Sygn. akt: KIO 1239/22

WYROK

z dnia 27 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska
Członkowie: Marek Bienias, Anna Chudzik
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 24 maja 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2022 r. przez wykonawcę MWE sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Studio Filmów Rysunkowych Instytucja Kultury z siedzibą w Bielsku - Białej

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego: zarzuty 1a, 1c, 1d, zarzut 2 z wyjątkiem części opisowej pkt 5-7, zarzut 3, 5-9 oraz wycofanych przez odwołującego: zarzut 2 część opisowa pkt 6 i 7, zarzut 10, 11, 13 i 15.

2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę MWE sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i

3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MWE sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

3.2. Zasądza od wykonawcy MWE sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Studio Filmów Rysunkowych Instytucja Kultury z siedzibą w Bielsku - Białej kwotę 4 300 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące trzysta złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów noclegu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Członkowie: .....

Sygn. akt KIO 1239/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Studio Filmów Rysunkowych Instytucja Kultury z siedzibą w Bielsku -

Białej- prowadzi "Ograniczony, jednoetapowy konkurs artystyczny na opracowanie koncepcji

realizacji wystawy stałej w Interaktywnym Centrum Bajki i Animacji przy Studiu Filmów Rysunkowych w Bielsku - Białej" na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. - dalej „ustawa pzp"), nr referencyjny: 10/2022/DI. Ogłoszenie o konkursie opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 kwietnia 2022 r., za numerem 2021/BZP 00027690.

W dniu 6 maja 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca MWE sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o konkursie oraz regulaminu konkursu:

1) ustanowienia nieproporcjonalnych, nieobiektywnych i naruszających zasadę minimalnego poziomu zdolności do wykonania zamówienia warunków udziału w konkursie;

2) nieprawidłowego zakresu opracowania pracy konkursowej;

3) nieprawidłowego ukształtowania warunków przyszłej umowy w sprawie realizacji zamówienia udzielonego z wolnej ręki po wyborze pracy konkursowej i negocjacjach z uczestnikiem konkursu, którego praca została wybrana.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 330 ust. 3 i 4 ustawy pzp oraz art. 112 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 16 i art. 116 ust.

1 ustawy pzp, poprzez:

a) sformułowanie w Rozdziale II ust. V.3 Regulaminu konkursu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, polegającego na wymaganiu aby uczestnik konkursu okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał prace obejmujące pełny zakres prac odpowiadający - pod względem zakresu rzeczowego prac i ich wartości - charakterowi planowanego zamówienia udzielanemu w trybie zamówienia z wolnej ręki, a więc wykonał co najmniej jedno zamówienie w zakresie zrealizowania wystawy czasowej lub stałej o dowolnej tematyce, o łącznej powierzchni wystawienniczej minimum 500 m2 (słownie: pięćset metrów kwadratowych) oraz wartości brutto minimum 3 000 000,00 zł (słownie: trzy miliony złotych), co stanowi nieobiektywny, nieproporcjonalny i sprzeczny z wymogiem wymagania minimalnego poziomu zdolności do wykonania zamówienia warunek udziału w konkursie, bowiem wymaga od wykonawcy wykazania się wykonaniem uprzednio zamówienia takiego samego, jak planowane przez Zamawiającego;

b) poprzez sformułowanie w Rozdziale II ust. V.3 Regulaminu konkursu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, polegającego na wymaganiu, aby uczestnik konkursu/wykonawca dysponował osobą przewidzianą do projektowania na stanowisku Główny Projektant o następujących kwalifikacjach, umiejętnościach i doświadczeniu zawodowym: „Wykształcenie wyższe na uczelni typu Akademia Sztuk Pięknych, kierunek Architektura Wnętrz lub równoważne. Poprzez wykształcenie równoważne do wskazanego rozumie się każde wykształcenie wyższe o kierunku artystycznym umożliwiające nabycie umiejętności, a więc posiadające w zakresie studiów co najmniej łącznie następujące przedmioty: - projektowanie mebli, - projektowanie wnętrz, - podstawy projektowania architektonicznego, - projektowanie wystawiennictwa, - fotografia, -

rysunek, - malarstwo, - rzeźba, - komunikacja wizualna, - podstawy projektowania graficznego, - komputerowe wspomaganie projektowania, - estetyka, - oświetlenie i akustyka. Wykonanie w okresie 10 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie co najmniej 2 projektów wystaw stałych lub czasowych o łącznej powierzchni wystawienniczej minimum 500 m2 każda, w tym m.in. jeden dla instytucji kultury lub muzeum. Doświadczenie zawodowe: co najmniej 3-letnie doświadczenie w pracy na stanowisku projektanta architektury wnętrz przy realizacji wystaw artystycznych", co stanowi nieobiektywny, nieproporcjonalny i sprzeczny z wymogiem wymagania minimalnego poziomu zdolności do wykonania zamówienia warunek udziału w konkursie, a przy tym naruszający warunki uczciwej konkurencji, bowiem w sposób nieuzasadniony ogranicza krąg podmiotów zdolnych wykonać zamówienie, a jednocześnie nie zabezpiecza zamawiającego przed skutkami otrzymania pracy konkursowej, która zostanie przygotowana przez osobę nieposiadającą wymaganych przepisami uprawnień, bowiem wyklucza z kręgu uczestników konkursu podmioty, które dysponują osobami o doświadczeniu i kwalifikacjach innych niż wskazane w warunku, które dają rękojmię należytego wykonania pracy konkursowej i samego zamówienia;

