202 z późn. zm.) oraz Rozporządzenia Ministra infrastruktury i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2019 poz. 832 z późn. zm.)), pozwalające na realizację przedmiotowego zamówienia na terenie Polski, do projektowania bez ograniczeń w specjalności kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych lub odpowiadające im równoważne (t.j. uprawnienia w zakresie odpowiadającym zakresowi tej specjalności uzyskane przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz. U. 2018, poz. 1202 z późn. zm.)) i posiada wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, zgodnie z ustawą z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (Dz. U. z 2019 r. poz. 1117 z późn. zm.), potwierdzony aktualnym zaświadczeniem wydanym przez tę izbę; (...)

b. W ciągu ostatnich pięciu lat (przed upływem terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu) był autorem lub współautorem projektu/ projektów budowlanych (PB) w zakresie niezbędnym do uzyskania pozwolenia na budowę wraz z uzyskaniem decyzji o Dozwoleniu na budowę dla co najmniej jednej stacji podziemnej metra (o kubaturze nie mniejszej niż 35 tys. m3, z wyposażeniem jej w instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe niezbędne do funkcjonowania stacji metra.

4. Projektantem w specjalności inżynieryjnej drogowej, który łącznie:

a. posiada uprawnienia budowlane (ci więc uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie wydane na podstawie ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz. U. 2018, poz. 1202 z późn. zm.) oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2019 poz.832 z późn. zm.)), pozwalające na realizację przedmiotowego zamówienia na terenie Polski, do

projektowania bez ograniczeń w specjalności drogowej tub odpowiadające im równoważne (t.j. uprawnienia w zakresie odpowiadającym zakresowi tej specjalności uzyskane przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz. U. 2018, poz.

1202 z późn. zm.)) i posiada wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, zgodnie z ustawą z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (Dz. U. z 2019 r. poz. 1117 z późn. zm.), potwierdzony aktualnym zaświadczeniem wydanym przez tę izbę; (...)

b. w ciągu ostatnich pięciu lat (przed upływem terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu) był autorem lub współautorem projektu/ projektów budowlanych (PB) w zakresie niezbędnym do uzyskania pozwolenia na budowy wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowy dla co najmniej jednej stacji podziemnej metra (o kubaturze nie mniejszej niż 35 tys. m3, z wyposażeniem jej w instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe niezbędne do funkcjonowania stacji metra. (...)"

Wymogi SIWZ w zakresie kryterium pozacenowego „Doświadczenie projektantów"

Wedle pkt 22.4 SIWZ w brzmieniu nadanym mu modyfikacją SIWZ z dnia 26 czerwca 2019 r.: „W Kryterium nr 2: Doświadczenie projektantów (waga 60%) Maksymalna liczba punktów, jaką może zdobyć Wykonawca - 60 pkt Ocena punktowa oferty w tym kryterium zostanie przeprowadzona w następujący sposób: Liczba punktów uzyskanych w kryterium będzie przyznawana za doświadczenie projektantów

Wykonawcy określonych w punkcie 9.1.3., którzy w ciągu ostatnich pięciu lat (przed upływem terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu) byli autorami lub współautorami projektu/projektów budowlanych (PB) w zakresie niezbędnym do uzyskania pozwolenia na budowę wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę dla stacji podziemnej metra o kubaturze nie mniejszej niż 35 tys. m3 każda, z wyposażeniem jej w instalacje, urządzenia i systemy całodniowe niezbędne do funkcjonowania stacji metra, zgodnie z poniższą tabelą:

Liczba projektów spełniających wymogi określone przez Zamawiającego	Liczba punktów
1	0 pkt
2	6 pkt
3 lub więcej	12 pkt

Doświadczenie każdego z projektantów określonych w punkcie 9.1.2. SIWZ będzie oceniane osobno zgodnie z powyższą tabelą.

W przypadku gdy Wykonawca wskaże w wykazie więcej niż jednego projektanta w danej specjalności do oceny punktowej Zamawiający weźmie po uwagę jedynie doświadczenie projektanta wymienionego jako pierwszego. Wykonawca nie może korzystać z zasobu innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, w celu uzyskania punktów w Kryterium Dodatkowe doświadczenie projektantów."

/Dowód: pismo nr 2 Zamawiającego z dnia 21 czerwca 2019 r. - w dokumentacji postępowania (s. 38-39)./.

Jednocześnie zgodnie z punktem 15.3. SIWZ: „15.3. Zawartość oferty;

15.3.1 Wypełniony za pośrednictwem Platformy zakupowej Formularz Oferty.

15.3.2 Harmonogram Rzeczowo-Finansowy załącznik do Specyfikacji Technicznej (w formatach pdf, .doc, .docx, .rtf, .xis, .xisx lub .ods) opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, złożony zgodnie z wymaganiami pkt 15.2.3 SIWZ;

15.3.3 Oświadczenie Wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia, o którym mowa w art. 25a ust 1 ustawy Pzp, w formie JEDZ;

15.3.4 Wykaz osób[1], które zostaną skierowane do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ - osoby wskazane w wykazie będą brały udział w realizacji zamówienia. Wykonawca będzie mógł dokonać zmiany osób pod warunkiem, iż nowa osoba będzie posiadała co najmniej taką sama wiedze i doświadczenie co osoba wymieniana. Każdorazowa wymiana osoby wymaga akceptacji Zamawiającego,"

Wedle przypisu nr 1 do pkt 15.3.4.: „Wykaz osób składany jest przez Wykonawcę wraz z ofertą, ponieważ stanowi podstawę do przyznania punktów w Kryterium „Doświadczenie projektantów". W przypadku gdy konieczne będzie uzupełnienie wykazu osób (np. ze względu na jego niezałączenie do oferty lub niezgodność z SIWZ), Zamawiający wezwie Wykonawcę do uzupełnienia wykazu TYLKO W ZAKRESIE SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU i PRZYZNA OFERCIE O PUNKTÓW W KRYTERIUM „DOŚWIADCZENIE PROJEKTANTÓW".

/Dowód: treść SIWZ - w dokumentacji postępowania (str. 13)/

Z powyższych zapisów SIWZ wynika więc, że wykonawca w ramach kryteriów oceny ofert mógł uzyskać za doświadczenie każdego wskazanego w wykazie projektanta maksymalnie 12 (słownie: dwanaście) punktów (łącznie 60 pkt za doświadczenie pięciu projektantów) w sytuacji, gdy wykonawca wskazał w wykazie - oprócz doświadczenia potwierdzającego spełnienie warunku, co najmniej dwie dodatkowe pozycje referencyjnego doświadczenia. Zamawiający jasno przesądził, że w przypadku, gdy uzna, że Wykonawca nie spełnia warunku w odniesieniu do któregokolwiek z wymaganych projektantów, dokona wezwania do uzupełnienia jedynie w zakresie warunku udziału w postępowaniu (na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) i w takiej sytuacji przyzna „0" punktów w ramach kryterium odnoszącego się do tego projektanta. Takie działanie Zamawiającego jest zresztą jak najbardziej prawidłowe, gdyż niedopuszczalną praktyką byłaby możliwość modyfikowania, czy uzupełnienia po otwarciu ofert wykazu osób, czy pozycji w ww. wykazie punktowanych w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert. Prowadziłoby to bowiem do sytuacji, w której po otwarciu ofert, wykonawcy mogliby manipulować liczbą punktów uzyskanych w ramach pozacenowego kryterium, znając już konkretną liczbę punktów uzyskanych przez konkurentów.

Zamawiający w zmienionym w dniu 21 czerwca 2019 r. postanowieniu pkt 4.5 SIWZ i 4.21. wzoru umowy jasno sformułował wymaganie odnoszące się do sposobu realizacji zamówienia, wskazując, że wymaga, by osoby wykonujące czynności kierowania kontraktem i obsługi administracyjnej w trakcie realizacji Przedmiotu Zamówienia były zatrudnione na umowę o pracę. Zamawiający nie wprowadził przy tym w ww. zapisie ograniczenia poprzez wskazanie liczby osób, które świadczyć miały te czynności w oparciu o umowę o pracę, ujmując po prostu w przedmiotowych postanowieniach SIWZ i wzoru umowy obowiązek, by wszystkie osoby wykonujące czynności kierowania kontraktem i obsługi administracyjnej, były zatrudnione na umowę o pracę. Z powyższych względów Zamawiający ujął w Formularzu ofertowym odrębny punkt odnoszący się do tego zagadnienia, w którym wykonawca miał oświadczyć, czy przy realizacji zamówienia będzie spełniał przedmiotowy wymóg. Przedmiotowe wymaganie ma niezwykle istotne znaczenie, ponieważ każdy wykonawca w cenie swojej oferty powinien ująć koszty zatrudnienia na umowę o pracę osób wykonujących czynności kierowania kontraktem i obsługi administracyjnej w trakcie realizacji zamówienia. Odwołujący złożył ujęte w części pn. Kryteria w pkt. 4 oświadczenie o realizacji umowy zgodnie z wymogami SIWZ i skalkulował w cenie swojej oferty zatrudnienie na umowę o pracę wszystkich osób realizujących ww. funkcje.

Z kolei Metroprojekt w sposób wyraźny złożył oświadczenie, że nie będzie realizował zamówienia w sposób wymagany treścią SIWZ, co mogło skutkować nieujęciem ww. kosztów w cenie i uzyskaniem nieuzasadnionej przewagi konkurencyjnej nad Odwołującym, którego oferta odpowiadała w 100% treści SIWZ. Treść złożonego przez Metroprojekt oświadczenia jest wprost sprzeczna z pkt 4.5. SIWZ i 4.21. wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ, bowiem wykonawca oświadczył w Formularzu ofertowym, że nie będzie zatrudniał wszystkich osób wykonujących czynności, do realizacji których Zamawiający wymagał zatrudnienia na umowę o pracę. Przedmiotowe oświadczenie złożone w ofercie przez Wykonawcę Metroprojekt jest ewidentnie sprzeczne z ww. postanowieniami SIWZ i zdaniem Odwołującego powinno stanowić bezwzględną podstawę do odrzucenia oferty Metroprojekt na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Tym samym oferta Wykonawcy Metroprojekt powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ.

Literalne brzmienie przytoczonych postanowień SIWZ jasno wskazuje, że Wykonawca mógł w wykazie osób przedkładanym na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie potencjału osobowego, a także w celu przyznania punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie projektantów", wskazać tylko i wyłącznie osoby, które:

- posiadały określone w SIWZ uprawnienia i jednocześnie

- były autorami lub współautorami projektu/projektów budowlanych (PB) w zakresie niezbędnym do uzyskania pozwolenia na budowę wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę dla co najmniej jednej stacji podziemnej metra (o kubaturze nie mniejszej niż 35 tys. m3), z wyposażeniem jej w instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe niezbędne do funkcjonowania stacji metra.

W wykazie osób przedłożonym wraz z ofertą przez Wykonawcę Metroprojekt w odniesieniu do P. A. O. (poz. nr 3 Wykazu) i P. Z D. (poz. Nr 4 Wykazu) Wykonawca Metroprojekt wskazał, że osoby te były każdorazowo „współautorami" projektów budowlanych przyporządkowanych w wykazie do każdej z ww. osób. /Dowód: wykaz osób

złożony wraz z ofertą przez Wykonawcę Metroprojekt (Załącznik nr 15)/.

Odwołujący wskazał, że z informacji powszechnie dostępnych, które ILF pozyskał w drodze prawem dopuszczonej wynika, że:

- P. A. O. nie był współautorem żadnego z projektów budowlanych ujętych w wykazie przy jego nazwisku, a jedynie osobą sprawdzającą ww. projekty; /Dowód: •kopia pierwszych 3 stron projektu budowlanego pierwszego etapu realizacji odcinka zachodniego II linii metra w Warszawie dot. stacji C08, nr archiwalny: MB-L2-C08-4764 będącego załącznikiem do Decyzji nr 335/11/2016 z dnia 20.09.2016 o pozwolenie na budowę, znak: WMI-

7840.9.6.2016.MP (Załącznik nr 5); kopia trzech pierwszych stron decyzji Wojewody Mazowieckiego nr 335/11/2016 z dnia 20.09.2016 r., znak; WI-II- 7840.9.6.2016. MP, dot. stacji C08 (Załącznik nr 6); • kopia pierwszych 3 stron projektu budowlanego pierwszego etapu realizacji odcinka zachodniego II linii metra w Warszawie dot. stacji 07, nr archiwalny: MB-L2-C07-4755), stanowiącego załącznik do Decyzji Wojewody Mazowieckiego nr 328/11/2016 z dnia 19.09.2016 r., znak: WI-II.7840.9.5.2016 (Załącznik nr 7); kopia pierwszych trzech stron Decyzji Wojewody Mazowieckiego nr 328/11/2016 z dnia 19.09.2016 r. znak: WI-II- 7840.9.5.2016.AK dot. stacji nr C07(Załącznik nr 8); • kopia pierwszych trzech stron projektu budowlanego pierwszego etapu realizacji odcinka zachodniego II linii metra w Warszawie (numer archiwalny: MB-L2-C06-4746) będącego załącznikiem do Decyzji nr 335/11/2016 r. z dnia 16.09.2016 r., znak: WI 1.7840.9.4.2016.KZ (MP), dot. stacji nr C06 (Załącznik nr 9); kopia pierwszych trzech stron decyzji Wojewody Mazowieckiego nr 172/11/2017 znak: WI-II.7840.9.4.2016.KZ (MP) dot. stacji 06 (Załącznik nr 10):-kopia pierwszych trzech (3) stron projektu budowlanego drugiego etapu realizacji odcinka zachodniego II linii metra w Warszawie dotyczącego stacji C5 (nr archiwalny: MB-L2-C05-486C) (Załącznik nr 11); kopie pierwszych trzech stron decyzji Wojewody Mazowieckiego nr 520/11/2018 znak: WI-II-7840.9.12.2019.MP dot. stacji C5 (Załącznik nr 12); • kopia pierwszych trzech stron projektu budowlanego drugiego etapu realizacji odcinka zachodniego II linii metra w Warszawie (numer archiwalny: MB-L2-C04-4893) w zakresie stacji C4 z torami odstawczymi (Zał. Nr 13); kopia pierwszych trzech stron decyzji Wojewody Mazowieckiego nr 542/11/2018 z dnia 15.10.2018 r. (znak: WI-1.7840,9.10.2018.MP w zakresie stacji C4 z torami odstawczymi (Załącznik nr 14);/.

- P. Z. D. nie był współautorem projektów budowlanych w zakresie stacji metra C6 i C8 wskazanych w wykazie przy jego nazwisku, natomiast był sprawdzającym ww. projekty;

/Dowód: • kopia pierwszych trzech stron projektu budowlanego pierwszego etapu realizacji odcinka zachodniego II linii metra w Warszawie (numer archiwalny: MB-L2-C06-4746) będącego załącznikiem do Decyzji nr 335/11/2016 r. z dnia 16.09.2016 r., znak: WI-

1.7840.9.4.2016.KZ (MP), dot. stacji nr C06 (Załącznik nr 9); kopia pierwszych trzech stron decyzji Wojewody Mazowieckiego nr 172/11/2017 znak: WI-1.7840.9.4.2016.KZ (MP) dot. stacji 06 (Załącznik nr 10); • kopia pierwszych 3 stron projektu budowlanego pierwszego etapu realizacji odcinka zachodniego II linii metra w Warszawie dot. stacji C08, nr archiwalny: MB-L2-C08-4764 będącego załącznikiem do Decyzji nr 335/11/2016 z dnia 20.09.2016 r. o pozwolenie na budowę, znak: WI-II-7840.9.6.2016.MP (Załącznik nr 5); kopia trzech pierwszych stron decyzji Wojewody Mazowieckiego nr 335/11/2016 z dnia 20.09.2016 r.,

znak: WI-II- 7840.9.6.2016. MP, dot. stacji C08 (Załącznik nr 6);/

Z ww. dowodów wynika wprost, że P. J. O. i P. Z. D. pełnili jedynie funkcje osób sprawdzających projekty budowlane branżowe (odpowiednio w branży kolejowej i drogowej) autorstwa innych projektantów wskazanych w projektach (obaj panowie zostali wskazani na stronach tytułowych jako „sprawdzający", nie zaś jako projektanci). Co więcej, w żadnej z decyzji o pozwoleniu na budowę zatwierdzającej projekty budowlane, w którym pełnili funkcję osoby sprawdzającej projekt, P. J. O., ani P. Z D. nie zostali nawet wskazani. W ocenie Odwołującego sprawdzający nie może być w żadnym razie uznany za autora, czy też współautora projektu/projektów budowlanych (PB) w zakresie niezbędnym do uzyskania pozwolenia na budowę wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę dla co najmniej jednej stacji podziemnej metra (o kubaturze nie mniejszej niż 35 tys. m3), z wyposażeniem jej w instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe niezbędne do funkcjonowania stacji metra.

Co prawda w świetle prawa wymagania dotyczące posiadania uprawnień dla projektanta i sprawdzającego są podobne (sprawdzający, podobnie jak projektant, musi

posiadać uprawnienia budowlane bez ograniczeń), to jednak ustawa Prawo budowlane wyraźnie odróżnia kto jest autorem projektu budowlanego, kto zaś sprawdzającym i jakie są zadania i funkcje autora/współautora projektu budowlanego i sprawdzającego.

W art. 12 ust 1 ustawy Prawo budowlane wskazuje się, że: „1. Za samodzielną funkcję techniczną w budownictwie uważa się działalność związaną (...) a w szczególności działalność obejmującą: 1) projektowanie, sprawdzanie projektów architektoniczno-budowlanych i sprawowanie nadzoru autorskiego;". Wedle zaś art. 20 ust 2 i 4 ustawy Prawo budowlane: „2. Projektant ma obowiązek zapewnić sprawdzenie projektu architektoniczno-budowlanego pod względem zgodności z przepisami, w tym techniczno-budowlanymi, przez osobę posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w odpowiedniej specjalności. (...) 4. Projektant, a także sprawdzający, o którym mowa w ust. 2, do projektu budowlanego dołącza oświadczenie o sporządzeniu projektu budowlanego, zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej."