c) poprzez sformułowanie w Rozdziale II ust. V.3 Regulaminu konkursu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, polegającego na wymaganiu, aby uczestnik konkursu/wykonawca dysponował osobą przewidzianą do pełnienia funkcji projektanta grafiki i komunikacji wizualnej o następujących kwalifikacjach, umiejętnościach i doświadczeniu zawodowym: „Kwalifikacje i umiejętności: Wykształcenie wyższe na uczelni typu Akademia Sztuk Pięknych, kierunek Projektowanie Graficzne lub Wzornictwo lub równoważne. Wykonanie w okresie 10 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie co najmniej 2 projektów wnętrz o łącznej powierzchni wystawienniczej min. 500 m2 każdy. Doświadczenie zawodowe: co najmniej 3-letnie doświadczenie w pracy na stanowisku projektanta architektury wnętrz.", co stanowi nieobiektywny, nieproporcjonalny warunek udziału w konkursie, a przy tym nieadekwatny do rzeczywistych umiejętności, zdolności zawodowych i doświadczenia, jakich można obiektywnie oczekiwać od projektanta grafiki oraz nieuzasadniony przedmiotem konkursu i zamówienia z wolnej ręki opisanych w regulaminie konkursu.

d) poprzez sformułowanie w Rozdziale II ust. V.3 Regulaminu konkursu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w aspekcie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia, polegającego na wymaganiu aby uczestnik konkursu/wykonawca dysponował osobą przewidzianą do pełnienia nadzoru autorskiego, podczas gdy funkcję tę pełnić winien autor projektu wystawy, a zatem jest to warunek nadmierny, nieproporcjonalny i nieuzasadniony specyfiką przedmiotu konkursu oraz zamówienia z wolnej ręki;

2) art. 333 ust. 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 325 ust. 1 i art. 326 pkt 2 ustawy pzp, poprzez sformułowanie w Rozdziale II ust. IX.2 Regulaminu konkursu opisu zakresu opracowania pracy konkursowej w części opisowej, graficznej i multimedialnej w sposób, który utożsamia przedmiot konkursu, tj. pracy konkursowej z przedmiotem zamówienia, tj. usługi, która ma zostać wykonana na podstawie wybranej pracy konkursowej za wynagrodzeniem, w ramach zamówienia udzielonego jego uczestnikowi z wolnej ręki, po zaproszeniu i przeprowadzeniu negocjacji - w zakresie w jakim przedmiot zamówienia polega na zaprojektowaniu Wystawy stałej, tj. przygotowaniu projektu technicznego (wykonawczego) realizacji wystawy stałej;

3) art. 326 ustawy pzp w zw. z art. 325 ust. 1 i art. 7 pkt 8 ustawy pzp oraz art. 353(1) ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 z późn. zm.) - dalej „k.c." w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 41 ust. 1 i art. 43 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1062 z późn. zm.) - dalej „ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych", poprzez przewidzenie w regulaminie konkursu (załącznik nr 8 do regulaminu konkursu)

obowiązku przeniesienia w drodze jednostronnego oświadczenia uczestnika konkursu wszelkich autorskich praw majątkowych do pracy konkursowej na wszelkich polach eksploatacji, upoważnienia organizatora konkursu do dokonywania w pracy konkursowej wszelkich zmian, jak również do dokonywania opracowań w rozumieniu art. 2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz obowiązku zrzeczenia się przez uczestnika konkursu wykonywania autorskich praw osobistych wobec pracy konkursowej;

4) art. 99 ust. 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy pzp przez sporządzenie

niewyczerpującego, niejednoznacznego, niedokładnego i wzajemnie sprzecznego opisu

przedmiotu zamówienia zawartego w regulaminie konkursu oraz projekcie umowy o udzielenie zamówienia stanowiącego załącznik nr 2 do regulaminu konkursu, poprzez

określenie w ww. dokumentach, że przedmiotem zamówienia jest min. „ewentualny zakup

praw do materiałów (zdjęcia, filmy), w tym autorskich praw majątkowych w zakresie wskazanym w niniejszej Umowie", co jest niezgodne z zakresem zamówienia wskazanym

w § 1 ust. 1 i 2 projektu umowy, a ponadto niezgodność opisu przedmiotu zamówienia zawartego w § 1 ust. 1 i 2 projektu umowy z dalszymi postanowieniami § 1 projektu umowy w zakresie sposobu wykonania zamówienia, a także niezgodność opisu przedmiotu zamówienia zawartego w Rozdziale II ust. IV.1 Regulaminu konkursu z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w § 1 ust. 1 i 2 projektu umowy, a także niesprecyzowanie, o jakie materiały chodzi w ww. postanowieniu regulaminu i projektu umowy;

5) art. 99 ust. 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy pzp oraz art. 353(1) k.c. w zw. z art.