Z ww. przepisów i zasad logiki wynika, że projektant i sprawdzający w danym projekcie to różne osoby, pełniące kompletnie odmienne funkcje i brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że sprawdzający jest autorem, czy współautorem projektu projektów budowlanych (PB) w zakresie niezbędnym do uzyskania pozwolenia na budowę wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę. To projektant, który przeprowadził cały proces

projektowania jest autorem projektu budowlanego, zaś rolą osoby sprawdzającej jest jedynie sprawdzenie/weryfikacja przygotowanego uprzednio przez projektanta projektu budowlanego pod względem zgodności z przepisami, w tym techniczno-budowlanymi - zgodnie z art. 20

ust. 4 ustawy Prawo budowlane. Tym samym, osoba sprawdzająca ocenia jedynie gotowy projekt budowlany autorstwa innego projektanta. Brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że poprzez weryfikację gotowego projektu autorstwa innego projektanta osoba sprawdzająca uzyskuje status współautora projektu w zakresie niezbędnym do uzyskania pozwolenia na budowę wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę stacji metra.

Potwierdzenie powyższego znaleźć można w stanowiskach przedstawicieli doktryny i w orzecznictwie, dla przykładu:

- w artykule pt. „Sprawdzanie projektów i opracowań projektowych" autorstwa dr inż. Aleksandra Krupy z izby Budownictwa wskazano, że: „Projektant jest zobowiązany do zapewnienia sprawdzenia wykonanych przez siebie opracowań projektowych. Sprawdzenie to powinien wykonać inny projektant posiadający uprawnienia do projektowania bez ograniczeń, najlepiej jeżeli osoba ta jest niezależna od projektanta-autora" (Inżynier Budownictwa, miesięcznik, nr 10 z 2007 r., s. 30);

- w artykule pt. „Uwarunkowania pracy projektanta (cz. I)" autorstwa Jerzego Heliodora

Orłowskiego podkreślono, że: „Z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia, wyjątkowo projektant będzie równocześnie jednoosobową jednostką projektowania, której jakość projektu oceni inny projektant (sprawdzający) z uprawnieniami bez ograniczeń w specjalności zgodnej z projektem, będący osobą fizyczną" (Buduj z głową, nr 3 z 2009);

- w artykule autorstwa dr inż. Aleksandra Krupy pt. „Sprawdzanie opracowań projektowych" wskazano: „Czynności sprawdzenia powinna wykonać osoba inna niż ta, która opracowywała projekt, dysponująca uprawnieniami bez ograniczeń w danej specjalności, Z powyższego wynika, że w ofercie i w umowie należy przewidywać odpowiedni czas i koszty na wykonanie tych czynności. Często się o tym zapomina. Ponadto, zdaniem autora, sprawdzanie projektów przez drugą osobę to czynność, której wykonaniem powinien być zainteresowany projektant Wykrycie ewentualnych nieprawidłowości lub błędów i ich usunięcie, przed skierowaniem projektu na budowę, kosztuje stosunkowo niewiele. Ewentualne wykrycie tych błędów w trakcie budowy lub eksploatacji może kosztować projektanta znacznie więcej w aspekcie finansowym oraz utratą dobrego imienia i reputacji na rynku. (...) Zauważyć również należy, że według aktualnych przepisów wymóg sprawdzenia rozwiązań projektowych dotyczy tylko projektu architektoniczno-budowlanego, i to tylko na etapie projektu budowlanego. Formalnie nie ma wymagania zapewnienia sprawdzenia projektu zagospodarowania działki lub terenu. Ustawodawca zeznał, że sprawdzenie prawidłowości tego projektu przeprowadza organ przed wydaniem decyzji o pozwoleniu na budowę w zakresie określonym w art. 35 ust 1 ustawy - Prawo budowlane. Zdaniem autora wykonawca projektu zagospodarowania działki lub terenu z inicjatywy własnej, w ramach ochrony swojego interesu, powinien zapewnić wykonanie sprawdzenia przez drugiego projektanta także rozwiązań zawartych w tym projekcie - przed skierowaniem wniosku o pozwolenie na budowę. (...) W organizacji sprawdzania istotne jest, aby było ono rzeczywiście wykonywane. Powinna to wykonywać osoba niezależna finansowo i organizacyjnie od projektanta, spełniająca ustawowe wymagania kwalifikacyjne." (artykuł dostępny na stronie:

opracowań projektowych ,4534);

- w wyroku NSA z dnia 29.01.2014 r. (II OSK 2062/12) NSA stanął na stanowisku, że: „Z dokumentacji wynika, że autorem projektu w zakresie architektury jest F.K., zaś w zakresie konstrukcji T.K. Tymczasem niekwestionowane w sprawie jest, że żaden z ww. projektantów nie posiadał uprawnień architektonicznych do zaprojektowania budynku objętego przedmiotową decyzją Starosty Pleszewskiego o zatwierdzeniu projektu budowlanego i pozwoleniu na budowę. Okoliczności tej skarga kasacyjna nie kwestionuje, zatem Naczelny Sąd Administracyjny nie ma podstaw do badania prawidłowości ustaleń w tym zakresie, przyjmując je za miarodajne w sprawie. Natomiast za osobę sporządzającą projekt nie może zostać uznany, jak chce tego skarżący, K.R., ponieważ nie był on osobą sporządzającą projekt. Jego udział w projekcie sprowadził się do sprawdzenia projektu architektoniczno-budowlanego pod względem zgodności z przepisami, w tym techniczno-budowlanymi, co znalazło swój wyraz v\> dokumentacji projektu, a co stanowiło zadośćuczynienie przepisom prawa - art. 20 ust ź ustawy Prawo budowlane. Czym innym jest bowiem sporządzenie projektu, a czym innym jego sprawdzenie pod względem zgodności z przepisami. W związku z powyższym rację ma Sąd pierwszej instancji twierdząc, że projekt budynku objętego decyzją Starosty Pieszewskiego w zakresie architektury sporządziła osoba nie posiadająca uprawnień do projektowania budynków wielorodzinnych o kubaturze powyżej 1,000 m3”;

- w wyroku WSA w W-wie z dnia 13.01.2011 r. (VII SA/Wa 1847/10) WSA w W-wie wskazał,

że: „W ocenie Komisji Kwalifikacyjnej, analiza przedłożonych dokumentów nie daje podstaw do uznania, że praktyka zawodowa S. J. spełnia wymóg wynikający z przepisu art. 14 ust. 4 Prawo budowlane, ponieważ odbycie praktyki przez wyżej wymienionego zostało potwierdzone przez inż. H. K., który z racji pełnionej funkcji nie uczestniczył bezpośrednio w procesie projektowania (nie sporządzał projektu). Nie mógł w związku z tym pełnić bezpośredniego kierownictwa nad pracami projektowymi wykonywanymi przez S. J. Organ I instancji wskazał, że jego stanowisko jest zgodne z orzecznictwem sądowym. Zgodnie z nim sprawdzający, wykonując swoje obowiązki, nie pełni bezpośredniego kierownictwa nad pracami projektowymi, a jedynie sprawdza projekt budowlany sporządzony przez projektanta, podobnie jak inspektor nadzoru na budowie nie uczestniczy bezpośrednio w realizacji robót budowlanych, a jedynie sprawdza wykonane roboty budowlane. Praktyka odbyta poo jego kierownictwem nie może być uznana za spełniającą wymagania art. 14 ust. 4 Prawa budowlanego. Jednocześnie Komisja Kwalifikacyjna [...j Okręgowej izby Inżynierów Budownictwa postanowiła uznać praktykę S. J. odbytą na budowie w okresie od 15 grudnia 2008 r. do 3 stycznia 2010 r. w wymiarze 12,5 miesiąca. (...) Zgodnie z tym przepisem, warunkiem zaliczenia praktyki projektowej jest bezpośredni udział w pracach projektowych pod kierownictwem osoby posiadającej odpowiednie uprawnienia budowlane. Dokonując wykładni językowej ww. przepisu, organ odwoławczy stwierdził, że nadzór osoby kierującej praktyką ma dotyczyć etapu sporządzania projektu. Chodzi, więc tu przede wszystkim o etap tworzenia projektu, o kierowanie procesem projektowania w zakresie, o jakim mowa w art. 20 Prawa budowlanego. Sprawdzanie projektu pod względem zastosowanych rozwiązań technicznych nie dotyczy samego procesu projektowania. Związane jest natomiast z ocena gotowego projektu lub jego poszczególnych części. Nadzór na tym etapem nie dotyczy zatem sporządzenia projektu. H. K., jako osoba sprawdzająca lub konsultant nie spełnia tego warunku, nie kierował on bowiem praktyka "przy sporządzaniu projektu" przez stronę, tak jak tego wymaga art. 14 ust. 4 Prawa budowlanego. Ponadto, posiłkując się wykładnią funkcjonalną i systemową, organ II instancji wskazał, że praktyka projektowa, podobnie jak każda praktyka zawodowa, ma na celu przyuczenie do wykonywania określonego zawodu, w tym zaś przypadku do zawodu projektanta. Aby cel ten mógł być spełniony, praktyka powinna być częścią konkretnego i realnego procesu budowlanego, co oznacza, że projekty sporządzane w tracie praktyki powinny być sporządzane dla potrzeb uzyskania konkretnego zezwolenia budowlanego i konkretnej inwestycji (robót budowlanych). (...) Dokonując wykładni systemowej art. 14 ust. 4 ustawy Prawo budowlane, należy przede wszystkim odwołać się do art. 20 tej ustawy. W myśl art. 20 ust. 2, projektant ma obowiązek zapewnić sprawdzenie projektu architektoniczno- budowlanego pod względem zgodności z przepisami', w tym techniczno-budowlanymi, przez osobę posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w odpowiedniej specjalności lub rzeczoznawcę budowlanego. Sprawdzający projekt i konsultant w ogóle nie są uczestnikami procesu budowlanego. W ŚWIETLE ART. 20 UST. 2 PROJEKTANT I SPRAWDZAJĄCY TO DWIE ODRĘBNE OSOBY, ŁĄCZENIE TYCH DWÓCH FUNKCJI JEST NIEMOŻLIWE. Oczywiście projektant, czyli osoba sporządzająca dany projekt budowlany, może być jednocześnie sprawdzającym, ale czynności sprawdzające muszą dotyczyć projektu opracowanego przez innego projektanta. SPRAWDZAJĄCY NIE MOŻE BRAĆ BEZPOŚREDNIEGO UDZIAŁU W PRACACH PROJEKTOWYCH, GDYŻ TAKIE POSTĘPOWANIE KŁÓCI SIĘ Z RATIO LEGIS ART. 20 UST. 2. Celem tego przepisu jest zapewnienie obiektywnej oceny projektu, co ma zwiększyć bezpieczeństwo procesów budo wlanych. Zadania sprawdzającego sprowadzają się do chłodnej weryfikacji "cudzej" pracy, do obiektywnego spojrzenia na efekty pracy osoby trzeciej. Gdy sprawdzający uczestniczy w projektowaniu traci siłą rzeczy dystans do projektu,

weryfikuje, bowiem własna pracę. {...) Sprawdzanie projektu pod względem zastosowanych rozwiązań technicznych nie dotyczy samego procesu projektowania. Związane jest natomiast z ocena gotowego projektu lub /ego poszczególnych części".

Również w orzecznictwie KIO w sprawach z zakresu zamówień publicznych prezentowane jest stanowisko, wedle którego nie można utożsamiać doświadczenia autora projektu z doświadczeniem osoby sprawdzającej ten projekt: „Zamawiający wymagał wykazania, że osoba, którą wykonawca dysponuje, pełniła funkcję projektanta, a więc zarówno posiadała uprawnienia do projektowania, jak i faktycznie wykonywała czynności projektanta. Zatem powinna być to osoba projektanta (bo tak stanowi treść ogłoszenia), nie zaś osoba sprawdzającego, który posiadając uprawnienia do projektowania, faktycznie nie zajmuje się projektowaniem. a jedynie sprawdzaniem projektu wykonanego przez inna osobę. W treści ogłoszenia Zamawiający oddzielnie wymagał wykazania uprawnień projektanta, oddzielne zaś wymaganie Zamawiający postawił względem posiadanego doświadczenia. Takie sformułowanie oznacza, że nie jest wystarczające dysponowanie przez wykonawców osobą jedynie posiadającą uprawnienia projektanta, gdyż osoba posiadająca takie uprawnienia może występować w różnym charakterze w toku procesu budowlanego. Dodatkowym wymogiem postawionym przez Zamawiającego było posiadanie przez tę samą osobę odpowiedniego doświadczenia i doświadczenie to miało być związane z projektowaniem. Tylko osoba łącznie spełniająca oba te wymogi (wymóg posiadania uprawnień i wymóg posiadania odpowiedniego doświadczenia), mogła zostać uznana za spełniającą wymogi, jakie Zamawiający postawił w ogłoszeniu o zamówieniu. Oznacza to, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie może zostać uznana za spełniającą wymogi Zamawiającego osoba, która posiadając wykształcenie i uprawnienia projektanta, pełniła funkcję sprawdzającego - nawet jeżeli osoba taka była członkiem zespołu projektowego. Zamawiający wymagał bowiem, aby osoba ta dysponowała doświadczeniem w zakresie faktycznego projektowania, a nie jedynie sprawdzania projektów wykonanych przez inną osobę. Funkcja sprawdzającego nie mieści się bowiem w wymaganiach postawionych w ogłoszeniu o zamówieniu" (wyrok KIO z 23.10.2014 r., sygn. akt KIO 2080/14); „W oparciu o okoliczności faktyczne ustalone na podstawie przedłożonych dokumentów Izba uznała, iż nie było dopuszczalnym dokonanie pozytywnej weryfikacji doświadczenia wskazanej osoby określonej w projekcie, jako sprawdzającego dokumentację projektową. W tym zakresie stanowisko Izby jest zgodne z argumentacją Zamawiającego prezentowaną w toku rozprawy. W ocenie składu funkcja projektanta branży konstrukcyjno- budowlanej oraz sprawdzającego, jako opisana odrębnie w przepisach prawa budowlanego nie mogą być traktowane na równi i zamiennie. Odmienne są zadania przy sprawdzaniu dokumentacji od czynności projektanta. Skoro w opisie sposobu oceny spełnienia warunku zamawiający posłużył się zdefiniowanym pojęciem, niebudzącym wątpliwości co do ustalenia zakresu czynności związanych z pełnieniem danej funkcji, łamiącym ustalone zasady byłoby przyjęcie, jako spełniające warunek doświadczenie w wykonywaniu innego rodzaju czynności, niż przypisane projektantowi w danej branży" (wyrok KIO z 20.10.2014 r, sygn. akt: KIO 2056/14);

Zwrócił również uwagę, na brzmienie § 3 rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego wedle którego: „1. W projekcie budowlanym należy na stronie tytułowej zamieścić: 1) nazwę, adres obiektu budowlanego i numery ewidencyjne działek, na których

obiekt jest usytuowany;

2) imię i nazwisko lub nazwę inwestora oraz jego adres:

3) nazwę i adres jednostki projektowania;

4) imiona i nazwiska projektantów opracowujących wszystkie części projektu budowlanego, wraz z określeniem zakresu ich opracowania, specjalności i numeru posiadanych uprawnień budowlanych, oraz datę opracowania i podpisy:

5) spis zawartości projektu budowlanego wraz z wykazem załączonych do projektu

wymaganych przepisami szczególnymi uzgodnień, pozwoleń lub opinii, także specjalistycznych, oraz stosownie do potrzeb, oświadczeń właściwych jednostek organizacyjnych, o których mowa w art. 34 ust 3 pkt 3.

2. Jeżeli projekt architektoniczno-budowlany podlega sprawdzeniu, na stronie (stronach) tytułowej należy zamieścić imiona i nazwiska osób sprawdzających projekt wraz z podaniem przez każda z nich specjalności i numeru posiadanych uprawnień budowlanych, datę i podpisy". Powyższe zapisy potwierdzają, że osoba sprawdzająca nie jest ani autorem, ani współautorem realizującym proces projektowy i opracowującym projekt budowlany (projekty budowlane), a jedynie dokonuje weryfikacji projektu architektoniczno-budowlanego w sposób i w zakresie określonym w art. 20 ust. 4 ustawy - Prawo budowlane. Ten ostatni akt prawny

jasno określa jedynie rolę Projektanta w procesie i nakłada na niego jedynie obowiązek zapewnienia sprawdzenia projektów pewnej kategorii obiektów. Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający nieprawidłowo ocenił załączony do oferty Metroprojekt wykaz osób, uznając, że: a) wskazany na stanowisko projektanta w specjalności inżynieryjnej kolejowej P. J. O. legitymuje się doświadczeniem wymaganym w treści SIWZ na spełnienie warunku udziału w postępowaniu ujętego w pkt 9.1.3.lit. b) pkt 3 SIWZ - w sytuacji, gdy żadna ze wskazanych pozycji doświadczenia P. O. nie obejmowała autorstwa/współautorstwa projektu budowlanego - wszystkie bowiem wskazywały, że P. O. posiada doświadczenie jedynie jako osoba sprawdzająca w rozumieniu art. 20 ust. 4 ustawy Prawo budowlane;
b) P. J. O. nie tylko spełnia warunek udziału w postępowaniu, ale również, że za jego

doświadczenie przy wskazanych w wykazie stacjach należy przyznać Wykonawcy Metroprojekt 12 punktów, podczas gdy żadna pozycja doświadczenia P. J. O. nie potwierdza,

że był on współautorem projektów budowlanych wskazanych w wykazie osób przy jego nazwisku;

c) za doświadczenie w odniesieniu do stacji C6 i C8 zdobyte przez P. Z. D., Metroprojekt należy przyznać 12 punktów, podczas gdy przy projektach ww. stacji metra pełnił on jedynie funkcję osoby sprawdzającej, nie zaś współautora projektu budowlanego.

Przedmiotowe niezgodne z przepisami Pzp i SIWZ czynności Zamawiającego doprowadziły do wyboru Metroprojekt, który nie tylko nie wykazał spełnienia warunków

udziału w postępowaniu, ale również uzyskał w sposób sprzeczny z opisem kryterium pozacenowego „Doświadczenie projektantów" aż 24 punkty za doświadczenie Panów J. O. i Z. D., w sytuacji, gdy za doświadczenie ww. osób Metroprojekt powinien otrzymać 0 (słownie: zero) punktów.