354 ust. 1, art. 5 k.c. i art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 454 i 455 ustawy

pzp, przez sporządzenie niejednoznacznego i niedokładnego opisu przedmiotu zamówienia zawartego w § 1 ust. 12 pkt 3 projektu umowy o udzielenie zamówienia stanowiącego załącznik nr 2 do regulaminu konkursu w ten sposób, że na kształt przedmiotu

zamówienia wpływ mają mieć bliżej nieokreślone wskazania Zamawiającego bądź podmiotów przez niego określonych, co może ponadto prowadzić również do modyfikacji umowy w sposób niezgodny z art. 454 i 455 ustawy pzp i z obejściem tych przepisów, a ponadto przez sporządzenie wzajemnie sprzecznego opisu przedmiotu zamówienia, gdyż wyczerpujący sposób wykonania przedmiotu zamówienia jest określony w § 1 ust. 3-6 oraz ust. 8-11 projektu umowy w oparciu o kryteria określone w sposób obiektywny oraz w postanowieniach § 2 projektu umowy;

6) art. 99 ust. 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy pzp oraz art. 353(1) k.c. w zw. z art. 5

k.c. i art. 58 k.c. oraz art. 8 ust. 1 ustawy pzp, przez sporządzenie niejednoznacznego i niedokładnego opisu przedmiotu zamówienia zawartego w Rozdziale II ust. IV.3 regulaminu konkursu, zgodnie z którym wykonawca jest zobowiązany przy tworzeniu Wystawy do zakupu autorskich praw majątkowych wszystkich wykorzystywanych utworów zgodnie z przepisami prawa autorskiego na wszystkich polach eksploatacji niezbędnych do realizacji projektu oraz przeniesienia ich ostatecznie na Zamawiającego, co jednocześnie, ze względu na niejednoznaczność i niedookreśloność stanowi postanowienie nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i może być nieuzasadnione przedmiotem zamówienia;

7) art. 353(1) k.c. w zw. z art. 5 i 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 16

ustawy pzp, poprzez sporządzenie postanowienia umownego zawartego w zestawieniu definicji umownych w pkt 12 i 13 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 2 do regulaminu konkursu, przez określenie, że ocena w zakresie tego czy wada jest wada istotną czy nieistotną należy do Zamawiającego, czym w sposób nadużywający pozycji dominującej i niedozwolony oraz arbitralny, ingerujący w spełnienie świadczenia przez wykonawcę, Organizator konkursu/zamawiający ustalił jednostronne uprawnienie do subiektywnej oceny okoliczności, która ma charakter obiektywny;

8) art. 99 i nast. ustawy pzp, art. 353(1) k.c. w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy

pzp w zw. z art. 60 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, poprzez:

a) zawarcie w § 1 ust. 14 pkt 2 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 2 do regulaminu konkursu postanowienia, zgodnie z którym w ramach przedmiotu umowy dotyczącego sprawowania nadzoru autorskiego mieścić się ma nadzór artystyczny nad opracowaniem Projektu Wystawy w zakresie zgodności z Pracą konkursową, Szczegółowym opisem przedmiotu umowy, Scenariuszem Wystawy oraz pozostałymi załącznikami do regulaminu konkursu, faktów i szczegółów historycznych dotyczących działalności Studia Filmów Rysunkowych w Bielsku - Białej, podczas gdy przedmiotem nadzoru autorskiego może być utwór i czynności prawne i faktyczne go dotyczące, nie zaś fakty

i szczegóły historyczne dotyczące działalności Studia Filmów Rysunkowych w Bielsku - Białej, co czyni treść umowy niezgodną z właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego, jaki ma łączyć strony w zakresie, w jakim przedmiot umowy dotyczy sprawowania nadzoru autorskiego;

b) zawarcie w Rozdziale II ust. IV.20 pkt 1 regulaminu konkursu postanowienia, zgodnie z którym w ramach przedmiotu umowy dotyczącego sprawowania nadzoru autorskiego

mieścić się ma nadzór merytoryczny nad opracowaniem projektu technicznego w zakresie zgodności z Pracą konkursową, Scenariuszem wystawy stałej oraz pozostałych załączników do Regulaminu konkursu, faktów i szczegółów historycznych

dotyczących Studia Filmów Rysunkowych w Bielsku - Białej, podczas gdy przedmiotem nadzoru autorskiego może być utwór i czynności prawne i faktyczne go dotyczące, nie zaś fakty i szczegóły historyczne dotyczące działalności Studia Filmów Rysunkowych w Bielsku - Białej co czyni treść umowy niezgodną z właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego, jaki ma łączyć strony w zakresie, w jakim przedmiot umowy dotyczy sprawowania nadzoru autorskiego;

9) art. 99 i nast. ustawy pzp, art. 353(1) k.c. w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy

pzp w zw. z art. 60 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, poprzez:

a) zawarcie w § 1 ust. 14 pkt 4 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 2 do regulaminu konkursu postanowienia, zgodnie z którym w ramach przedmiotu umowy dotyczącego sprawowania nadzoru autorskiego mieścić się ma nadzór nad realizacją kwerend oraz

katalogowaniem i inwentaryzacją zbiorów wykorzystywanych przy tworzeniu Wystawy,

podczas gdy przedmiotem nadzoru autorskiego może być utwór i czynności prawne i faktyczne go dotyczące, nie zaś czynności nadzorcze w zakresie realizacji kwerend oraz katalogowania i inwentaryzacji zbiorów wykorzystywanych przy tworzeniu Wystawy, co czyni treść umowy niezgodną z właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego, jaki ma łączyć strony w zakresie, w jakim przedmiot umowy dotyczy sprawowania nadzoru autorskiego;

b) zawarcie w Rozdziale II ust. IV.20 pkt 4 regulaminu konkursu postanowienia, zgodnie z którym w ramach przedmiotu umowy dotyczącego sprawowania nadzoru autorskiego

mieścić się ma nadzór nad realizacją kwerend oraz katalogowaniem i inwentaryzacją zbiorów wykorzystywanych przy tworzeniu Wystawy, podczas gdy przedmiotem nadzoru autorskiego może być utwór i czynności prawne i faktyczne go dotyczące, nie zaś czynności nadzorcze w zakresie realizacji kwerend oraz katalogowania i inwentaryzacji zbiorów wykorzystywanych przy tworzeniu Wystawy, co czyni treść umowy niezgodną z właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego, jaki ma łączyć strony w zakresie, w jakim przedmiot umowy dotyczy sprawowania nadzoru autorskiego;

10) art. 99 i nast. ustawy pzp, art. 353(1) k.c. w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy

pzp w zw. z art. 60 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, poprzez:

a) zawarcie w § 1 ust. 14 pkt 6 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 2 do regulaminu konkursu postanowienia, zgodnie z którym w ramach przedmiotu umowy dotyczącego sprawowania nadzoru autorskiego mieścić się ma uzgadnianie możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do rozwiązań przewidzianych w Projekcie Wystawy w zakresie rozwiązań merytorycznych i artystycznych, materiałów i konstrukcji, rozwiązań technicznych, technologicznych i użytkowych, podczas gdy przedmiotem nadzoru autorskiego może być utwór i czynności prawne i faktyczne go dotyczące, nie zaś uzgadnianie możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do rozwiązań przewidzianych w Projekcie Wystawy w zakresie rozwiązań merytorycznych i artystycznych, materiałów i konstrukcji, rozwiązań technicznych, technologicznych i użytkowych, które go nie dotyczą, co czyni treść umowy niezgodną z właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego, jaki ma łączyć strony w zakresie, w jakim przedmiot umowy dotyczy sprawowania nadzoru autorskiego;

b) zawarcie w Rozdziale II ust. IV.20 pkt 6 regulaminu konkursu postanowienia, zgodnie z którym w ramach przedmiotu umowy dotyczącego sprawowania nadzoru autorskiego mieścić się ma uzgadnianie możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do rozwiązań przewidzianych w Projekcie Wystawy w zakresie rozwiązań

merytorycznych i artystycznych, materiałów i konstrukcji, rozwiązań technicznych, technologicznych i użytkowych, podczas gdy przedmiotem nadzoru autorskiego może być utwór i czynności prawne i faktyczne go dotyczące, nie zaś uzgadnianie możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do rozwiązań przewidzianych w Projekcie Wystawy w zakresie rozwiązań merytorycznych i artystycznych, materiałów i konstrukcji, rozwiązań technicznych, technologicznych i użytkowych, które go nie dotyczą, co czyni treść umowy niezgodną z właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego, jaki ma łączyć strony w zakresie, w jakim przedmiot umowy dotyczy sprawowania nadzoru autorskiego;

11) art. 99 i nast. ustawy pzp, art. 353(1) k.c. w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 60 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, poprzez:

a) zawarcie w § 1 ust. 14 pkt 7 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 2 do regulaminu konkursu postanowienia, zgodnie z którym w ramach przedmiotu umowy dotyczącego sprawowania nadzoru autorskiego mieścić się ma opiniowanie przedstawionych propozycji rozwiązań zamiennych lub ich przedstawianie w przypadku niemożności zastosowania rozwiązań występujących w Projekcie Wystawy lub gdy ich zastosowanie jest nieekonomiczne lub nieefektywne w świetle aktualnej wiedzy technicznej i planowanego do uzyskania efektu, a koszt zastosowania nowych rozwiązań nie zwiększy kosztów zadania, podczas gdy przedmiotem nadzoru autorskiego może być utwór i czynności prawne i faktyczne go dotyczące, nie zaś opiniowanie przedstawionych propozycji rozwiązań zamiennych lub ich przedstawianie w przypadku niemożności zastosowania rozwiązań występujących w Projekcie Wystawy lub gdy ich zastosowanie jest nieekonomiczne lub nieefektywne w świetle aktualnej wiedzy technicznej i planowanego do uzyskania efektu, a koszt zastosowania nowych rozwiązań nie zwiększy kosztów zadania, są to bowiem czynności, które go nie dotyczą, co czyni treść umowy niezgodną z właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego, jaki ma łączyć strony w zakresie, w jakim przedmiot umowy dotyczy sprawowania nadzoru autorskiego;