Zamawiający w dniu 08.10.2019 r. wezwał (za pomocą platformy zakupowej:) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp,
uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 11.10.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) BIURO PROJEKTÓW "METROPROJEKT" SP. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: BIURO PROJEKTÓW "METROPROJEKT" SP. z o.o.

W dniu 18.10.2019 r. (e-mailem oraz wpływ bezpośredni) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddala w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu.

Stanowisko Zamawiającego odnośnie zarzutu nr 1 odwołania. W odpowiedzi na zarzut Odwołującego, Zamawiający wskazał, iż oferta Metroprojekt w postępowaniu, złożona w postaci elektronicznej, została sprawdzona pod względem formalnym w sposób prawidłowy. Oświadczenie wykonawcy zawarte w pkt 2 oferty potwierdza, że Wykonawca oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ. Oświadczenie Przystępującego zawarte w tym samym formularzu oferty w pkt 4 podlegało interpretacji przez Zamawiającego w świetle poniższego. Art 2 pkt 9b Pzp - umowie o podwykonawstwo - należy przez to rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawca a innym podmiotem (podwykonawca), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami. 1.1.10 „Kierownik Zespołu Projektowego" - osoba upoważniona przez Wykonawcę do nadzorowania wykonania Przedmiotu Umowy, w tym także do występowania w imieniu Zespołu Projektowego wobec Kierownika Kontraktu Zamawiającego KZ. Kierownik Zespołu Projektowego wykonuje swoje obowiązki przy pomocy i we współpracy z zespołem projektantów opracowującym projekty budowlane; 1. Pkt 4.5 SIWZ otrzymuje brzmienie: „Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. 2018, poz. 917 - tekst jednolity), przez Wykonawcę lub Podwykonawcę, osób wykonujących czynności kierowania kontraktem i obsługi administracyjnej w trakcie realizacji Przedmiotu"

Odpowiedź 26: Zamawiający pod pojęciem „osoby wykonujące czynności kierowania kontraktem" rozumie osobę o której mowa w punkcie 1.1.10 Wzoru Umowy. Osoba

wykonująca czynności obsługi administracyjnej to osoba zatrudniona przez Wykonawcę do obsługi biurowej przy realizacji Przedmiotu Umowy.

Przy rozpatrywaniu kwestii prawidłowości złożonego przez Wykonawcę Metroprojekt oświadczenia należy zwrócić uwagę na dwa aspekty. Pierwszym z nich jest zakres podmiotów wobec których Zamawiający postawił wymóg zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę, drugim zakres czynności objęty powyższym wymaganiem. Zamawiający w pkt 4.5 SIWZ określił, iż wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub Podwykonawcę osób wykonujących czynności kierowania kontraktem i obsługi administracyjnej. Pojęcie Wykonawcy zostało jasno zdefiniowane w Pzp, natomiast ustawodawca nie zdecydował się na zdefiniowanie w Pzp pojęcia Podwykonawcy. Definicję tę można wyinterpretować z definicji umowy o podwykonawstwo, która została określona w art 2 pkt 9b Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem przez umowę o podwykonawstwo należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami. Z powyższego wynika, iż Podwykonawcą jest podmiot, z którym Wykonawca zawarł umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego. Przedmiotem zamówienia jest „Wykonanie prac przedprojektowych oraz projektu budowlanego dla przedsięwzięcia polegającego na budowie stacji A12 i A16 na eksploatowanej I linii metra w Warszawie wraz z rozbudową i przebudową infrastruktury towarzyszącej", Należy przyjąć iż czynnością obsługi administracyjnej tudzież, zgodnie z treścią odpowiedzi nr 26 z Pisma nr 2, obsługą biurową, jest, zgodnie z Polską Klasyfikacją Działalności, „działalność związaną z codzienną administracyjną obsługą biura, taką jak: planowanie finansowe, rachunkowość, księgowość, dostarczanie personelu oraz logistyka, wykonywaną na zlecenie" oraz „wykonywanie regularnych, rutynowych zadań w zakresie obsługi biurowej, wykonywaną na zlecenie, które zwykle wykonywane są we własnym zakresie/" [Dział 82 PKD - Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 24.12.2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności [PKD]].

Biorąc pod uwagę powszechną na rynku praktykę outsorcingu usług związanych z codzienną obsługą biura np. usług księgowych, kadrowo-płacowych czy kancelaryjnych, należy wskazać, iż osoby wykonujące czynności obsługi administracyjnej mogą nie być zatrudniane przez Wykonawcę, a przez podmiot zewnętrzny. Jednocześnie, należy wskazać, iż podmiot ten nie będzie Podwykonawcą w rozumieniu ustawy Pzp, ponieważ przedmiot zamówienia nie obejmuje tego rodzaju usług. Przedmiotem umowy o podwykonawstwo na usługi, dostawy, jak i roboty budowlane jest realizacja świadczenia wchodzącego w skład opisu przedmiotu zamówienia. Nie będą objęte zakresem umowy o podwykonawstwo, takie usługi, dostawy lub roboty budowlane, które wprawdzie będą powiązane z przedmiotem zamówienia, ale nie będą służyły jego realizacji. Do umów o podwykonawstwo nie będą zaliczać się więc umowy, jakie wykonawca zawiera z innymi podmiotami w zakresie obsługi własnego przedsiębiorstwa, np. umowy o obsługę księgową, ubezpieczenia, o świadczenie usług telekomunikacyjnych i podobne [Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VI, Opublikowano: LEX 2014].

W związku z powyższym istnieje możliwość, iż osoby wykonujące czynności obsługi administracyjnej nie będą zatrudnione przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę, a przez odrębny podmiot, który nie będzie podwykonawcą, a wtedy nie zachodzi wymóg zatrudnienia takich osób na podstawie umowy o pracę. Przechodząc do stanowiska w zakresie osoby wykonującej czynności kierowania kontraktem, należy wskazać na następujące kwestie. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie 26 przez czynności kierowania kontraktem Zamawiający rozumie czynności wykonywane przez osobę określoną w pkt 1.1.10 wzoru umowy [Kierownik Zespołu Projektowego - osoba upoważniona przez Wykonawcę do nadzorowania wykonania Przedmiotu Umowy, w tym także do występowania w imieniu Zespołu projektowego wobec Kierownika Kontraktu Zamawiającego KZ. Kierownik Zespołu Projektowego wykonuje swoje obowiązki przy pomocy i we współpracy z zespołem projektantów opracowującym projekty budowlane]. Z powyższego wynika, iż Kierownik Zespołu Projektowego jest pełnomocnikiem Wykonawcy w zakresie reprezentacji Przystępującego wobec Zamawiającego oraz kontaktów z Zamawiającym. Zgodnie z art 22 § 1 Kodeksu pracy niezbędnym elementem charakteryzującym stosunek pracy (essentialia negotii stosunku pracy) jest odpłatność [obowiązek wynagrodzenia pracownika za świadczoną pracę). Natomiast z powszechnie obowiązujących przepisów nie wynika, iż pełnomocnik musi być wynagradzany, w związku z czym, pomiędzy pełnomocnikiem a Wykonawcą, nie będzie zachodził stosunek pracy.

Przypomniał, że w omawianym zakresie kolejnym praktycznym problemem pojawiającym się w związku z kwestią zobowiązania wykonawcy do zatrudnienia określonych osób na podstawie umowy o pracę jest sytuacja, gdy osoby fizyczne prowadzące działalność

gospodarczą lub też wspólnicy spółki prawa handlowego zamierzają realizować zamówienie osobiście. W orzecznictwie przyjmuje się, że takie osoby nie mogą pozostawać w stosunku pracy samego ze sobą". W jednym z wyroków Sąd Najwyższy stwierdził, że Jedyny wspólnik jednoosobowej spółki z o. o. może świadczyć pracę na rzecz tejże spółki jako prezes jednoosobowego zarządu tylko poza stosunkiem pracy, a zatem na innej podstawie niż umowa o pracę" (wyr. SN z 9.2.2012 r., IUK 260/11). W konsekwencji Zamawiający sformułował wymóg zatrudniania przez Wykonawcę lub podwykonawcę wskazanych osób na podstawie umów o pracę, uwzględniając powyższe uwarunkowania formalne (charakter funkcji Kierownika Zespołu Projektowego jako pełnomocnika) oraz rynkowe (m.in. dopuszczalny outsourcing usług).

Kolejnym aspektem tego problemu, wymagającym omówienia w odniesieniu do wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę Kierownika Zespołu Projektowego jest charakter obowiązków, wykonywanych czynności oraz odpowiedzialności tej osoby. Należy wyraźnie stwierdzić, że aby taka osoba mogła należycie nadzorować realizację przedmiotu zamówienia oraz współpracować z Zespołem Projektowym realizującym przedmiot zamówienia musi ona posiadać wiadomości specjalne (techniczne) pozwalające jej na weryfikację i analizę prac pozostałych członków Zespołu, czego naturalną konsekwencją jest fakt, że w większości przypadków prowadzi do tego, że taką funkcję sprawuje osoba posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania (projektant). Projektant pełni zaś samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, co więcej jest to wolny zawód, a więc wykonywanie przez niego pracy nie posiada cech stosunku pracy w rozumieniu art 22 § 1 k.p. W ocenie UZP oraz doktryny „pracowniczy charakter będą miały czynności wykonywane przez personel sprzątający (czynności sprzątania), czy ochroniarzy (czynności świadczenia usług ochrony). Z kolei czynności wykonywane przez kierowników budowy, kierowników robót i inspektorów nadzoru, tj. osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu ustawy z 7.7.1994 r. - Prawo budowlane (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 1202 ze zm.), zasadniczo nie polegają na wykonywaniu pracy w rozumieniu KP /tak opinia dotycząca art 29 ust 3a ustawy Pzp, /baza-wiedzy/interpretaja-przepisow/opine-archiwalne/opinia-dotyczaca-art.-29-ust-3a-ustawy-pzp. oraz J. Pieróg, Art 29 P2P, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2019, wyd. 15, Legalis; E. Wiktorowska, Art 29 PZP (w:) I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, 2019, System Informacji Prawnej LEX./. Należy rozważyć zatem ratio legis art 29 ust 3a ustawy pzp i w tym świetle rozważyć czy stawianie takiego wymagania nie doprowadzi do kreowania pozornych stosunków pracy (nieposiadających cech koniecznych do ich zaistnienia) przy jednoczesnym zatrudnianiu danej osoby na podstawie umowy cywilnoprawnej, np. w ramach prowadzonej przez tę osobę działalności gospodarczej, podczas gdy zawarcie umowy o pracę jest możliwe jedynie w odniesieniu do czynności, których wykonywanie polega na świadczeniu pracy w rozumieniu art 22 § 1 k.p.

Zamawiający, na etapie badania i oceny ofert, nie posiada stosownych środków do weryfikacji sposobu organizacji przedsiębiorstwa Wykonawcy. Badanie prawidłowości realizacji obowiązku nałożonego przez Zamawiającego na Wykonawcę w zakresie zatrudnienia na umowę o pracę osób wykonujących określony zakres czynności odbywać się będzie na etapie realizacji zamówienia, kiedy to Zamawiający i Wykonawca związani będą postanowieniami umowy, określającą sposób weryfikacji przez Zamawiającego wykonania 'przez Wykonawcę obowiązku określonego w pkt 4.5 SIWZ. Reasumując w ocenie Zamawiającego oświadczenia Wykonawcy, o których mowa we wstępie, stwierdzają stan faktyczny, który jeżeli miałby być odmienny, podlegał będzie sankcjom określonym w umowie na etapie jej realizacji.

Stanowisko Zamawiającego odnośnie zarzutu nr 2 odwołania. W pierwszej kolejności wymaga omówienia kwestia „autorstwa" lub „współautorstwa" utworu (projektuj w świetle ustawy z dnia 4 lutego 1994r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1231 ze zm.) - dalej „pr. aut." oraz ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2019 r. poz. 1186 ze zm.) - dalej „pr. bud.". Utworem, zgodnie z definicją zawartą w art 1 ust 1 pr. aut jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia sposobu wyrażenia. Utworem zatem jest niematerialne dobro prawne, które powinno być odróżniane od materialnego nośnika, na którym jest ono utrwalone /Uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt: I ACa 800/07/. W ustawie o prawie autorskim wskazano przykładowo, że przedmiotem prawa autorskiego są utwory architektoniczne, architektoniczno- urbanistyczne i urbanistyczne - art 1 ust. 2 pkt 6) pr. aut. Jeżeli dany projekt spełnia przesłanki utworu, będzie mu przysługiwała ochrona prawnoautorska. Aby projekt architektoniczny mógł zostać uznany za utwór musi posiadać następujące cechy: a) być stworzony przez człowieka, b) być oryginalny tj. musi być to nowy wytwór pracy intelektualnej człowieka, c) być indywidualny, d) być ustalony.

Zazwyczaj ustalenie utworu pokrywa się z jego utrwaleniem, czyli zapisaniem na określonym nośniku materialnym np. arkuszu projektowym. Zatem stworzenie utworu skutkuje nie tylko powstaniem praw autorskich do niego, ale także prawa własności do

będącego rzeczą materialnego nośnika, na którym dany utwór został utrwalony. Ochrona prawnoautorska przysługuje od chwili ustalenia, czyli od momentu kiedy zaistniała możliwość zapoznania się z projektem przez kogoś innego niż autor. Twórcy (autorowi) przysługują dwie wiązki uprawnień: autorskie prawa osobiste i autorskie prawa majątkowe.

Autorem jest osoba, która stworzyła dany utwór - projekt architektoniczny. W momencie wykonania utworu, prawo autorskie powstaje w sposób pierwotny na rzecz twórcy /J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Ćwiąkalski, R. Markiewicz. E. Trapie „Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz", W-wa 2011, s. 121-122/. W celu ułatwienia obrotu utworami, domniemywa się, że twórcą, zgodnie z art 8 pr. aut jest osoba, której autorstwo uwidoczniono na egzemplarzach utworu lub której autorstwo podano do publicznej wiadomości w jakikolwiek inny sposób w związku z rozpowszechnieniem utworu. Zatem do czasu, kiedy inna osoba nie udowodni, że jest twórcą, autorstwo przypisuje się osobie, której nazwisko widnieje na egzemplarzu w charakterze autora (bez znaczenia jest przy tym czy jest to osoba projektanta czy osoba projektanta sprawdzającego).

Zgodnie z art 9 ust 1 pr. aut współtwórcom przysługuje prawo autorskie wspólnie. Domniemywa się, że wielkości udziałów są równe. Każdy ze współtwórców może żądać określenia wielkości udziałów przez sąd, na podstawie wkładów pracy twórczej. Dotyczy to sytuacji, kiedy autorem jednego utworu są dwie lub większa liczba osób. 0 tym, kto jest współtwórcą rozstrzyga stan faktyczny, nie ustalenia umowne. Każdy ze współtwórców może wykonywać prawa autorskie do swojej części, która ma samodzielne znaczenie. Natomiast, żeby wykonywać prawa autorskie do całości utworu, a zatem np. przenieść autorskie prawa majątkowe na inną osobę, potrzebna jest już zgoda wszystkich współtwórców. Każdy ze współtwórców może chronić przysługujące mu prawa autorskie, dochodzić roszczeń z tytułu naruszenia tych praw odnośnie całego utworu, projektu - art 9 ust. 4 pr.aut Do autorskich praw majątkowych przysługujących współtwórcom, stosuje się odpowiednio zastosowanie przepisy k.c. o współwłasności w częściach ułamkowych - art. 9 ust. 5 pr.aut

W opracowaniu użyte zostały pojęcia autora i projektanta. Pojęcie autor zostało wyżej dokładnie opisane. Istotne jest wyjaśnienie terminu projektant. Projektant, zgodnie z art 17 pkt 3) pr. bud. jest uczestnikiem procesu budowlanego. Inwestor może zobowiązać projektanta do sprawowania nadzoru autorskiego, ponadto właściwy organ może w decyzji o pozwoleniu na budowę nałożyć na inwestora obowiązek zapewnienia nadzoru autorskiego, w przypadkach uzasadnionych wysokim stopniem skomplikowania obiektu lub robót budowlanych bądź przewidywanym wpływem na środowisko. Art 20 ust 1 pr. bud. stanowi/ że do podstawowych obowiązków projektanta należy:

1) opracowanie projektu budowlanego w sposób zgodny z wymaganiami ustawy, ustaleniami określonymi w decyzjach administracyjnych dotyczących zamierzenia budowlanego, obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej;

la) zapewnienie, w razie potrzeby, udziału w opracowaniu projektu osób posiadających uprawnienia budowlane do projektowania w odpowiedniej specjalności oraz wzajemne skoordynowanie techniczne wykonanych przez te osoby opracowań projektowych, zapewniające uwzględnienie zawartych w przepisach zasad bezpieczeństwa i ochrony zdrowia w procesie budowy, z uwzględnieniem specyfiki projektowanego obiektu budowlanego;

lb) sporządzenie informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia ze względu na Specyfikę projektowanego obiektu budowlanego, uwzględnianej' w planie bezpieczeństwa i ochrony zdrowia;

lc) określenie obszaru oddziaływania obiektu;

2) uzyskanie wymaganych opinii, uzgodnień i sprawdzeń rozwiązań projektowych w zakresie wynikającym z przepisów;

3) wyjaśnianie wątpliwości dotyczących projektu i zawartych w nim rozwiązań;

3a) sporządzanie lub uzgadnianie indywidualnej dokumentacji technicznej, o której mowa w art 10 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz.U. z 2019 r. poz. 266 i 730);

4) sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub organu administracji architektoniczno-budowlanej w zakresie:

a) stwierdzania w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem,

b) uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego.

Projektant (zgodnie art 20.ust 2 pr. Bud) ma obowiązek zapewnić sprawdzenie projektu architektoniczno- budowlanego pod względem zgodności z przepisami, w tym techniczno-budowlanymi, przez osobę posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w odpowiedniej specjalności. Projektant, a także sprawdzający, o którym mowa powyżej, do projektu budowlanego dołącza oświadczenie o sporządzeniu projektu budowlanego, zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej.