b) zawarcie w Rozdziale II ust. IV.20 pkt 7 regulaminu konkursu postanowienia, zgodnie z którym w ramach przedmiotu umowy dotyczącego sprawowania nadzoru autorskiego mieścić się ma postanowienia, zgodnie z którym w ramach przedmiotu umowy dotyczącego sprawowania nadzoru autorskiego mieścić się ma opiniowanie przedstawionych propozycji rozwiązań zamiennych lub ich przedstawianie w przypadku niemożności zastosowania rozwiązań występujących w Projekcie Wystawy lub gdy ich zastosowanie jest nieekonomiczne lub nieefektywne w świetle aktualnej wiedzy technicznej i planowanego do uzyskania efektu, a koszt zastosowania nowych rozwiązań nie zwiększy kosztów zadania, podczas gdy przedmiotem nadzoru autorskiego może być utwór i czynności prawne i faktyczne go dotyczące, nie zaś opiniowanie przedstawionych propozycji rozwiązań zamiennych lub ich przedstawianie w przypadku niemożności zastosowania rozwiązań występujących w Projekcie Wystawy lub gdy ich zastosowanie jest nieekonomiczne lub nieefektywne w świetle aktualnej wiedzy technicznej i planowanego do uzyskania efektu, a koszt zastosowania nowych rozwiązań nie zwiększy kosztów zadania, są to bowiem czynności, które go nie dotyczą, co czyni treść umowy niezgodną z właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego, jaki ma łączyć strony w zakresie, w jakim przedmiot umowy dotyczy sprawowania nadzoru autorskiego;

12) art. 99 i nast. ustawy pzp, art. 353(1) k.c. w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp i w zw. z art. 16 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, przez zawarcie w § 2 ust. 1 lit. b projektu umowy stanowiącego załącznik nr 2 do regulaminu konkursu postanowienia, zgodnie z którym Wykonawca zobowiązany jest w ciągu 7 dni od otrzymania uwag przedkładać Zamawiającemu Projekt Wystawy uwzględniający uwagi Zamawiającego, co godzi w autorskie prawa osobiste wykonawcy jako twórcy utworu stanowiącego projekt Wystawy, w tym przede wszystkim integralność utworu;

13) art. 99 i nast. ustawy pzp, art. 353(1) k.c. w zw. z art. 58 k.c., art. oraz art. 354 § 1, 355 § 1 i 2 k.c. w z w. z art. 353 i 5 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zawarcie w § 2 ust. 17 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 2 do regulaminu konkursu postanowienia, zgodnie z którym wykonawca zobowiązuje się, że podejmował będzie wszelkie, konieczne, mające związek z wykonywaniem Przedmiotu Umowy, działania mające na celu należytą realizację i ochronę interesów Zamawiającego oraz powstrzymywał się będzie od działań, które mogłyby te interesy naruszyć, co wykracza poza zakres przedmiotu umowy i stanowiłoby świadczenie niemające z nim związku, stanowi

postanowienie niezgodne z zasadami współżycia społecznego, sprzeczne (ze względu na przedmiot i zakres umowy) z właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego nawiązywanego na podstawie tej umowy, stanowi obowiązek wykraczający poza cel społeczno-gospodarczy umowy i ustalone zwyczaje, a ponadto wykracza poza staranności ogólnie wymaganą w stosunkach tego rodzaju (należyta staranność) - także przy uwzględnieniu staranności w zakresie prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej oraz stanowi nadużycie prawa przez zamawiającego;

14) art. 99 i nast. ustawy pzp, art. 353(1) k.c. w zw. z art. 58 k.c. oraz art. 354 §1 k.c. w zw.

z art. 353 i 5 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zawarcie w § 4 ust. 7 umowy stanowiącego załącznik nr 2 do regulaminu konkursu postanowienia, z którego wynika, że wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie umowy ma charakter ryczałtowy i nie

podlega zmianie obejmując wszelkie należności Wykonawcy i podwykonawców, wszelkie koszty materiałów, urządzeń, sprzętu, wydatki, przewidywany zysk, koszty serwisowania(koszty związane z realizacją uprawnień wynikających z gwarancji), zaś w sytuacji poniesienia przez Wykonawcę dodatkowych kosztów związanych z realizacją umowy Wykonawcy nie przysługuje prawo do żądania wynagrodzenia dodatkowego, zaś niedoszacowanie, pominięcie oraz brak należytego rozpoznania zakresu Przedmiotu Umowy przez Wykonawcę nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia, podczas, gdy opis przedmiotu zamówienia jest sformułowany w umowie w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i niedokładny, co wykazane zostało w innych zarzutach niniejszego odwołania, co powoduje, że zakres przedmiotu umowy jest w pełni uzależniony od Zamawiającego i niezależny od faktycznych postanowień umowy w tym zakresie, zaś pełna odpowiedzialność za zakres umowy i konsekwencje jego zmian zależnych wyłącznie od Zamawiającego jest przeniesiona w całości jednostronnie na Wykonawcę, co wyłącza równowagę kontraktową stron umowy;

15) art. 99 i nast. ustawy pzp, art. 353(1) k.c. w zw. z art. 58 k.c. oraz art. 354 § 1, 355 § 1 i 2

k.c. w zw. z art. 353 i 5 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp i w zw. z art. 16 ustawy

o prawie autorskim i prawach pokrewnych, przez zawarcie w § 5 ust. 11 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 2 do regulaminu konkursu postanowienia, zgodnie z którym

Wykonawca upoważni Zamawiającego do wykonywania autorskich praw osobistych

względem Utworów w jego imieniu - w pełnym zakresie, co godzi w autorskie prawa osobiste wykonawcy jako twórcy utworu stanowiącego projekt Wystawy, w tym przede wszystkim integralność utworu, a także innych, bliżej nieokreślonych utworów, albowiem w umowie nie określono, jakich utworów to postanowienie dotyczy, co stanowi ponadto postanowienie niezgodne z zasadami współżycia społecznego, sprzeczne (ze względu na przedmiot i zakres umowy) z właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego nawiązywanego na podstawie tej umowy, stanowi obowiązek wykraczający poza cel społeczno-gospodarczy umowy i ustalone zwyczaje oraz stanowi nadużycie prawa przez zamawiającego.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu/Organizatorowi konkursu dokonania zmian treści regulaminu konkursu w następujący sposób:

a) W zakresie zarzutu nr 1:

- zmianę postanowień Rozdziału II ust. V Regulaminu konkursu poprzez nadanie mu brzmienia:

„Wykonawca spełni warunek w sytuacji, kiedy wykaże, że: - w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał prace odpowiadające, pod względem zakresu rzeczowego prac i ich wartości, charakterowi planowanego zamówienia udzielanemu w trybie zamówienia z wolnej ręki, a więc wykonał co najmniej: a) jedno zamówienie w zakresie wykonania projektu wystawy stałej wraz ze sprawowaniem nadzoru autorskiego podczas realizacji wystawy o powierzchni wystawienniczej minimum 500 m2 (słownie: pięćset metrów kwadratowych), b) jedno zamówienie w zakresie zrealizowania wystawy czasowej lub stałej o dowolnej tematyce, o łącznej powierzchni wystawienniczej minimum 500 m2 (słownie: pięćset metrów kwadratowych) oraz wartości brutto minimum 3 000 000,00 zł (słownie: trzy miliony złotych).”;

- zmianę postanowień Rozdziału II ust. V Regulaminu konkursu poprzez nadanie mu brzmienia:

„a) osobę przewidzianą do projektowania na stanowisku Główny Projektant: Kwalifikacje i umiejętności: Wykształcenie wyższe artystyczne lub techniczne, w programie którego odbywało się między innymi nauczanie projektowania wnętrz. Wykonanie w okresie 10 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie co najmniej 2 projektów wystaw stałych lub czasowych o powierzchni wystawienniczej minimum 500 m2 każda, w tym m.in. jeden dla instytucji kultury lub muzeum. Doświadczenie zawodowe: co najmniej 3-letnie doświadczenie w pracy na stanowisku projektanta przy realizacji wystaw artystycznych.";

- zmianę postanowień Rozdziału II ust. V Regulaminu konkursu poprzez nadanie mu brzmienia:

„b) osobę przewidzianą do pełnienia funkcji projektanta grafiki i komunikacji wizualnej Kwalifikacje i umiejętności: Wykształcenie wyższe na uczelni typu Akademia Sztuk Pięknych, kierunek Projektowanie Graficzne lub Wzornictwo lub równoważne. Wykonanie w okresie 10 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie co najmniej 2 projektów wystaw w zakresie grafiki o powierzchni wystawienniczej min. 500 m2 każdy. Doświadczenie zawodowe: co najmniej 3-letnie doświadczenie w pracy na stanowisku projektanta grafiki."

- zmianę postanowień Rozdziału II ust. V Regulaminu konkursu poprzez usunięcie następującego postanowienia:

„d) osobę przewidzianą do pełnienia nadzoru autorskiego: Kwalifikacje i umiejętności: Wykształcenie wyższe na uczelni typu Akademia Sztuk Pięknych, kierunek Architektura Wnętrz lub równoważne. Wykonanie w okresie 10 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie co najmniej 2 nadzorów autorskich projektów wystaw stałych lub czasowych o łącznej powierzchni wystawienniczej 500 m2 każda, w tym m.in. jednej w instytucji kultury lub muzeum. Doświadczenie zawodowe: co najmniej 3-letnie doświadczenie w pracy na stanowisku projektanta architektury wnętrz przy realizacji wystaw artystycznych."

b) W zakresie zarzutu nr 2 - zmianę postanowień Rozdziału IX ust. IX.2 Regulaminu konkursu, poprzez nadanie im brzmienia:

„a) Część opisowa - zawierająca: 1) Scenariusz wystawy - ogólne założenia, idea przewodnia, opis ścieżki zwiedzania wraz z jej kierunkiem, sposób zwiedzania, opis poszczególnych przestrzeni wraz z elementami ekspozycji, w tym propozycje dotyczące placu widowiskowo - rekreacyjnego oraz ogrodu widowiskowo - rekreacyjnego, opis rozwiązań wraz z opisem technik ekspozycyjnych i rozwiązań realizacyjnych planowanych do wykorzystania (w szczególności interaktywnych i multimedialnych oraz eksponatów) z uwzględnieniem rozwiązań dla osób z niepełnosprawnością zgodnie z Poradnikiem dla sektora kultury w zakresie zapewnienia dostępności stanowiącego Załącznik nr 3 do Regulaminu konkursu w zakresie umożliwiającym uzyskanie certyfikatu dostępności o którym mowa w art. 19 ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. (Dz. U. 2019. poz. 1696 z późń. zm.), 2) Opis do projektu oświetlenia, dźwięku, materiału graficznego i ilustracyjnego, materiału audiowizualnego, elementów ekspozycji dotyczący pomieszczenia Ekspozycji 1, 3) Opis założeń rekreacyjno - edukacyjnych pomieszczenia Ekspozycji 1, głównego przekazu i wątków łączących go z całą ekspozycją, 4) Zestawienie urządzeń multimedialnych