Podmiotem praw autorskich jest twórca dzieła, który z chwilą jego ustalenia, nabywa w sposób pierwotny bezwzględne prawa do niego, jako wyłącznie uprawniony przez sam fakt stworzenia utworu. Prawa te obejmują autorskie prawa osobiste, które z racji istnienia nieograniczonej w czasie więzi łączącej twórcę z utworem, są niezbywalne i stanowią jego dobra osobiste oraz autorskie prawa majątkowe, które jako mające charakter majątkowy i ukształtowane na wzór prawa własności, są zbywalne. Autor dzieła, jako jedyny uprawniony na mocy przepisów ustawy prawo autorskie, posiada legitymację do rozporządzania przysługującymi mu autorskimi prawami majątkowymi. Jednakże w przypadku, gdy autorstwo dzieła przypada grupie osób, bądź twórca lub współtwórcy zatrudnieni są przez pracodawcę, a takie sytuacje najczęściej mają miejsce w przypadku opracowywania projektów architektonicznych, wówczas uprawnienia do rozporządzania prawami autorskimi rozkładają się na poszczególne osoby. Podmiotowe prawo autorskie do wspólnie stworzonego utworu w postaci projektu architektonicznego bądź kompletnej, wielobranżowej, dokumentacji projektowej przysługuje wspólnie wszystkim autorom. Współtwórcy utworu mogą w umowie o podjęciu współpracy, określić wielkości swoich udziałów w prawie do stworzonego utworu, ale jeśli tego nie uczynią, bądź umowa taka nie zostanie zawarta, a dzieło wspólne zrealizowane zostało na mocy nieformalnego porozumienia, wówczas na mocy art 9 pr. aut, domniemywa się, że wielkości ich udziałów są równe. Do stworzenia utworu przez zespół twórców wymagane jest istnienie woli zespolenia sił i twórczych wkładów poszczególnych autorów oraz ich współdziałanie prowadzące do zamierzonego celu, którym jest stworzenia wspólnego dzieła. Wspólne prawo autorskie chronione ustawą nie powstaje bowiem z mocy prawa wbrew woli twórców. Aby można było stwierdzić powstanie prawa autorskiego do wspólnego dzieła, musi istnieć co najmniej faktyczne porozumienie, choćby konkludentne, w którym wyrażony został zamiar stworzenia wspólnego utworu. Pogląd taki wyraził także Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach (OSN1961, nr 4, poz. 124, z dnia 18 listopada 1960r.; OSPiKA 1972. nr 2, poz. 30, z dnia 10 lutego 1970r.: OSN 1073, nr 4, poz. 67, z dnia 19 lipca 1972r.).

Jeżeli utwór składa się z części, które mają samodzielne znaczenie i dzięki temu mogą być odrębnymi utworami, czyli jest utworem rozłącznym, wówczas prawa autorskie zespołu projektantów będących współtwórcami projektu architektonicznego, czy też dokumentacji projektowej, przysługują odrębnie każdemu ze współautorów i każdy z nich może wykonywać swoje prawa do poszczególnych stworzonych przez siebie części utworu, bez naruszenia praw pozostałych współtwórców. Lecz jeśli utwór stanowi jedną niepodzielną całość, czyli jest utworem nierozłącznym, to wówczas prawa autorskie mogą być realizowane wyłącznie wspólnie i za zgodą wszystkich współautorów.

Niektóre z praw autorskich, np. nadzór nad sposobem korzystania z utworu [nadzór nad realizacją inwestycji zgodnie z projektem, wprowadzanie zmian w trakcie budowy], czy też decydowanie o pierwszym udostępnieniu utworu publiczności, z uwagi na ich oddziaływanie na stronę materialną, mogą być realizowane wyłącznie wspólnie i za zgodą wszystkich współautorów, bez względu na to czy utwór stanowi podzielną, czy też niepodzielną całość. Wykonywanie praw autorskich w stosunku do całości wspólnie stworzonego utworu wymaga wspólnego i zgodnego działania wszystkich współtwórców, a w przypadku braku porozumienia pomiędzy nimi, decyzje podejmuje sąd. Natomiast w odniesieniu do dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia praw autorskich do całości utworu, każdy ze współtwórców może dochodzić ich samodzielnie, jednakże uzyskane świadczenie przypada wszystkim współtwórcom w częściach odpowiadających ich udziałom w prawie autorskim do wspólnego dzieła. W kwestii charakteru roli projektanta sprawdzającego, w procesie projektowania wypowiadała się KIO w orzeczeniu z 01.12.2 017r., sygn. akt KIO 2427/17: „Odnosząc się do powyższego stanowiska Odwołującego wskazać należy po pierwsze: iż szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, sposób realizacji zamówienia oraz wytyczne do wykonania projektu technicznego Zamawiający zawarł w załącznikach nr 3 do S1WZ - opisie przedmiotu zamówienia, nr 2 do SIWZ - wzorze umowy oraz nr 4 do SIWZ - audytach. Stwierdzić należy, że wykonanie przedmiotu zamówienia wymaga współpracy wielu osób zarówno projektanta, projektanta sprawdzającego, projektanta wiodącego oraz innych osób sporządzających. Izba stwierdza, iż nieprawidłowe było stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym w ramach wykonania dokumentacji technicznej wchodzą wyłącznie prace projektowe wykonywane przez projektanta wyrażającego w ten sposób swój twórczy zamysł, albowiem projektant sprawdzający również ma wpływ na ostateczną wersję wykonanego projektu. Projektant sprawdzający posiada uprawnienia budowlane w zakresie projektowania i czynnie uczestniczy w pracach zespołu projektowego. Obowiązek uczestniczenia projektanta sprawdzającego w sporządzaniu dokumentacji technicznej w tym podpisanie projektu

i dołączenie stosownych oświadczeń do projektu wynika z art 20 ust 2 oraz ust 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2017 r., poz. 1332,1529) „Projektant, a także sprawdzający, o którym mowa w ust 2, do projektu budowlanego dołącza oświadczenie o sporządzeniu projektu budowlanego, zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej." Projektant i projektant sprawdzający wykonują inne czynności przy opracowaniu dokumentacji jednak nie można funkcji projektanta sprawdzającego sprowadzić do czysto formalnego potwierdzenia wykonania dokumentacji. Projektant sprawdzający weryfikuje zgodności wykonywanego projektu już na etapie wstępnych założeń, uzgodnień i konsultacji, a przede wszystkim daje mu prawo do wykazywania błędów i wprowadzania poprawek do projektu. Tym samym stwierdzić należy, że zarówno projektant jak i projektant sprawdzający wchodzą w skład zespołu projektującego i czynnie uczestniczą w pracach zespołu projektującego tworząc dokumentację".

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku KIO z 25.08.2017r. sygnatura akt KIO 1657/17, w którym czytamy: „projektanta sprawdzającego należy kwalifikować jako członka zespołu projektowego, który ponosi pełną odpowiedzialność za projekt na równi z innymi projektantami i dokonuje merytorycznej weryfikacji prawidłowości i zgodności z przepisami i normami zastosowanych rozwiązań technologicznych. Tezy te potwierdzają także przywołane przez Przystępującego w piśmie procesowym orzeczenia sądów administracyjnych, które zrównują odpowiedzialność za warstwę merytoryczną projektu projektanta i projektanta sprawdzającego. Podsumowując, projektant sprawdzający jest projektantem, który zdobył doświadczenie zawodowe jako projektant w zespole projektowym, który wykonał dokumentację projektową o określonych parametrach. Ponadto, zdaniem Izby, sam Odwołujący zaprzeczył tezie, iż za wykonanie dokumentacji odpowiedzialny jest wyłącznie projektant wskazując w swoim oświadczeniu osobę projektanta wiodącego, tj. koordynatora opracowań projektowych oraz osoby kierującej zespołem sprawującym nadzór autorski. Odwołujący przypisuje koordynatorowi projektu czynny udział w wykonywaniu dokumentacji odmawiając tej funkcji osobie projektanta sprawdzającego. Podążając za tokiem rozumowania Odwołującego koordynator projektu również nie jest bezpośrednio odpowiedzialny za projekt wobec czego nie powinien zostać wskazany w oświadczeniu

Odwołującego." (...) „W ocenie Izby z powyższego faktu nie można wywodzić, iż taka osoba nie mogła być członkiem zespołu projektowego. Jak wynika z zapisów SIWZ Zamawiający dopuścił potwierdzenie spełniania warunku przez wykazanie doświadczenia zdobytego jako projektant samodzielnie lub jako projektant w zespole projektowym, który wykonał dokumentację projektową o określonych parametrach. Abstrahując od całej argumentacji, czy możliwe jest łączenie funkcji projektanta i projektanta sprawdzającego przy wykonywaniu tej samej dokumentacji projektowej, nie sposób odmówić osobie, która pełniła funkcję projektanta sprawdzającego przynależności do zespołu projektowego, który wykonał określoną dokumentację projektową. Z pewnością projektantowi dokumentacji i projektantowi sprawdzającemu przypisane są inne zadania, nie można jednak w sposób kategoryczny zaprzeczyć, iż projektant sprawdzający nie uczestniczy czynnie w pracach zespołu projektowego przy tworzeniu danej dokumentacji. Na taką okoliczność Odwołujący, którego obciążał ciężar dowodu, nie przedstawił żadnych materiałów. Przystępujący zaś złożył oświadczenia pozostałych członków zespołu projektowego, w tym głównego projektanta, w których opisano jakie czynności i jakim w jakim momencie procesu projektowego wykonywał pan A. P. Branie udziału w opracowaniu założeń projektowych czy konsultacjach także należy do zakresu czynności wykonywanych przez projektanta. Funkcja weryfikacyjna bowiem polega niejednokrotnie na wprowadzaniu poprawek do projektu. Ostatecznie także dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający nie wykluczył, iż możliwe jest wykazanie warunku przez wskazanie osoby, która pełniła funkcję projektanta sprawdzającego. Literalnie odczytując warunek udziału należałoby stwierdzić, że osoba pełniąca funkcję projektanta sprawdzającego jest także projektantem. Jak słusznie zauważyła Przewodnicząca Rady Łódzkiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa, w opinii przedstawionej przez Przystępującego, projektanta sprawdzającego należy kwalifikować jako członka zespołu projektowego, który ponosi pełną odpowiedzialność za projekt na równi z innymi projektantami i dokonuje merytorycznej weryfikacji prawidłowości i zgodności z przepisami i normami zastosowanych rozwiązań technologicznych. Tezy te potwierdzają także przywołane przez Przystępującego w piśmie procesowym orzeczenia sądów administracyjnych, które zrównują odpowiedzialność za warstwę merytoryczną projektu projektanta i projektanta sprawdzającego". Zamawiający przy formułowaniu zapisów SIWZ w zakresie potencjału osobowego, oczekiwał uzyskania od oferentów informacji na temat autorów lub współautorów projektu/projektów budowalnych, a nie pozyskanie informacji czy dany autor/współautor był projektantem lub sprawdzającym projekt budowlany. Jak zostało wykazane powyżej o tym czy dana osoba jest autorem lub współautorem decyduje fakt, że była zaangażowana w opracowanie projektu (inaczej mówiąc brała udział w pracach zespołu opracowującego dokumentację projektową), a nie samo wymienienie tej osoby w decyzji zatwierdzającej projekt budowlany. Potwierdzeniem udziału danej osoby w projektowaniu było oświadczenie Przystępującego, zawarte w wykazie osób kierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia, w którym to oświadczeniu wprost wskazano, że dana osoba jest współautorem projektu opisanego w danej pozycji wykazu.

Ponadto Zamawiający zwraca uwagę, że zgodnie z postanowieniami SIWZ wykonawcy w Wykazie osób mieli wskazać tylko i wyłącznie osoby, które:

- posiadały określone w SIWZ uprawnienia i jednocześnie

- były autorami lub współautorami projektu/projektów budowlanych (PB) w zakresie niezbędnym do uzyskania pozwolenia na budowę wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę dla co najmniej jednej stacji podziemnej metra (o kubaturze nie mniejszej niż 35 tys. m3), z wyposażeniem jej w instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe niezbędne do funkcjonowania stacji metra.

a jak wynika z przytoczonych przez Odwołującego przepisów prawa budowlanego (art 20 ust 2 i ust 4) czynnością niezbędną do uzyskania zatwierdzenia projektu budowlanego i uzyskania pozwolenia na budowę jest dokonanie sprawdzenia projektu budowlanego przez projektanta sprawdzającego. Na podstawie załączonych do oferty załączników nr 6 - Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, złożonych przez Przystępującego oraz Odwołującego (Wykaz osób złożony przez Odwołującego stanowi tajemnicę jego przedsiębiorstwa), można twierdzić, że Oferenci w podobny sposób zinterpretowali intencje Zamawiającego, ponieważ w obydwu ofertach zostali wskazani projektanci, którzy podczas realizacji poszczególnych projektów pełnili funkcje projektantów bądź sprawdzających, a nie tylko i wyłącznie projektantów. /Przykład: FRAGMENT STANOWIĄCY TAJEMNICE

PRZEDSIĘBIORSTWA - PATRZ ZAŁĄCZNIK NR 1_- PKT1/

Pozwolenia na budowę wydawane, przez Wojewodę Mazowieckiego, dla różnych inwestycji, przeczą twierdzeniom Odwołującego jakoby wyłącznie projektant był wpisywany do decyzji zatwierdzającej projekt budowlany i udzielającej pozwolenia na budowę jako autor projektu. Na tą okoliczność Zamawiający przedstawia następujące przykłady:

a) Decyzja Wojewody Mazowieckiego nr 453/11/2018 z dn. 16.08.2018 r. zatwierdzająca projekt budowlany i udzielająca pozwolenia na budowę i rozbiórkę dla stacji C19 - zarówno projektanci, jak i sprawdzających zostali wskazani w decyzji jako autorzy projektu budowlanego;

b) Decyzja Wojewody Mazowieckiego nr 454/11/2018 z dn. 16.08.2018 r. zatwierdzająca „ projekt budowlany i udzielająca pozwolenia na budowę i rozbiórkę dla stacji C21 - zarówno projektanci, jak i sprawdzających zostali wskazani w decyzji jako autorzy projektu;

c) Decyzja Wojewody Mazowieckiego nr 367/11/2017 z dn. 25.09.2017 r. zatwierdzająca projekt budowlany i udzielająca pozwolenia na budowę portierni oraz zadaszenia nad bramą wjazdową wraz z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu na STP Kabaty - zarówno projektanci, jak i sprawdzających zostali wskazani w decyzji jako autorzy projektu budowlanego;

d) Decyzja Wojewody Mazowieckiego nr 500/SAAB/2019 ż dn. 06.08.2019 r. zatwierdzająca projekt budowlany i udzielająca pozwolenia na budowę obejmującego przebudowę części podziemnej budynku magazynowo - biurowego (obiekt nr 9) z przeznaczeniem na archiwum zakładowe metra zlokalizowane na terenie STP Kabaty - zarówno projektanci, jak i sprawdzających zostali wskazani w decyzji jako autorzy projektu budowlanego;

e) Decyzja Wojewody Mazowieckiego nr 20/11/2019 z dn. 09.01.2019 r. zatwierdzająca projekt budowlany i udzielająca pozwolenia na budowę obejmującego przebudowę pomieszczenia 103 w budynku magazynowo - biurowym metra (obiekt 2 0) na terenie STP Kabaty - zarówno projektanci, jak i sprawdzających zostali wskazani w decyzji jako autorzy projektu budowlanego. Na zakończenie podkreślił, iż Zamawiający formułując warunek w zakresie potencjału osobowego wykonawców, oczekiwał wskazania na autorów/współautorów projektów budowlanych a nie wskazania osób wymienionych w projekcie budowlanym jako projektanci. Gdyby intencją Zamawiającego było wprowadzenie ograniczenia w zakresie potencjału osobowego, wówczas w trakcie formułowania wymagań, Zamawiający wskazałby wprost, że osobami skierowanymi do realizacji zamówienia mogą być wyłącznie projektanci wymienieni w projekcie budowlanym. W tym stanie rzeczy należy ocenić ten warunek jako uwzględniający zasadę udziału w postępowaniu jak najszerszej grupy potencjalnych wykonawców. Reasumując powyższe rozważania stwierdził, że wskazane w ofercie Przystępującego osoby - P. A. O. (poz. Nr 3 Wykazu) i P. Z. D. (poz. Nr 4 Wykazu):

1. posiadają określone w SIWZ uprawnienia i jednocześnie,

2. byli autorami lub współautorami projektu/projektów budowlanych (PB) w zakresie niezbędnym do uzyskania pozwolenia na budowę,

a zatem Przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w Postępowaniu.

Stanowisko Zamawiającego odnośnie zarzutu nr 3 odwołania.

Zamawiający w zakresie zarzutu nr 3 odwołania w całości podtrzymuje wcześniejsze twierdzenia zawarte powyżej i wnioski wysnute na ich podstawie. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę Przystępującego, gdyż:

1. A. O. (poz. Nr 3 Wykazu) nie tylko spełnia warunek udziału w postępowaniu (o czym była mowa w pkt II uzasadnienia odpowiedzi na odwołanie) ale za jego doświadczenie przy wskazanych w wykazie osób projektach Zamawiający w sposób prawidłowy przyznał Przystępującemu 12 punktów w pozacenowym kryterium oceny,

2. Pan. Z D. (poz. Nr 4 Wykazu) legitymuje się doświadczeniem przy wskazanych w wykazie osób projektach za które Zamawiający w sposób prawidłowy przyznał Przystępującemu 12 punktów w pozacenowym kryterium oceny.

W konsekwencji Zamawiający dokonywał czynności w postępowaniu w sposób zgodny z przepisami Pzp, które doprowadziły do wyboru Przystępującego który nie tylko wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, ale uzyskał w sposób zgodny z opisem kryterium pozacenowego „Doświadczenie projektantów" 24 punkty za doświadczenie Panów A. O. i Z. D..

Podsumowując powyższe rozważania stwierdził, że zgodnie z przepisem art. 6 kodeksu cywilnego ciężar dowodu spoczywa na Odwołującym jako wnoszącym odwołanie, który musi udowodnić zasadność podniesionych zarzutów, a w niniejszej sprawie Odwołujący nie sprostał temu zadaniu, w szczególności nie wykazał jakoby okoliczności opisane w odwołaniu wpłynęły na prawidłowość i zasadność czynności wyboru oferty Przystępującego dokonanej przez Zamawiającego. Zaznaczyć należy, iż Zamawiający z pewnością nie naruszył przepisu art. 7 Pzp, ponieważ podejmował wszystkie czynności, włącznie z wyborem oferty Przystępującego, w celu zachowania zasady przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności, przejrzystości i legalizmu podejmowanych czynności, ponieważ miały one bezpośrednie umocowanie w przepisach prawa.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szanse na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego na płytce CD.

Podobnie, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego również załączone przez Odwołującego jako dowód do odwołania:

1) Kopia pierwszych 3 stron projektu budowlanego pierwszego etapu realizacji odcinka zachodniego II linii metra w Warszawie dot. stacji C08, nr archiwalny: MB-L2-C08-4764 będącego załącznikiem do Decyzji nr 335/11/2016 z dnia 20.09.2016 o pozwolenie na budowę, znak: WI-II-7840.9.6.2016.MP;

2) Kopia trzech pierwszych stron decyzji Wojewody Mazowieckiego nr 335/11/2016 z dnia 20.09.2016 r., znak: WI-II-7840.9.6.2016.MP, dot. stacji C08;

3) Kopia pierwszych 3 stron projektu budowlanego pierwszego etapu realizacji odcinka zachodniego II linii metra w Warszawie dot. stacji 07, nr archiwalny: MB-L2-C07-4755), stanowiącego załącznik do Decyzji Wojewody Mazowieckiego nr 328/11/2016 z dnia 19.09.2016 r., znak: WI-II.7840.9.5.2016;

4) Kopia pierwszych trzech stron Decyzji Wojewody Mazowieckiego nr 328/11/2016 z dnia

19.09.2016 r. znak: WWI-7840.9.5.2016.AK dot. stacji nr C07;

5) Kopia pierwszych trzech stron projektu budowlanego pierwszego etapu realizacji odcinka zachodniego II linii metra w Warszawie (numer archiwalny: MB-L2-C06-4746) będącego załącznikiem do Decyzji nr 335/11/2016 r. z dnia 16.09.2016 r., znak: WI-1.7840.9.4.2016.KZ

(MP), dot. stacji nr C06;

6) Kopia pierwszych trzech stron decyzji Wojewody Mazowieckiego nr 172/11/2017 znak: WI-11.7840.9.4.2016.KZ (MP) dot. stacji 06;

7) Kopia pierwszych trzech (3) stron projektu budowlanego drugiego etapu realizacji odcinka zachodniego II linii metra w Warszawie dotyczącego stacji C5 (nr archiwalny: MB-L2-C05-

486C);

8) Kopie pierwszych trzech stron decyzji Wojewody Mazowieckiego nr 520/11/2018 znak: WI-11-7840.9.12.2019.MP dot. stacji C5;

9) Kopia pierwszych trzech stron projektu budowlanego drugiego etapu realizacji odcinka zachodniego II linii metra w Warszawie (numer archiwalny: MB-L2-C04-4893) w zakresie

stacji C4 z torami odstawczymi;

10) kopia pierwszych trzech stron decyzji Wojewody Mazowieckiego nr 542/11/2018 z dnia 15.10.2018 r. (znak: WI- I.7840.9.10.2018.MP w zakresie stacji C4 z torami odstawczymi;

11) Kopia wykazu osób złożonego wraz z ofertą przez Wykonawcę Metroprojekt;

12) Kopia Formularza ofertowego wykonawcy Metroprojekt złożonego w postępowaniu.

Podobnie, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego również załączone przez Zamawiającego jako dowód do odpowiedzi na odwołania:

1) argumentacja uzupełniająca do odpowiedzi na odwołanie stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego - wskazana tam na konkretny projekt realizowany przez Odwołującego,

2) kopia decyzji Wojewody Mazowieckiego rir 453/11/2018 z dn. 16.08.2018 r. (3 pierwsze strony) oraz 7 pierwszych stron zatwierdzonego tą decyzją projektu budowlanego z wykazem zespołu autorskiego,

3) kopia decyzji Wojewody Mazowieckiego nr 454/11/2018 z dn. 16.08.2018 r. (4 pierwsze strony) oraz 7 pierwszych stron zatwierdzonego tą decyzją projektu budowlanego z wykazem zespołu autorskiego,

4) kopia decyzji Wojewody Mazowieckiego nr 367/11/2017 z dn. 25.09.2017 r. oraz pierwszej strony zatwierdzonego tą decyzją projektu budowlanego z wykazem zespołu autorskiego,

5) kopia decyzji Wojewody Mazowieckiego nr 500/SAAB/2019 z dn. 06.08.2019 r. oraz pierwszej strony zatwierdzonego tą decyzją projektu budowlanego z wykazem zespołu autorskiego,

6) kopia decyzji Wojewody Mazowieckiego nr 20/11/2019 ż dn. 09.01.2019 r. oraz pierwszej strony zatwierdzonego tą decyzją projektu budowlanego z wykazem zespołu autorskiego.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego złożone przez Przystępującego jako dowód na rozprawie:

1) kopie trzech pakietów umów o prace dla trzech osób wraz z ich zmianami na przestrzeni lat;

2) Oświadczenie Izby Projektowania Budowlanego z 12.08.2019 r.

W tym zakresie Izba włączyła także w poczet materiału dowodowego oświadczenie złożone na rozprawie przez obecnego na rozprawie umocowanego w dokumentach rejestrowych Prezesa Spółki Przystępującego, jak i jednej z osób których kopie umów o prace wraz z ich zmianami złożono na rozprawie.

Izba nie dopuściła jako dowodu w sprawie oświadczenia dostarczonego przez Odwołującego po zamknięciu rozprawy. Podobnie, Izba nie brała pod uwagę pisma Zamawiającego, które zostało złożone po zamknięciu rozprawy.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także złożone pisma procesowe w sprawie, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z pkt 4.5. SIWZ i 4.21. wzoru umowy

stanowiącego załącznik do SIWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Metroprojekt, pomimo że Wykonawca ten oświadczył w ofercie wprost, że będzie realizował zamówienie niezgodnie z treścią SIWZ;

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez uznanie, że Metroprojekt spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania projektantem w specjalności inżynieryjnej kolejowej i zaniechanie wezwania do uzupełnienia Wykazu osób złożonego wraz z ofertą przez Metroprojekt w odniesieniu do P. A. O., pomimo faktu, że P. A. O. nie legitymuje się doświadczeniem określonym w pkt 9.1.3. lit. b) pkt 3 lit. b SIWZ, bowiem nie jest autorem ani współautorem żadnego z projektów budowlanych stacji metra wskazanych w wykazie osób przy jego nazwisku, co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału osobowego;

3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Metroprojekt na skutek nieprawidłowej i nieuprawnionej czynności Zamawiającego polegającej na przyznaniu punktów ofercie Metroprojekt w ramach kryterium pozacenowego pn. „Doświadczenie projektantów" za doświadczenie:

- P. A. O. w zakresie wszystkich pozycji (stacji) wskazanych w wykazie osób (12 pkt);
- P. Z. D. - w zakresie pozycji odnoszących się do stacji C6 i C8 (12 pkt),

w sytuacji, gdy ani P. A. O., ani P. Z. D. nie byli ani autorami, ani współautorami projektów budowlanych w zakresie wskazanych wyżej podlegających punktowaniu pozycji doświadczenia ujętych w wykazie osób, a jedynie pełnili funkcje osób sprawdzających ww. projekty budowlane stacji metra.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przytacza pismo procesowe Odwołującego będące odpowiedzią na odpowiedź na odwołanie Zamawiającego: „I. Stanowisko Odwołującego w zakresie argumentacji Zamawiającego przedstawionej w odniesieniu do zarzutu nr 1 odwołania A) Zamawiający wskazał: „Oświadczenie wykonawcy zawarte w pkt 2 oferty potwierdza, że Wykonawca oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ. Oświadczenie Przystępującego zawarte w tym samym formularzu oferty w pkt 4 podlegało interpretacji przez Zamawiającego w świetle poniższego (...)".

Z powyższego wynika, że Zamawiający uznał, że oferta Metroprojekt jest zgodna z SIWZ z uwagi na fakt złożenia przez Metroprojekt oświadczenia ogólnego o wykonaniu umowy zgodnie z SIWZ, pomijając de facto w ogóle treść odrębnego oświadczenia o charakterze szczegółowym, które wprost odnosiło się do elementu opisu przedmiotu

zamówienia i obowiązku realizacji przedmiotu zamówienia, w zakresie wskazanych przez Zamawiającego czynności, przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę.

Odwołujący wskazuje, że z zasad logiki wynika, że gdyby Zamawiający zamierzał oceniać zgodność z SIWZ w zakresie wywiązywania się przez oferenta z obowiązku zatrudnienia osób wykonujących określone w SIWZ czynności wyłącznie na podstawie ogólnego oświadczenia o zgodności z SIWZ, to zbędne byłoby ujęcie w Formularzu ofertowym (dalej jako „FO"), odrębnego oświadczenia skonkretyzowanego i odnoszącego się tylko i wyłącznie do tego zakresu świadczenia Wykonawcy. Tym samym, skoro w FO wymagane było złożenia odrębnego oświadczenia w tym szczególnym zakresie odnoszącym się do zatrudniania przy realizacji zamówienia osób wykonujących wskazane w SIWZ

czynności na umowę o pracę, to brak jest podstaw do wnioskowania o zgodności z SIWZ w przedmiotowym zakresie, w oparciu o inne, bardziej ogólne oświadczenia.

Ugruntowane orzecznictwo KIO („Dla oceny treści oferty pod kątem jej zgodności z SIWZ podstawowe znaczenie ma oświadczenie wykonawcy dotyczącego poszczególnych wartości parametrów wymaganych przez Zamawiającego, a nie ogólne oświadczenie o spełnianiu przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań postawionych przez Zamawiającego", wyrok KIO z 5.06.2018 r., KIO 1013/18.) jasno wskazuje, że samo złożenie ogólnego oświadczenia w Formularzu ofertowym o zgodności przedmiotu zamówienia z SIWZ, nie jest wystarczające do potwierdzenia prawidłowości konstrukcji oferty w sytuacji, gdy Zamawiający ujął w treści SIWZ, w odrębnej jednostce Formularza ofertowego, obowiązek złożenia odrębnego i szczegółowego oświadczenia odnoszącego się stricte tylko i wyłącznie do kwestii wymogu opisu przedmiotu zamówienia statuującego oblig zatrudnienia na umowę o pracę osób wykonujących wskazane w SIWZ czynności w zakresie realizacji zamówienia. Wykonawca złożył jasne oświadczenie w tym zakresie - oświadczając, pomimo jasnego i klarownego wymogu SIWZ, że nie zrealizuje tego wymogu OPZ wykonując przedmiot zamówienia. Okoliczność ta stanowić powinna podstawę do odrzucenia oferty Metroprojekt.

B) Zamawiający twierdzi, że - pomimo literalnej sprzeczności punktu 4 Formularza ofertowego Metroprojekt z treścią SIWZ - interpretował oświadczenie Metroprojekt wbrew literalnej treści SIWZ z uwzględnieniem faktu, że Wykonawca ten może chcieć obejść nakaz zatrudnienia na umowę o prace osób wykonujących wskazane w SIWZ czynności w zakresie obsługi administracyjnej przy realizacji Przedmiotu Umowy, co Zamawiający uznaje za praktykę zgodną z SIWZ.

Odwołujący, odnosząc się do dalszej argumentacji Zamawiającego, której sens sprowadza się do tego, że na tym etapie postępowania, a więc już po otwarciu ofert, Zamawiający kwestionuje własne, postawione w SIWZ, wymogi i próbuje dokonać wykładni treści Formularza ofertowego złożonego przez Metroprojekt wbrew jego literalnemu brzmieniu i w sposób wprost sprzeczny z wymogami SIWZ, wskazuje przede wszystkim na to, jakie było brzmienie ujętego w Formularzu ofertowym oświadczenia. Otóż zgodnie z brzmieniem pkt 4 FO Wykonawca miał złożyć oświadczenie o następującej treści:

„Oświadczamy, że wszystkie osoby, które będą wykonywały czynności kierowania kontraktem i obsługi administracyjnej w trakcie realizacji Przedmiotu Zamówienia zostaną

przez nas,

lub naszych Podwykonawców,

zatrudnione na umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 974 nr 24 poz. 141 ze zm.)”

Ww. oświadczenie odpowiadało treści SIWZ przytoczonej w odwołaniu.

Tym samym, gdyby nawet przyjąć argumentację przedstawioną przez Zamawiającego o możliwości outsorcingu np. usług księgowych, czy związanych z ogólną obsługą przedsiębiorstwa (jakkolwiek Odwołujący zaprzecza jej prawidłowości), co powodowałoby, że wykonawca nie realizuje ich sam i zleca ww. usługi w formule innej niż podwykonawstwo, to i tak składając oświadczenie, wykonawca winien oświadczyć „tak” w pkt 4 FO. Argumentacja Zamawiającego, która zresztą całkowicie nie znajduje oparcia w treści oferty Metroprojekt, ponieważ absolutnie z żadnego miejsca w ofercie wykonawcy Metroprojekt nie wynika, by wykonawca ten zamierzał dokonać outsorcingu jakiekolwiek usługi, jest całkowicie nietrafiona z punktu widzenia brzmienia oświadczenia ujętego w treści pkt 4 FO. Gdyby bowiem wykonawca zamierzał zawrzeć z innym podmiotem umowę o zakup usług np. księgowych, wówczas - wedle rozumowania Zamawiającego - ani on sam, ani podwykonawca wykonawcy nie zatrudniałby osób wykonujących takie czynności. Zamawiający wymagał zaś oświadczenia o spełnianiu wymogu zatrudnienia, gdy sam wykonawca lub jego podwykonawcy będą zatrudniać osoby, które będą wykonywały czynności kierowania kontraktem i obsługi administracyjnej w trakcie realizacji Przedmiotu Zamówienia. Oświadczenie to odnosiło się przy tym zarówno do osób, które miały wykonywać czynności kierowania kontraktem, jak i obsługi administracyjnej w trakcie realizacji przedmiotu umowy. Wykonawca oświadczył zaś w pkt 4 FO, że nie spełni tego obligatoryjnego wymogu, co pozostaje wprost sprzeczne z opisem przedmiotu zamówienia wymogami SIWZ, co skutkować powinno odrzuceniem oferty Metroprojket.

Dodatkowo Odwołujący całkowicie nie zgadza się z argumentacją Zamawiającego, jakoby zgodne z opisem przedmiotem zamówienia, zapisami 4.5 SIWZ i 4.21. umowy i z samą treścią art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, było interpretowanie po otwarciu ofert ww. wymogu w sposób de facto legitymujący praktykę, której ww. zapisy SIWZ i przepis ustawy

Pzp miał zapobiegać.

Powszechnie wiadome jest bowiem, że intencją ustawodawcy przyświecającą przy wprowadzeniu do ustawy Pzp obowiązku określonego w art. 29 ust. 3a Pzp było właśnie wspieranie rynku pracy i zatrudniania osób w oparciu o umowę o pracę w odniesieniu do określonych przez Zamawiającego czynności przy realizacji przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji eliminowanie sytuacji, w których czynności, które powinny być wykonywane w oparciu o umowę o prace, byłyby wykonywane w oparciu o tzw. umowy śmieciowe. Zamawiający zaś na obecnym etapie postępowania w treści odpowiedzi na odwołanie, wskazuje, że jakkolwiek postawił takie wymagania, to tak naprawdę, w odniesieniu do obsługi administracyjnej przedmiotu zamówienia, wykonawca wcale nie musiał zatrudniać osób ją realizujących i dodatkowo jest to całkowicie zgodne z wymaganiem SIWZ, które nakazuje realizację tych czynności przez osoby zatrudnione na umowę o pracę! Taka argumentacja Zamawiającego w świetle jasnych i klarownych zapisów SIWZ i treści art. 29 ust. 3a ustawy Pzp jest niedopuszczalna i nieuprawniona. Odwołujący zwraca uwagę, że jeżeli wykonawcy na etapie przygotowania SIWZ nie zgłaszali żadnych uwag do brzmienia zapisów dokumentów zamówienia, to zasadnym jest przyjęcie, że są oni związani postanowieniami SIWZ (KIO 103/19).

Okolicznością bezsporną jest natomiast, że w treści OPZ w pkt 4.5 SIWZ i 4.21 wzoru Umowy stanowiącego Załącznik do SIWZ, znalazło się wymaganie zatrudnienia na umowę o prace osób wykonujących czynności obsługi administracyjnej przedmiotu zamówienia i czynności kierowania kontraktem. Przyjęcie, że po terminie składania ofert Zamawiający może stwierdzić, że część zapisów SIWZ de facto nie obowiązuje, prowadzi do podważenia sensu kluczowej instytucji prawa zamówień publicznych jaką jest, wiążąca obie strony, SIWZ. W konsekwencji takiego działania naruszone zostają podstawowe zasady prawa zamówień publicznych, w szczególności zasada przejrzystości postępowania (KIO 2290/18).