dotyczących pomieszczenia Ekspozycja 1, b) Część graficzna - zawierająca: 1) Koncepcja projektu wystawy w pomieszczeniu Ekspozycji 1 z uwzględnieniem rozwiązań dla osób z niepełnosprawnością, zawierający między innymi, opracowanie charakterystycznych detali architektonicznych w skali umożliwiającej odczytanie przyjętego rozwiązania materiałowo-technicznego (skala minimum 1:25) w postaci rzuty pomieszczenia, czterech widoków ścian i dwóch charakterystycznych detali architektonicznych. 2) Koncepcja projektu zagospodarowania jednego pomieszczenia zabawowego uwzględniającego każdą grupę wiekową w postaci opisu koncepcji. 3) Layout prezentacji multimedialnych - koncepcja plastyczna (graficzna), przewidziana do wszystkich prezentacji multimedialnych na wystawie z uwzględnieniem liternictwa, kolorystyki, motywów plastycznych i modelu animacji, 4) Jeden element powstawania animacji tj. ścieżka powstawania/ożywiania rysunku z opisem przedstawiającym poszczególne elementy, c) Część multimedialna - zawierająca: 1) Próbkę stylu i jakości przewidywanych animacji w postaci 10-sekundowego filmu animowanego,"

3. W zakresie zarzutu nr 3 - nakazanie Organizatorowi konkursu/Zamawiającemu

przewidzenie zawarcia z uczestnikami konkursu odpłatnych umów na przeniesienie autorskich praw majątkowych do prac konkursowych;

4. W zakresie zarzutu nr 4 - nakazanie Organizatorowi konkursu/zamawiającemu modyfikacji dokumentacji konkursowej i dokumentacji postępowania, tj. regulaminu konkursu i projektu umowy stanowiącej załącznik nr 2 do regulaminu przez zmianę i doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w nich zawartego, co do rzeczywistego zakresu poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia oraz ujednolicenie ww. dokumentów w tym zakresie, w tym doprecyzowanie postanowień § 1 ust. 13 pkt 4 projektu umowy poprzez określenie w sposób jednoznaczny, jakich materiałów dotyczy to postanowienie, w tym przez kogo, kiedy i w jakich warunkach wytworzonych;

5. W zakresie zarzutu nr 5 - nakazanie Organizatorowi konkursu/zamawiającemu modyfikacji § 1 ust. 12 pkt 3 projektu umowy stanowiącej załącznik nr 2 do regulaminu przez zmianę i doprecyzowanie ww. postanowienia projektu umowy tak, by wykluczyć wątpliwości dotyczące w szczególności kręgu podmiotów, których to postanowienie dotyczy, formy i charakteru „wskazań" oraz jednoznacznego określenia, czy te wskazania będą miały wpływ na zakres przedmiotu zamówienia, zwłaszcza powodując zwiększenie zakresu obowiązków umownych wykonawcy, co nie powinno pozostać bez wpływu na zmianę wysokości wynagrodzenia umownego oraz terminów wykonania przedmiotu zamówienia, albo - alternatywnie - nakazanie Organizatorowi konkursu/zamawiającemu wykreślenie § 1 ust. 12 pkt 3 z projektu umowy;

6. W zakresie zarzutu nr 6 - nakazanie Organizatorowi konkursu/zamawiającemu modyfikacji i doprecyzowania postanowienia Rozdziału II ust. IV.3 regulaminu konkursu poprzez określenie jaki ma być zakres nabywanych w ten sposób autorskich praw majątkowych; rodzaj czynności w ramach której nabycie ma nastąpić, tj. np. umowa przeniesienia autorskich praw majątkowych, licencja (wyłączna/niewyłączna); jaki ma być zakres nabywanych praw i sposób z nich korzystania; czy nabycie nastąpić ma na czas określony, czy nieokreślony; czy umowa obejmować ma nabycie praw do egzemplarzy utworów; jaki ma być sposób wykonywania nadzoru autorskiego; czy postanowieniem objęta jest również ochrona wizerunku; jak kształtować mają się postanowienia umowy w przypadku utworów będących wytworem współtwórczości;

7. W zakresie zarzutu nr 7 - nakazanie Organizatorowi konkursu/Zamawiającemu dokonania zmian treści pkt 12 i 13 części definicyjnej projektu umowy stanowiącego załącznik nr 2 do Regulaminu konkursu, poprzez wykreślenie z ww. punktów postanowienia w brzmieniu „przy

czym ocena w zakresie tego czy wada jest wadą istotną czy wadą nieistotną należy do Zamawiającego" albo - ewentualnie - zastąpienie go wskazaniem obiektywnych przesłanek pozwalających stronom umowy kwalifikować wady jako istotne i nieistotne;