To wykonawca jest autorem swojej oferty i to on podejmuje decyzję, a w konsekwencji i odpowiedzialność za informacje w niej zamieszczone. To zadaniem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest złożenie oferty zgodnej z wymaganiami SIWZ, natomiast Zamawiający winien jest dokonać oceny złożonej oferty zgodnie z wymaganiami, które sam ukształtował, i nie jest w obliczu obowiązujących przepisów uprawniony do odstępowania od tych zasad. Każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu chce wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt, ale nie jest to wystarczającym uzasadnieniem dla sanowania błędów w ofercie jednego wykonawcy kosztem możliwości uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę, bowiem naruszenie zasad określonych w ustawie zawsze należy odnosić do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, gdyż wszystkich zasady te obowiązują. Uwzględnienie na etapie oceny ofert „przesłanek interpretacyjnych" nieujętych w SIWZ, co czyni Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, godzi wprost w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zwracamy uwagę, że okoliczność zatrudnienia na umowę o pracę osób wykonujących czynności kierowania kontraktem, tj. Kierownika Zespołu Projektowego, jak również obsługi administracyjnej realizacji tego konkretnego przedmiotu zamówienia, wpływa wprost na kalkulację ceny ofertowej. Różnica między ceną oferty Metroprojekt, a Odwołującego wynosi bowiem około 3% (około 250 tys. zł). Gdyby Zamawiający nie stawiał wymagania zatrudnienia na umowę o pracę osób wykonujących określone w SIWZ czynności, cena oferty Odwołującego byłaby niewątpliwie niższa, gdyż obowiązek zatrudnienia osób wykonujących wymagane w SIWZ czynności przez okres realizacji kontraktu (całość przedmiotu zamówienia ma zostać zrealizowana do 31 grudnia 2026 r.) generuje znaczne obciążenia po stronie Wykonawców. Czytając treść odpowiedzi na odwołanie okazuje się, że pomimo jasnych zapisów SIWZ Zamawiający odstąpił przy badaniu oferty Metroprojekt od wymagania SIWZ, które wiązało na etapie składania ofert wszystkich wykonawców. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty zostaną ocenione zgodnie z merytorycznymi wymaganiami Zamawiającego wyartykułowanymi w dokumentacji postępowania, zaś Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, rzetelnego zbadania złożonych ofert, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami, jakie ustawodawca nakłada na Zamawiającego, w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia, w tym dokonania starannej oceny złożonych ofert. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu pominął wymagania, które określił na podstawie art. 29 ust. 3a Pzp w odniesieniu do jednego z Wykonawców, nie dochowując tym samym należytej staranności przy ocenie ofert, czym naruszył również zasady naczelne, wskazane w art. 7 ust. 1 Pzp.

Oferta wykonawcy Metroprojekt nie zapewnia realizacji zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami SIWZ. Sprzeczność ta jest oczywista i dziwi fakt jej całkowitego pominięcia przez Zamawiającego. Podkreślić jednocześnie należy, że sam Zamawiający jasno w odpowiedzi na pytanie nr 26 wskazał, że osoby wykonujące czynności obsługi

administracyjnej to osoby zatrudnione przez Wykonawcę do obsługi biurowej „przy realizacji Przedmiotu Umowy". Nie chodzi więc tutaj o czynności związane z ogólną obsługą przedsiębiorstwa wykonawcy (tj. przykładowo wskazane usługi ubezpieczenia, czy usługi telekomunikacyjne), ale związane ze świadczeniem usług w zakresie realizacji tego konkretnego przedmiotu zamówienia i tej konkretnej umowy. Wskazać należy, że według zapisów SIWZ umowa mająca za przedmiot zaprojektowanie tak skomplikowanych projektów jak stacje metra wymaga współpracy i kooperacji wielu specjalistów z różnych dziedzin, które do realizacji wykonywanych czynności potrzebują zaplecza biurowo/administracyjnego i osób wykonujących czynności techniczne przy realizacji umowy na ich polecenie. Tym samym wszelkie czynności związane z obsługą biurową miały dotyczyć realizacji Przedmiotu umowy, nie zaś ogólnych usług koniecznych do funkcjonowania przedsiębiorstwa. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego czynności te, jako niezbędne do realizacji przedmiotu umowy, stanowią immanentną część czynności w zakresie realizacji zamówienia. Co istotne, sam przepis art. 29 ust. 3a Pzp nie odnosi się tylko do wykonywania czynności stanowiących „część zamówienia", ale operuje odrębnym pojęciem „czynności w zakresie realizacji zamówienia". Niewątpliwie zakres tego pojęcia obejmuje szerszy katalog czynności, niż tylko stanowiące część zamówienia. Do realizacji zamówienia zgodnie z umową konieczne jest bowiem wykonywanie całego spektrum czynności zapewniających taką zgodność, również w zakresie obsługi biurowej tego konkretnego przedmiotu zamówienia, a także nadzorowania wykonania kontraktu. Zresztą wymogi w zakresie zatrudnienia nie bez przyczyny ujęte zostały właśnie w przepisie art. 29, który odnosi się do opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym wymóg ten sensu stricte stanowi element opisu przedmiotu zamówienia, co powoduje, że jego realizacja stanowi realizację przedmiotu zamówienia. Wobec wszystkich przytoczonych wyżej argumentów, uzasadnienie Zamawiającego ujęte w odpowiedzi na odwołanie dotyczące wymogu zatrudnienia osób realizujących obsługę administracyjną przedmiotu Umowy nie zasługuje na uznanie, w sposób nieuprawniony legitymuje możliwość obchodzenia wymagań ustawy Pzp i SIWZ i w sposób oczywisty prowadzi do nierównego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

C) Zamawiający twierdzi w odpowiedzi na odwołanie, podkreślając wybrane fragmenty definicji Kierownika Zespołu Projektowego, że osoba ta nie musi być zatrudniona na umowę o pracę, ponieważ jest pełnomocnikiem wykonawcy, a z przepisów prawa nie wynika, że pełnomocnik powinien świadczyć usługi odpłatnie.

Odwołujący podkreśla po pierwsze, że w pkt 4.5. SIWZ i 4.21 wzoru Umowy Zamawiający jasno wskazał, że wymaga zatrudnienia na umowę o pracę osoby wykonującej czynności kierowania kontraktem. W odpowiedzi na pytanie nr 26 Zamawiający precyzyjnie określił, że przez „osoby wykonujące czynności kierowania kontraktem" Zamawiający rozumie osobę, o której mowa w pkt 1.1.10. Wzoru umowy, tj. Kierownika Zespołu Projektowego. Wedle pkt 1.1.10. Kierownik Zespołu Projektowego to osoba upoważniona przez Wykonawcę do nadzorowania wykonania przedmiotu Umowy, w tym także do występowania w imieniu Zespołu Projektowego wobec Kierownika Kontraktu Zamawiającego. (...) Oznacza to, że od samego początku Zamawiający wskazywał, że właśnie ta osoba, która ma nadzorować wykonanie przedmiotu umowy i być upoważniona przez Wykonawcę do kontaktów z Zamawiającym, ma być zatrudniona na umowę o pracę. Całkowicie niezrozumiałe jest w związku z tym na jakiej podstawie w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający twierdzi, że z powodu faktu, że osoba ta prócz nadzorowania wykonania kontraktu, będzie upoważniona do kontaktów z Zamawiającym, może nie być zatrudniona na umowę o pracę. Zamawiający podnosi w odpowiedzi argument, że przepisy prawa nie wymagają, by pełnomocnik świadczył swoje czynności odpłatnie. Nie wiadomo jednak co ten argument ma wspólnego z przedmiotem zamówienia i z wymaganiami SIWZ, które w sposób precyzyjny określały, jakie czynności mają być wykonywane w oparciu o umowę o pracę. Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że wedle zacytowanej wyżej definicji Kierownika Zespołu Projektowego główną funkcją tej osoby jest nadzorowanie wykonania przedmiotu Umowy po stronie Wykonawcy, co wymaga również stałego i bezpośredniego kontaktowania się z Zamawiającym. Przyjęcie przez Zamawiającego założenia, że osoba, która nadzoruje kontrakt za ponad 7 milionów złotych brutto, w którym zakres dotyczący projektowania ma trwać dwa lata miałaby wykonywać czynności za darmo jest całkowicie absurdalne i sprzeczne z zasadami logiki, a dodatkowo niezgodne z ustawą Pzp, która wymaga by w cenie oferty ujęte były co najmniej koszty pracownicze wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujące w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie (art. 90 ust. 1 pkt ó Pzp). W ocenie Odwołującego Zamawiający na etapie odpowiedzi na odwołanie próbuje dokonać modyfikacji wiążących zapisów SIWZ i zmienić ich treść, co jest działaniem niedopuszczalnym i zasługującym na negatywną ocenę.

D) Dalej Zamawiający wskazał, że „osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą lub też wspólnicy spółki prawa handlowego zamierzają realizować zamówienie osobiście. W orzecznictwie przyjmuje się, że takie osoby nie mogą pozostawać w stosunku pracy „samego ze sobą". W jednym z wyroków Sąd Najwyższy stwierdził, że jedyny wspólnik jednoosobowej spółki z o.o. może świadczyć pracę na rzecz tejże spółki jako prezes

jednoosobowego zarządu tylko poza stosunkiem pracy, a zatem na innej podstawie niż umowa o pracę" (wyr. SN z 9.2.2012 r., IUK 260/11)". Odwołujący chciałby w tym miejscu wskazać, że istotnie w orzecznictwie KIO pojawiały się wątpliwości co do realizacji tego wymogu, jednak przez osoby fizyczne prowadzące osobiście działalność gospodarczą, w sytuacji, gdy same będą wykonywać jakieś czynności w toku realizacji umowy, jak również wspólników spółek osobowych (np. jawnej, partnerskiej), którzy jednocześnie świadczą usługi osobiście w toku realizacji przedmiotu zamówienia („art. 29 ust. 3a p.z.p. należy interpretować przez pryzmat celu, jaki przyświecał ustawodawcy. Celem tym było położenie kresu patologii związanej z wymuszaniem na pracownikach zgody na pracę na umowach śmieciowych. Art. 29 ust. 3a p.z.p., dotyczy bowiem stosunków między wykonawcą a pracownikami. Mamy tutaj do czynienia z czynnościami podejmowanymi bezpośrednio przez wykonawcę, których przepis ten nie obejmuje. W zakresie spółki osobowej, w której wspólnicy będą samodzielnie świadczyli pracę w zakresie czynności określonych przez zamawiającego, brak jest możliwości zastosowania obowiązku zatrudniania takich osób na umowę o pracę"- wyrok KIO z 24.11.2016 r., KIO 2101/16). Orzecznictwo Izby nie odnosi się w żadnej mierze w tym zakresie do spółek kapitałowych prawa handlowego, a Matroprojekt posiada formę prawną spółki z ograniczoną odpowiedzialnością! Całkowicie nieadekwatne pozostaje w okolicznościach sprawy orzeczenie odnoszące się do świadczenia przez wspólnika na rzecz spółki funkcji prezesa Zarządu.

E) Na koniec Zamawiający wskazał, że nie jest wykluczone, że osoba będąca Kierownikiem Zespołu Projektowego Wykonawcy będzie posiadać uprawnienia budowlane do projektowania, co wedle Zamawiającego prowadzi do konstatacji, że „należy rozważyć, czy stawienie takiego wymagania nie doprowadzi do kreowania pozornych stosunków pracy". Odnosząc się do powyższych argumentów, Odwołujący chciałby ponownie wskazać, że wymaganie zatrudnienia Kierownika Zespołu Projektowego zostało jasno sformułowane w SIWZ i obowiązywało każdego wykonawcę, który ubiegał się o przedmiotowe zamówienie. Nie było ono przez żadnego z Wykonawców zaskarżone. Tym samym pozostaje ono wiążące zarówno dla Wykonawców, jak i Zamawiającego.

Niezrozumiałe i całkowicie naganne w ocenie Odwołującego jest obecne działanie Zamawiającego, który twierdzi - wbrew literalnym zapisom SIWZ, że z uwagi na fakt, iż być może wymaganie takie nie było do końca przemyślane przez Zamawiającego lub nieodpowiednie, to Zamawiający nie będzie go stosował. Takie działanie jest zdaniem Odwołującego niedopuszczalne i godzi rażąco w zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji. Ponadto, Zamawiający zdaje się zapominać o tym, że na etapie postępowania w zapisie pkt 4.5. początkowo znajdował się zapis o wyłączeniu osób posiadających uprawnienia budowlane z obowiązku zatrudnienia na umowę o pracę. Dowód: brzmienie pkt. 4.5. i 4.21. przed modyfikacją SIWZ z dnia 21.06.2019 r. (w dokumentacji postępowania).

Zamawiający, odpowiadając na pytanie nr 26, dokonał jednocześnie modyfikacji pkt 4.5. SIWZ 4.21. wzoru Umowy poprzez usuniecie postanowienia, które wyłączało spośród osób, które mają być zatrudnione, osoby wykonujące samodzielne funkcje w budownictwie w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. Tym samym Zamawiający jasno przesądził, że niezależnie od tego, czy osoba która będzie Kierownikiem Zespołu Projektowego będzie posiadała uprawnienia budowlane, czy też nie, ma być zatrudniona na umowę o pracę. W świetle powyższego, tym bardziej zastanawia uzasadnienie Zamawiającego, które zostało zawarte w odpowiedzi na odwołanie, które całkowicie pomija tę kwestię. Biorąc pod uwagę powyższe, jak również fakt, że oferta Wykonawcy BP Metroprojekt Sp. z o.o. jest ewidentnie sprzeczna z treścią SIWZ, przy czym nie dawała ona jakichkolwiek podstaw do interpretacji, których na etapie odpowiedzi na odwołanie dokonuje Zamawiający, Odwołujący podtrzymuje zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ww. Wykonawcy. Na koniec swoich wywodów Zamawiający stwierdził, że nie posiada stosowanych środków do weryfikacji sposobu organizacji przedsiębiorstwa wykonawcy na etapie oceny ofert. Odwołujący wskazuje jednak, że narzędziem, które sam Zamawiający w przygotowanej przez siebie dokumentacji postępowania i treści FO, wybrał w celu weryfikacji zgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie odnoszącym się realizacji obowiązków nałożonych na wykonawcę na podstawie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, była konieczność złożenia stosowanego oświadczenia w pkt 4 FO. Tym samym Zamawiający sam zdecydował, że na bazie tego oświadczenia będzie weryfikował zgodność oferty wykonawcy z wymaganiami SIWZ. Tym bardziej niezrozumiała jest sytuacja, w której oczywistą niezgodność oferty wykonawcy Metroprojekt z treścią SIWZ Zamawiający w ogóle pomija, wskazując na końcu odpowiedzi na odwołanie: „oświadczenia wykonawcy, o których mowa na wstępie, stwierdzają stan faktyczny, który jeżeli miałby być odmienny, podlegał będzie sankcjom określonym w umowie na etapie jej realizacji". To ostatnie twierdzenie nie jest prawdziwe, ponieważ oświadczenie ujęte w ofercie Metroprojekt w zakresie realizacji obowiązku zatrudnienia na umowę o pracę osób wykonujących wskazane w SIWZ czynności jest wprost sprzeczne z SIWZ i stanowić powinno podstawę do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

II. W zakresie stanowiska Zamawiającego przedstawionego w odniesieniu do zarzutu nr 2 i 3

odwołania Zamawiający w pierwszej kolejności zawarł w odpowiedzi na odwołanie wywód na temat prawa autorskiego, przyznając, że projekt architektoniczny stanowi utwór w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, będąc przejawem działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalonym w jakiejkolwiek postaci. Zamawiający wskazał jednocześnie, że twórcy projektu architektonicznego przysługują dwie wiązki uprawnień autorskie prawa osobiste i autorskie prawa majątkowe, przy czym przez autora Zamawiający rozumie osobę, która stworzyła dany utwór - tu: projekt architektoniczny. Jednocześnie Zamawiający powołał się na art. 8 ustawy pr. aut. i pokr. Wskazując, że „W celu ułatwienia obrotu utworami, domniemywa się, że twórcą, zgodnie z art. 8 pr. aut. jest osoba, której autorstwo uwidoczniono na egzemplarzach utworu lub której autorstwo podano do publicznej wiadomości w jakikolwiek inny sposób w związku z rozpowszechnieniem utworu. Zatem do czasu, kiedy inna osoba nie udowodni, że jest twórcą, autorstwo przypisuje się osobie, której nazwisko widnieje na egzemplarzu w charakterze autora" i dodając, że „bez znaczenia jest przy tym czy jest to osoba projektanta czy osoba projektanta sprawdzającego". Dalej Zamawiający wskazał na art. 9 pr. aut. i pokr., wedle którego współtwórcom przysługuje prawo autorskie wspólnie - gdy autorem są dwie lub większa liczba osób. Zamawiający, odwołując się do kolejnych kwestii związanych z ochroną prawno-autorską jasno wskazuje, że pojęcie „autora", „współautora" ujęte w treści warunku należy wiązać pojęciem autora na gruncie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Również w internetowym SJP słowo autor rozumiane w ten sam sposób: „Autor 1. twórca dzieła literackiego, naukowego, technicznego, dzieła sztuki itp. 2. sprawca; inicjator; projektodawca" ();
współautor- osoba będąca wspólnie z kimś autorem czegoś"
() Tym samym nadawanie określeniu
autor/współautor projektu budowlanego jakichkolwiek innych znaczeń jest pozbawione jakichkolwiek podstaw i faktycznych i prawnych.

Z powyższych wywodów Zamawiającego, jak się wydaje wynikać miałoby, że z uwagi na fakt, że P. O. i P. D. zostali w projektach budowlanych wymienieni jako sprawdzający, to automatycznie należy uznać ich jako współautorów całego projektu/ względnie projektów branżowych, które sprawdzali. Z powyższą konstatacją Odwołujący nie może się w żadnej mierze zgodzić. Taka interpretacja jest nie tylko absurdalna z punktu widzenia pr. aut. i pokr., potocznego rozumienia pojęć „autor" i „współautor", ale również całkowicie pomija przepisy prawa budowlanego, które jednoznacznie wskazują, jaką funkcje pełni sprawdzający i jakich czynności dokonuje. W pierwszej kolejności Odwołujący podtrzymuje twierdzenie, wedle którego funkcje projektanta i sprawdzającego są rozdzielne i niedopuszczalnym jest, by sprawdzający dokonywał sprawdzenia projektu, którego jest autorem/współautorem. Z przepisów prawa budowlanego jasno wynika jedynie, że projektant ma zapewnić sprawdzenie projektu w określonym w przepisach prawa zakresie.

Art. 20 Prawa budowlanego stanowi jasno, że:

1. Do podstawowych obowiązków projektanta należy:

1) opracowanie projektu budowlanego w sposób zgodny z wymaganiami ustawy, ustaleniami określonymi w decyzjach administracyjnych dotyczących zamierzenia budowlanego, obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej;

la) zapewnienie, w razie potrzeby, udziału w opracowaniu projektu osób posiadających uprawnienia budowlane do projektowania w odpowiedniej specjalności oraz wzajemne skoordynowanie techniczne wykonanych przez te osoby opracowań projektowych, zapewniające uwzględnienie zawartych w przepisach zasad bezpieczeństwa i ochrony zdrowia w procesie budowy, z uwzględnieniem specyfiki projektowanego obiektu budowlanego;

lb) sporządzenie informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia ze względu na specyfikę projektowanego obiektu budowlanego, uwzględnianej w planie bezpieczeństwa

i ochrony zdrowia;

1c) określenie obszaru oddziaływania obiektu;

2) uzyskanie wymaganych opinii, uzgodnień i sprawdzeń rozwiązań projektowych w zakresie wynikającym z przepisów;

3) wyjaśnianie wątpliwości dotyczących projektu i zawartych w nim rozwiązań;

3a) sporządzanie lub uzgadnianie indywidualnej dokumentacji technicznej, o której mowa

wart. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz.U. z 2019 r. poz. 266 i 730);

4) sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub organu administracji

architektoniczno-budowlanej w zakresie:

a) stwierdzania w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem,

b) uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru

inwestorskiego.

2. Projektant ma obowiązek zapewnić sprawdzenie projektu architektoniczno- budowlanego pod względem zgodności z przepisami, w tym techniczno-budowlanymi, przez osobę Dosiadającą uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w odpowiedniej specjalności".

Z powyższego jasno wynika, że to właśnie projektant opracowuje projekt budowlany w sposób zgodny z wymaganiami ustawy pr. budowlane, ustaleniami określonymi w decyzjach administracyjnych dotyczących zamierzenia budowlanego, obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej. To właśnie projektant zobowiązany jest również do wyjaśniania wątpliwości dotyczących projektu i zawartych w nim rozwiązań. To również projektant w toku sprawowania nadzoru autorskiego uzgadnia możliwość wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie. Tylko projektant może również na gruncie prawa budowlanego sprawować nadzór autorski. Zresztą sam nadzór określa się jako „autorski", co również potwierdza, że to właśnie projektant jest autorem projektu architektoniczno- budowlanego. Czy projektant mógłby wykonywać wszystkie te czynności, gdyby nie był autorem projektu budowlanego? Odpowiedzi jest oczywista i brzmi: Nie! To właśnie projektantowi, który jest autorem projektu, przysługują autorskie prawa osobiste i autorskie prawa majątkowe do projektu budowlanego. Tylko projektant będący autorem dzieła posiada legitymację do rozporządzania przysługującymi mu autorskimi prawami majątkowymi. Jednocześnie wedle art. 20 ust. 2 Pr. Bud. to na projektancie, będącym autorem projektu, ciąży obowiązek zapewnienia sprawdzenia opracowanego projektu architektoniczno-budowlanego pod względem zgodności z przepisami, w tym techniczno-budowlanymi przez sprawdzającego. Odwołujący zwraca uwagę, że sprawdzający musi posiadać uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w odpowiedniej specjalności, bo inaczej nie byłby przecież w stanie ocenić zgodność z przepisami, w tym techniczno-budowlanymi projektu architektoniczno-budowlanego, jednak czy można uznać, że takie sprawdzenie pod względem zgodności z przepisami, stanowi jakikolwiek twórczy, oryginalny wytwór intelektualnej pracy sprawdzającego, który pozwalałby uznawać go za współautora projektu budowlanego? Absolutnie nie. To projektant odpowiada za kreatywny proces twórczy, „wymyśla projekt", decyduje o tym, jak projektowany obiekt ma wyglądać, jak ma zostać zrealizowany, to on decyduje o jego indywidualnym charakterze powodującym, że mamy do czynienia z utworem na gruncie pr. aut. Jak wynika wprost z przepisów, sprawdzający ma za zadanie jedynie dokonać sprawdzenia przygotowanego przez projektanta projektu architektoniczno-budowlanego pod względem zgodności z przepisami, w tym techniczno-budowlanymi. Tym samym sprawdzający nie weryfikuje koncepcji twórczej, nie ma wpływu na oryginalny charakter dzieł jako utworu, a jedynie weryfikuje, czy ów utwór spełnia wymogi przepisów prawa, w tym techniczno-budowlanych. Co więcej, gdyby nawet sprawdzający miał jakieś uwagi do projektu przygotowanego przez projektanta, to nie dokonuje on samodzielnych poprawek na projekcie, ale zgłasza konieczność ich wprowadzenia projektantowi, który opracował projekt. To on jest bowiem autorem projektu i tylko on może wprowadzać w przedmiotowym projekcie zmiany. Nie zmienia to faktu, że sprawdzający ponosi odpowiedzialność za to sprawdzenie, bowiem swoim oświadczeniem potwierdza, że dokonał przedmiotowego sprawdzenia i w jego ocenie przygotowany przez projektanta projekt architektoniczno-budowlany jest zgodny z przepisami prawa, w tym techniczno-budowlanymi. Czy złożenie tego oświadczenia powoduje, że sprawdzający jest autorem lub współautorem projektu: oczywiście nie! Tym samym, twierdzenie Zamawiającego, że skoro w projekcie wskazano osoby projektantów sprawdzających, to są oni współautorami projektów architektoniczno-budowlanych jest całkowicie błędne i nie znajduje oparcia ani w przepisach prawa autorskiego, ani w potocznym rozumienia pojęć „autor", „współautor", ani w przepisach prawa budowlanego. Sprawdzających w projekcie nie ujawniono w żadnym razie jako autorów projektu, ale jako sprawdzających, których funkcja i zadania zostały powyżej jasno określone. Tym samym całkowicie nieuprawnione jest traktowanie przez Zamawiającego, który jest profesjonalnym podmiotem, który świetnie orientuje się w rolach poszczególnych uczestników procesu budowlanego, sprawdzających jako współautorów projektu, zwłaszcza, że Zamawiający był podmiotem, na rzecz którego wszystkie usługi projektowe wskazane w wykazie Metroprojekt były wykonywane, co powoduje, że Zamawiający miał pełną wiedzę o tym w jakim charakterze P. O. i P. D. zostali ujawnieni w projektach, i że nie mogli być oni współautorami projektu. Całkowicie niezrozumiałe jest zatem twierdzenie, że Zamawiający opierał się na oświadczeniu Metroprojekt ujętym w wykazie w sytuacji, gdy Metroprojekt wskazał wyłącznie usługi projektowe wykonywane na rzecz Zamawiającego, co do których Zamawiający jako inwestor miał pełną wiedzę na temat

funkcji, jakie były pełnione przy wskazanych projektach przez Pana O. i Pana D. i na temat rzeczywistych autorów/współautorów tych projektów.

Odnosząc się w tym miejscu do cytowanych przez Zamawiającego orzeczeń KIO, Odwołujący chciałby wskazać, że pierwsze z nich, tj. wyrok KIO z dnia 1.12.2017 r. (KIO 2427/17) dotyczył kwestii zgoła odmiennej sytuacji, niż będąca przedmiotem zarzutów w niniejszym postępowaniu. W wyroku tym Izba uznała, że: „w odniesieniu do liczby osób niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia Zamawiający wprowadził w SIWZ postanowienia dwojakiego rodzaju: po pierwsze opisał warunek udziału w postępowaniu, wymagając dysponowania minimum 4 projektantami (po jednym w każdej branży) oraz 4 projektantami sprawdzającymi (po jednym w każdej branży) oraz wskazania projektanta wiodącego, po drugie - określił jako trzecie kryterium oceny ofert, w ramach którego punktowane było zwiększenie zespołu projektantów ponad liczbę projektantów wskazaną jako minimalne wymagania. Pierwsze z tych wymagań miało charakter podmiotowy (warunek udziału w postępowaniu), drugie natomiast to kryterium oceny ofert odnoszące się do jakości wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający spełnianie warunku udziału w postępowaniu oceniał w pierwszej kolejności. W ocenie Izby z treści SIWZ w sposób jasny i niebudzący żadnych wątpliwości wynikało, że aby złożyć ważną ofertę, spełniającą wymagania Zamawiającego wykonawcy w punkcie 6 oferty musieli wskazać, iż do wykonania przedmiotu zamówienia (dokumentacji technicznej) przeznaczą co najmniej 8 osób, w tym 4 projektantów i 4 projektantów sprawdzających. Odwołujący natomiast w złożonej ofercie (w formularzu ofertowym) oświadczył, że przeznaczy do wykonania dokumentacji technicznej 4 projektantów i 1 projektanta wiodącego. Tym samym wskazanie przez Odwołującego, iż do wykonania dokumentacji technicznej przeznaczy 4 projektantów + 1 koordynatora powodowało, iż treść jego oferty była niezgodna z treścią SIWZ. A zatem Zamawiający prawidłowo dokonał odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący próbował rozgraniczyć pojęcia wykonania przedmiotu zamówienia i wykonania dokumentacji technicznej (będącej de facto przedmiotem zamówienia), argumentując, iż są to odrębne zadania/czynności i minimalny wymóg dysponowania 8 osobami dotyczył wyłącznie wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś dokumentacji technicznej, do której wykonania Odwołujący zadeklarował w formularzu 4 osoby. Odwołujący twierdził ponadto, iż dokumentację techniczną sporządzają tylko i wyłącznie projektanci, natomiast projektanci sprawdzający, jako osoby niezależne, nie mogą brać udziału w opracowywaniu projektów, w związku z czym na druku oferty w punkcie 6 wskazał tylko 4 projektantów oraz jednego koordynatora.

Odnosząc się do powyższego stanowiska Odwołującego wskazać należy po pierwsze, iż szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, sposób realizacji zamówienia oraz wytyczne do wykonania projektu technicznego Zamawiający zawarł w załącznikach nr 3 do SIWZ - opisie przedmiotu zamówienia, nr 2 do SIWZ - wzorze umowy oraz nr 4 do SIWZ - audytach. Stwierdzić należy, że wykonanie przedmiotu zamówienia wymaga współpracy wielu osób zarówno projektanta, projektanta sprawdzającego, projektanta wiodącego oraz innych osób sporządzających. Izba stwierdza, iż nieprawidłowe było stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym w ramach wykonania dokumentacji technicznej wchodzą wyłącznie prace projektowe wykonywane przez projektanta wyrażającego w ten sposób swój twórczy zamysł, albowiem projektant sprawdzający również ma wpływ na ostateczną wersję wykonanego projektu. Projektant sprawdzający posiada uprawnienia budowlane w zakresie projektowania i czynnie uczestniczy w pracach zespołu projektowego. Obowiązek uczestniczenia projektanta sprawdzającego w sporządzaniu dokumentacji technicznej w tym podpisanie projektu i dołączenie stosownych oświadczeń do projektu wynika z art. 20 ust. 2 oraz ust. 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2017 r. poz. 1332,1529) "Projektant, a także sprawdzający, o którym mowa w ust. 2, do projektu budowlanego dołącza oświadczenie o sporządzeniu projektu budowlanego, zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej." Projektant i projektant sprawdzający wykonują inne czynności przy opracowaniu dokumentacji jednak nie można funkcji projektanta sprawdzającego sprowadzić do czysto formalnego potwierdzenia wykonania dokumentacji. Projektant sprawdzający weryfikuje zgodności wykonywanego projektu już na etapie wstępnych założeń, uzgodnień i konsultacji, a przede wszystkim daje mu prawo do wykazywania błędów i wprowadzania poprawek do projektu. Tym samym stwierdzić należy, że zarówno projektant jak i projektant sprawdzający wchodzą w skład zespołu projektującego i czynnie uczestniczą w pracach zespołu projektującego tworząc dokumentację. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 sierpnia 2017 r. sygnatura akt KIO 1657/17 gdzie: "... projektanta sprawdzającego należy kwalifikować jako członka zespołu projektowego, który ponosi pełną odpowiedzialność za projekt na równi z innymi projektantami i dokonuje merytorycznej weryfikacji prawidłowości i zgodności z przepisami i normami zastosowanych rozwiązań technologicznych. Tezy te potwierdzają także przywołane przez Przystępującego w piśmie procesowym orzeczenia sądów administracyjnych, które zrównują odpowiedzialność za warstwę merytoryczną projektu projektanta i projektanta sprawdzającego. Podsumowując, projektant sprawdzający jest projektantem, który zdobył doświadczenie zawodowe jako projektant w zespole projektowym, który wykonał dokumentację projektową o określonych parametrach."

W przedmiotowym wyroku, na kanwie przedstawionych wyżej szczególnych okoliczności faktycznych, KIO uznała, że projektant może być uznawany za członka zespołu projektowego, nie przyjęła jednak w żadnej mierze, że jest on autorem projektu architektoniczno-budowlanego. Dodatkowo wskazać należy, że przedstawione w niniejszej indywidualnej sprawie rozumienie funkcji i zadań projektanta sprawdzającego jedynie częściowo znajduje oparcie w przepisach prawa budowlanego. Odwołujący w odwołaniu przedstawił szereg poglądów doktryny autorstwa osób posiadających uprawnienia budowlane, jak również wyroków sądów zapadłych w kwestiach dotyczących procesu budowlanego, które jasno określają funkcje i rolę sprawdzającego, i które nie pozostawiają wątpliwości, że sprawdzający nie może być uznany za współautora projektu architektoniczno-budowlanego. Jeszcze raz odwołujący wskazuje na wyrok NSA z dnia 29.01.2014 r. (II OSK 2062/12), w którym NSA wskazał: „Natomiast za osobę sporządzającą projekt nie może zostać uznany, jak chce tego skarżący, K.R., ponieważ nie był on osobą sporządzającą projekt. Jego udział w projekcie sprowadził się do sprawdzenia projektu architektoniczno-budowlanego pod względem zgodności z przepisami, w tym techniczno-budowlanymi, co znalazło swój wyraz w dokumentacji projektu, a co stanowiło zadośćuczynienie przepisom prawa - art. 20 ust. 2 ustawy Prawo budowlane. Czym innym jest bowiem sporządzenie projektu, a czym innym jego sprawdzenie pod względem zgodności z przepisami". „Sprawdzanie projektu pod względem zastosowanych rozwiązań technicznych nie dotyczy samego procesu projektowania. Związane jest natomiast z oceną gotowego projektu lub jego poszczególnych części" (wyr. WSA w Warszawie z dnia 13.01.2011 r. (VII SA/Wa 1847/10).

Również z cytowanego dalej wyroku KIO z dnia 25.08.2017 r. (1647/17) nie wynika w żadnej mierze jakoby projektant sprawdzający był autorem lub współautorem projektu architektonicznego. Co więcej sprawa ta dotyczyła kwestii spełniania warunków. Zamawiający oczekiwał, by wykonawca wykazał się dysponowaniem projektantami posiadającymi doświadczenie jako projektanci lub projektanci- członkowie zespołu projektowego. Odwołujący kwestionował, by sprawdzający mógł być uznany za członka zespołu projektowego, zaś Izba wskazała, że w jej ocenie jest możliwe by traktować sprawdzającego jako członka zespołu projektowego. W żadnym razie przedmiotowe orzeczenie nie dotyczy jednak tego, że projektant sprawdzający posiada status autora, czy współautora projektu architektoniczno-budowlanego. Warunek w niniejszym postępowania nie dopuszczał wykazania się doświadczeniem jako członek zespołu projektowego, a wymagał doświadczenia w byciu autorem lub współautorem projektu budowlanego.

Odwołujący chciałby również wskazać na przytoczone w treści odwołania orzecznictwo KIO (str. 16-17 odwołania), które również jasno wskazuje na role i funkcje projektanta sprawdzającego, potwierdzając, że osoba ta nie może być traktowana jako autor lub współautor projektu budowlanego. Co więcej podkreślić należy, że przy tworzeniu projektów zespół projektowy często składa się z kilku osób, występują także projekty, gdzie pracuje kilku projektantów. Tak było, na przykład, przy projektowaniu stacji C7, gdzie w zakresie architektury zostało wskazanych trzech projektantów. I ci sami projektanci zostali wskazani w decyzji o pozwoleniu na budowę jako autorzy projektu. Oznacza, to, że tylko w takiej sytuacji można mówić o współautorstwie projektu. W żadnej decyzji sprawdzający nie zostali wymienieni jako autorzy, ani nawet współautorzy projektu.

Po kilku stronach wywodów Zamawiającego na temat tego, że to projektant jest autorem projektu architektoniczno-budowlanego na koniec Zamawiający zaprzecza samemu sobie i stwierdza, że „Jak zostało wykazane powyżej o tym czy dana osoba jest autorem lub współautorem decyduje fakt, że była zaangażowana w opracowanie projektu (inaczej mówiąc brała udział w pracach zespołu opracowującego dokumentację projektową), a nie samo wymienienie tej osoby w decyzji zatwierdzającej projekt budowlany. Potwierdzeniem udziału danej osoby w projektowaniu było oświadczenie Przystępującego, zawarte w wykazie osób kierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia, w którym to oświadczeniu wprost wskazano, że dana osoba jest współautorem projektu opisanego w danej pozycji wykazu". Z powyższym wnioskiem w żadnej mierze Odwołujący nie może się zgodzić. W warunku i referującym do niego kryterium pozacenowym jasno określono, że zamawiający wymaga, żeby osoby wskazane jako projektanci posiadali nie tylko określone w SIWZ uprawnienia budowlane w danej specjalności, ale również, by byli autorami lub współautorami projektu/projektów budowlanych w zakresie niezbędnym do uzyskania pozwolenia na budowę wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę dla co najmniej jednej stacji podziemnej metra. Zarówno potoczne rozumienie pojęcia autor/współautor, jak również rozumienie na gruncie ustawy pr. aut. i pokr. jest jasne i w żadnym razie nie można pod pojęciem autora uznawać za autora/współautora osoby „która brała udział w pracach zespołu opracowującego dokumentacje projektową". Nic takiego nie wynikało z SIWZ. Zamawiający na etapie oceny ofert zmienia treść warunku. Gdyby warunek byłby skonstruowany w taki sposób niewykluczone jest, że o udzielenie przedmiotowego zamówienia ubiegaliby się inni wykonawcy, gdyż wymagania co do projektantów byłby znacznie mniej restrykcyjne. Takie działania Zamawiającego na etapie po otwarciu ofert są całkowicie niedopuszczalne.