8. W zakresie zarzutu nr 8 - nakazanie Organizatorowi konkursu/Zamawiającemu dokonania zmian treści projektu umowy stanowiącej załącznik nr 2 do Regulaminu konkursu poprzez wykreślenie z § 1 ust. 14 pkt 2 projektu umowy słów „faktów i szczegółów historycznych dotyczących działalności Studia Filmów Rysunkowych w Bielsku - Białej";

9. W zakresie zarzutu nr 8 - nakazanie Organizatorowi konkursu/Zamawiającemu dokonania zmian treści postanowienia Rozdziału II ust. IV. 20 pkt 1 Regulaminu konkursu poprzez wykreślenie z niego słów „faktów i szczegółów historycznych dotyczących Studia Filmów Rysunkowych w Bielsku - Białej";

10. W zakresie zarzutu nr 9 - nakazanie Organizatorowi konkursu/Zamawiającemu dokonania zmian treści projektu umowy stanowiącej załącznik nr 2 do Regulaminu konkursu poprzez wykreślenie w całości § 1 ust. 14 pkt 4 z projektu umowy;

11. W zakresie zarzutu nr 9 - nakazanie Organizatorowi konkursu/Zamawiającemu wykreślenia w całości z Regulaminu konkursu postanowienia Rozdziału II ust. IV. 20 pkt 4 Regulaminu konkursu;

12. W zakresie zarzutu nr 10 - nakazanie Organizatorowi konkursu/Zamawiającemu dokonania zmian treści projektu umowy stanowiącej załącznik nr 2 do Regulaminu konkursu poprzez wykreślenie w całości § 1 ust. 14 pkt 6 z projektu umowy;

13. W zakresie zarzutu nr 10 - nakazanie Organizatorowi konkursu/Zamawiającemu wykreślenia w całości z Regulaminu konkursu postanowienia Rozdziału II ust. IV. 20 pkt 6 Regulaminu konkursu;

14. W zakresie zarzutu nr 11 - nakazanie Organizatorowi konkursu/Zamawiającemu dokonania zmian treści projektu umowy stanowiącej załącznik nr 2 do Regulaminu konkursu poprzez wykreślenie w całości § 1 ust. 14 pkt 7 z projektu umowy;

15. W zakresie zarzutu nr 11 - nakazanie Organizatorowi konkursu/Zamawiającemu wykreślenia w całości z Regulaminu konkursu postanowienia Rozdziału II ust. IV. 20 pkt 7 Regulaminu konkursu;

16. W zakresie zarzutu nr 12 - nakazanie Organizatorowi konkursu/Zamawiającemu dokonania zmian treści projektu umowy stanowiącej załącznik nr 2 do Regulaminu konkursu w zakresie wszelkich postanowień dotyczących wprowadzania przez wykonawcę zmian w Projekcie Wystawy uwzględniających uwagi Zamawiającego poprzez wprowadzenie postanowienia umownego, które przewiduje, że uwagi Zamawiającego do Projektu Wystawy mogą dotyczyć wyłącznie kwestii zasadnych merytorycznie, ale nie mogą wpływać na zakres artystyczny utworów, które objęte są zamówieniem, w tym w szczególności nie mogą naruszać autorskich praw osobistych Wykonawcy, w tym prawa do zachowania integralności utworu oraz innych uprawnień autora wynikających z art. 16 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych;

17. W zakresie zarzutu nr 13 - nakazanie Organizatorowi konkursu/Zamawiającemu dokonania zmian treści projektu umowy stanowiącej załącznik nr 2 do Regulaminu konkursu poprzez wykreślenie w całości § 2 ust. 17 z projektu umowy;

18. W zakresie zarzutu nr 14 - nakazanie Organizatorowi konkursu/Zamawiającemu dokonania zmian treści projektu umowy stanowiącej załącznik nr 2 do Regulaminu konkursu poprzez wykreślenie w całości § 4 ust. 7 z projektu umowy;

19. W zakresie zarzutu nr 15 - nakazanie Organizatorowi konkursu/Zamawiającemu dokonania zmian treści projektu umowy stanowiącej załącznik nr 2 do Regulaminu konkursu poprzez wykreślenie w całości § 5 ust. 11 z projektu umowy.

Uzasadnienie zarzutów w części spornej, obejmującej zarzuty nieuwzględnione i niewycofane:

Zarzut 1 b)

Uzasadniając zarzut 1 b) odwołania Odwołujący wskazał na nieproporcjonalność i nieobiektywny charakter warunku udziału w konkursie sformułowanego w Rozdziale II ust. V Regulaminu konkursu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, polegającego na wymaganiu aby wykonawca dysponował osobą przewidzianą do projektowania na stanowisku Główny Projektant o określonych kwalifikacjach i umiejętnościach oraz doświadczeniu. W ocenie Odwołującego postanowieniem tym Zamawiający w sposób nieuzasadniony ogranicza krąg podmiotów zdolnych wykonać przedmiot konkursu i zamówienia udzielanego z wolnej ręki w rezultacie wyniku konkursu, a jednocześnie ustanawiając ten warunek nie zabezpiecza się przed skutkami otrzymania pracy konkursowej, która zostanie przygotowana przez osobę nieposiadającą wymaganych przepisami uprawnień, bowiem wyklucza