Odwołujący podkreśla, że gdyby dany projekt architektoniczno-budowlany w zakresie podziemnej stacji metra współtworzyło dwóch projektantów, wówczas faktycznie byliby oni współautorami danego projektu i każdy z nich mógłby zostać wskazany jako współautor projektu/projektów budowlanych (PB) w zakresie niezbędnym do uzyskania pozwolenia na budowę wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę dla co najmniej jednej stacji podziemnej metra (o kubaturze nie mniejszej niż 35 tys. m3), z wyposażeniem jej w instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe niezbędne do funkcjonowania stacji metra. Nie można w żadnej mierze zgodzić się z aktualną, niezgodną z literalnym brzmieniem warunku ujętego w SIWZ wykładnią Zamawiającego, że wystarczyło być „zaangażowanym w opracowanie projektu jako członek zespołu projektowego", by być uznanym za współautora projektu/projektów budowlanych (PB) w zakresie niezbędnym do uzyskania pozwolenia na budowę wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę dla co najmniej jednej stacji podziemnej metra (o kubaturze nie mniejszej niż 35 tys. m3), z wyposażeniem jej w instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe niezbędne do funkcjonowania stacji metra. Podkreślić należy, że z postawionego przez Zamawiającego warunku jasno wynikało, że zaangażowanie jako współautor projektu nie mogło obejmować jakiegokolwiek zakresu, ale konieczne było wykazanie się doświadczeniem w zakresie „niezbędnym do uzyskania pozwolenia na budowę wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę dla co najmniej jednej stacji podziemnej metra (o kubaturze nie mniejszej niż 35 tys. m3), z wyposażeniem jej w instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe niezbędne do funkcjonowania stacji metra". Powyższe powoduje, że jedynie projektant będący autorem lub współautorem projektu (jednym z projektantów, którym przypisano autorstwo) projektu budowlanego, mógł spełnić przedmiotowy warunek. Tylko autorstwo/współautorstwo kompletnego projektu architektoniczno-budowlanego pozwala na uzyskanie pozwolenia na budowę. Abstrahując jeszcze od tego, że sprawdzający w żadnym razie nie może być uznany za autora projektu architektoniczno-budowlanego, to dodatkowo w żadnym razie uzyskanie pozwolenia na budowę nie zapewnia sama czynność sprawdzenia projektu, choć projektant, a więc autor projektu, takie sprawdzenie zapewnić musi. (...)".

W następnej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, ale zacytowanego powyżej pisma procesowego Odwołującego, a zwłaszcza przywołana tam wielokrotnie postanowienia SIWZ - pkt 4.5, wzoru umowy (pkt. 4.21) oraz treść oświadczenia zawartego w pkt 4 formularza ofertowego. Nadto, istotna jest treść warunku udziału (pkt. 9.1.3 oraz 9.1.4) oraz kryterium pozacenowego (pkt. 22.4 SIWZ, także pkt. 15.3.4 i przypis do tego punktu) związanego z punktowanym doświadczeniem. Dodatkowo, należy wskazać, że kwestia okoliczności faktycznych przytoczonych w tych pismach nie jest sporna, sporna jest jedynie ocena dokonana przez Zamawiającego złożonych przez Przystępującego dokumentów, tak formularza ofertowego, jak i wykazu osób oraz przyznana punktacja Przystępującemu. Odnosząc się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego, Izba uznała że podlega on oddaleniu.

W zakresie pierwszego zarzutu, Izba uznała, ze podlega on oddaleniu. Izba, w tym zakresie przeanalizowała stanowisko wyrażone przez Przystępującego podczas rozprawy i złożone przez niego dowody w kontekście oświadczenia z pkt 4 formularza ofertowego, jak i pozostałych oświadczeń zawartych w tym formularzu oraz treści pkt 4.5 SIWZ oraz 4. 21 wzoru umowy. Należy zauważyć, ze rzeczywiście treści pkt 4 formularza ofertowego w odróżnieniu od postanowień SIWZ (pkt 4.5) i wzoru umowy (pkt 4.21) ma charakter sformułowań w czasie przyszłym („będą", „zostaną (...) zatrudnione"). W konsekwencji wobec złożenia na rozprawie kopii umów o pracę z osobami będącymi Kierownikami Zespołu Projektowego oraz pracownikiem Działu ds. organizacyjno-technicznych, należy uznać stanowisko Przystępującego z rozprawy, że złożył oświadczenie negatywne, gdyż aktualnie zatrudnia te osoby (z oświadczenia) na umowę o pracę, za wiarygodne. Podczas rozprawy także Prezes Spółki Przystępującego ujawniony w KRS-ie i umocowany do samodzielnej reprezentacji oświadczył również, że osoby, których kopię umów o pracę zostały przedłożone są nadal zatrudnione u Przystępującego. Nadto, jedna z tych osób obecna na sali rozpraw, w odrębnym oświadczeniu także tą okoliczność potwierdziła. W rezultacie powyższego Izba nie może uznać oświadczenia z pkt 2, jako ogólnego i nie mającego znaczenia dla przedmiotu sporu, gdyż znajduje się w jego ramach stwierdzenie: „(.) wykonamy całość Przedmiotu Zamówienia, zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ i jej załącznikach", czyli także w kontekście zatrudniania na podstawie umowy o pracę wskazanych osób. Przy czym, nie będą zatrudniane nowe osoby, gdyż Przystępujący będzie korzystał z osób zatrudnionych od lat jak wynika z przedłożonych na rozprawie dowodów.

Odnośnie wątpliwości, co do braku wezwania do wyjaśnień w zakresie oświadczenia z pkt 4 formularza ofertowego, to Izba wskazuje na następujące okoliczności. Po pierwsze,

nie było formalnie takiego zarzutu w odwołaniu, po drugie przed odrzuceniem zgodnie z orzecznictwem tryb wyjaśnień winień być wyczerpany. W dalszej kolejności Izba wzięła pod uwagę brak możliwości zawarcia w pkt 4 formularza ofertowego jakiejkolwiek innej informacji niż TAK/NIE. Zamawiający potwierdził powyższe wskazując na ograniczenia w tym zakresie na platformy elektronicznej. Odwołujący nie kwestionował powyższego. Jednocześnie, Zamawiający w tym kontekście wskazał na możliwość dołączenia dodatkowego oddzielnego dokumentu. Przy czym, Izba wskazuje, że Przystępujący mógł nie mieć wiedzy w tym zakresie, że taka możliwość istnieje. Nadto, byłoby to oświadczenie, które stałoby w sprzeczności z oświadczeniem z pkt 4 formularza ofertowego i byłoby przedmiotem wykładni ze strony Zamawiającego. Odnośnie stanowiska Zamawiającego, że w ramach ewentualnych wyjaśnień nie mógłby żądać przedłożenia dowodów, to Izba nie podzieliła takiego stanowiska, choć spotkała się z takim poglądem w swojej praktyce.

Tak czy inaczej Przystępujący miał prawo do zamknięcia rozprawy przedstawić dowody na poparcie swoich twierdzeń (art. 190 ust. 1 zdanie drugie Pzp). W konsekwencji przyjęcia zawnioskowanych przez Przystępującego na rozprawie dowodów, złożenia oświadczenia przez obecnego na sali rozpraw Prezesa Spółki Przystępującego i oświadczenia złożonego przez jednego z pracowników, którego kopie umowy o prace przedłożono na rozprawie, Izba uznała zasadność argumentacji Przystępującego. Jednocześnie uznając, że wobec przytoczonej na wstępie formy czasu przyszłego oświadczenia z pkt 4 formularza ofertowego wszelkie wyjaśnienia w toku procedury przetargowej są zbędne. Wszelkie bowiem wątpliwości z zaistniałego stanu rzeczy i postanowień formularza ofertowego względem postanowień SIWZ (pkt 4.5) oraz wzoru umowy (4.21) należy rozstrzygnąć na korzyść Przystępującego. Zostało to celnie wskazane przykładowo w wyroku KIO z 16.04.2015 r. sygn. akt: KIO 660/15: "Należy wskazać, że obowiązuje swoista "święta" zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców". Podkreślono także w uchwale KIO z 03.08.2017 r., sygn. akt: KIO/KD 38/17, że: "Reguła ta wynika z prawniczej paremii »In dubio contra proferentem« znaczącej w języku polskim »Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi«. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest autorem ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które zostały zredagowane przez Zamawiającego.". Podobnie w wyroku SO w Nowym Sączu z 18.03.2015 r., sygn. akt: III Ca 70/15: "Zapisy w SIWZ (...) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny; a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu (...)" oraz w wyroku SO w Szczecinie z 07.03.2018 r. (sygn. akt. VIII Ga 102/18) wskazujący, że: "Wyrażona w art. 7 ust 1 p.z.p. zasada, obecnie formułowana jako zasada przejrzystości, oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej

dokumentacji luk [por. postanowienie TSUE z 13.07.2017 r. w sprawie C-35/17, Saferoad

Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o. o. v. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i

Autostrad, Oddział w Poznaniu; wyrok TSUE z 2.06.2016 r. w sprawie C-27/15, Pizzo v. CRGT Srl; wyrok TSUE z 7.04.2016 r. w sprawie C-324/14, Partner A. D. v. Zarządowi

Oczyszczania Miasta, Monitor Prawniczy z 2016 r., Nr 11, s. 570; oraz wyrok TSUE z 10.05.2012 r. w sprawie C-368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów".

Dodatkowo, Izba wskazuje na dalsze możliwości weryfikacyjne wynikające z wzoru umowy, co do sposobu wykonywania oświadczenia wynikającego z pkt 4 formularza ofertowego, w kontekście pkt 4.21 wzoru umowy i przewidzianej procedury z pkt 4.22 do 4.28 łącznie z możliwością zwrócenia się o przeprowadzenie kontroli przez Państwowa Inspekcje Pracy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu drugiego i trzeciego, Izba uznała że podlegają one oddaleniu.

Izba z uwagi na charakter obu zarzutów i wzajemnie powiązanie rozpoznała je łącznie. Po przeanalizowaniu przedmiotowej sprawy, postanowień SIWZ, dowodów złożonych przez obie strony w ramach swoich pism procesowych (odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie), jaki i oświadczenia z dnia 12.08.2019 r. Izby Projektowania Budowlanego przedłożonego przez Przystępującego, uznała konieczność oddalenia

zarzutów. Izba podkreśla, że należało wykazać się osobami o określonych w SIWZ uprawnieniach - w wykazie osób - które byłyby autorami lub współautorami projektu/ projektów budowlanych [w zakresie niezbędnym do uzyskania pozwolenia na budowę wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę] dla co najmniej 1 stacji podziemnej metra (o określonej kubaturze) ze stosownym wskazanym w SIWZ wyposażaniem. Wynika więc z tego, że zakres wymogu nie jest ograniczony sensu stricte do projektanta i projektanta sprawdzającego. Zaś, Zamawiający użył pojęć autor / współautor, których nie zdefiniował w SIWZ, choć odnosił je w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie do prawa autorskiego, nie tylko do Prawa Budowlanego.

Przy czym, przedmiotowe wymogi należy rozumieć szerzej, gdyż niewątpliwie czynnością niezbędną do uzyskania zatwierdzenia pozwolenia na budowę jest dokonanie sprawdzenia projektu budowlanego przez projektanta sprawdzającego. Jednocześnie, Izba podkreśla, że w jednym z opracowań Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa stwierdza się, że: „w odniesieniu do projektanta i sprawdzającego, wobec braku sprecyzowania

w dokumentach podziału odpowiedzialności, jako wyjściową przyjmuje się odpowiedzialność solidarną, tzn. po 50% chyba, że z przewodu dowodowego wynika inny podział" (miesięcznik Inżynier Budownictwa Nr 10 z 2010 r.:https://www.piib.org.pl/pliki/ib/ib 10 07.pdf). Podobnie wskazuje się w sądownictwie administracyjnym - wyrok WSA w Poznaniu z 02.12.2015 r., sygn. akt: IV SA/Po 652/15: „Wyjaśniono, że za prawidłowość sporządzenia projektu

budowlanego, w tym również przyjęte w projekcie rozwiązania, odpowiada projektant i jeżeli istnieje wymóg jego sprawdzenia, również sprawdzający". W tym zakresie stwierdza się nawet w wyroku WSA w Warszawie z 04.08.2009 r., sygn. akt: VII Sa/Wa 739/09: „Naruszenie art. 5 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 ze zm.) rodzi odpowiedzialność karną po stronie projektanta oraz osoby sprawdzającej bez względu na fakt czy złożyły one oświadczenia o sporządzeniu projektu budowlanego zgodnie z obowiązującymi przepisami czy też nie". Nadto, projektant sprawdzający składa oświadczenie o sporządzeniu projektu zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej (art. 20 ust. 4 Prawa Budowlanego). Biorąc pod uwagę odpowiedzialność zawodową oraz karną z tytułu poprawności projektu, Izba stoi na stanowisku, że stopień zaangażowania takiego projektanta sprawdzającego w dokumentację projektową nie może być powierzchowny i nie mniejszy niż projektanta opracowującego projekt. Skoro więc z czynnościami projektanta sprawdzającego wiąże się odpowiedzialność to nie można odmówić takiemu projektantowi sprawdzającemu prawa do uznania bycia jego współautorem.

Z tych względów autorstwo, a raczej współautorstwo projektanta sprawdzającego projektu/ projektów budowlanych [w zakresie niezbędnym do uzyskania pozwolenia na budowę wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę] dla co najmniej 1 stacji podziemnej metra (o określonej kubaturze) ze stosownym wskazanym w SIWZ wyposażaniem, musi zostać uznane. Izba także podzieliła stanowisko wyrażone w orzeczeniach przywołanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, tj. KIO 1657/17 oraz KIO 2427/17, choć w tamtych stanach faktycznych były pewne różnicę, w treści postanowień SIWZ, to co do istoty mogą one mieć zastosowanie w przedmiotowych okolicznościach sprawy. Jednocześnie podkreślając, że w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. akt: KIO 1657/17 str. 23 - wprost podaje się za opinią Przewodniczącej Rady Łódzkiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa, że projektanta sprawdzającego należy kwalifikować jako członka zespołu projektowego, który ponosi pełną odpowiedzialność za projekt na równi z innymi projektantami i dokonuje merytorycznej weryfikacji prawidłowości i zgodności z przepisami i normami zastosowanych rozwiązań technologicznych.

Mamy więc do czynienia ze zrównaniem odpowiedzialności za warstwę merytoryczną projektu - projektanta i projektanta sprawdzającego. Izba dodatkowo podkreśla, że oświadczenie złożone przez Przystępującego Izby Projektowania Budowlanego z dnia 12.08.2019 r. przedstawia zbieżne stanowisko, nadto odnosi się do struktury organizacyjnej Przystępującego, co Izba wzięła także pod uwagę w kontekście dalszej argumentacji. Nadto, Przystępujący podkreślał, że w sytuacjach, gdy mamy do czynienia ze stałą wyspecjalizowaną jednostka, w ramach które funkcjonuje stały zespół projektowy realizujący poszczególne projekty, które funkcjonują od lat, a nie są to architekci pracujący jednoosobowo lub zespoły konstruowane ad hoc, nie można odmówić współautorstwa projektantowi sprawdzającemu. Zwłaszcza jeśli biorą oni czynny udział w pracy takiego zespołu, gdzie na bieżąco weryfikowane są wartości poszczególnych elementów. Izba podkreśla, że także Odwołujący podnosił na rozprawie, że taka weryfikacja prac projektowych może odbywać się etapami, czyli nie po ukończeniu całego projektu. Należy zauważyć, że gdyby miało to miejsce po ukończeniu w sensie absolutnym trudno byłoby wprowadzić ewentualne poprawki, z tej przyczyny nie można traktować czynności projektanta sprawdzającego np. jaki tylko i wyłącznie opinii o zgodności, zwłaszcza jeśli mamy do czynienia z projektami o wysokim poziomie złożoności i skomplikowania (co w przedmiotowej sprawie dla wszystkich uczestników postępowania odwoławczego było

okolicznością notoryjną). Ewentualne uwagi takiego projektanta sprawdzającego, który nie brał udział w pracach zespołu mogłyby przynieść odwrotny skutek od zamierzonego. Okoliczność, zaś, że poprawki wynikające z weryfikacji projektanta sprawdzającego wprowadza projektant opracowujący projekt, nie wpływa w ocenie Izby na to, że projektant sprawdzający jest współautorem projektu, bo gdyby nie jego weryfikacja, to by ich w ogóle nie było. Owe współautorstwo nie polega więc na tym, że dana osoba jest jednocześnie autorem projektu i projektantem sprawdzającym. Nadto, Odwołujący zapomniał także, że Zamawiającemu chodziło o autora / współautora projektu budowlanego w zakresie niezbędnym do uzyskania pozwolenia na budowę. W przedmiotowych okolicznościach sprawy niewątpliwie - takie współautorstwo w kontekście przedstawionego w sensie szerokim wymogu należy uznać. Kwestia różnej praktyki w tym zakresie właściwych organów wydających decyzje administracyjną jest okolicznością dodatkową, która nie była decydująca w okolicznościach przedmiotowej sprawy. Izba także podkreśla, iż zauważyła fakt podobnego wskazania projektant sprawdzającego, jako współautora u Odwołującego zgodnie z załącznikiem nr 1 do odpowiedzi na odwołanie (stanowiącego tajemnice przedsiębiorstwa).

Odnośnie, zaś dowodu złożonego przez Odwołującego po zamknięciu rozprawy, powyższe skutkuje brakiem zaliczenia w poczet materiału dowodowego. Z tej przyczyny także nie ma możliwości odniesienia się przez Izbę do jej treści, w tym także wątpliwości autora tam wyrażonych.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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 (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: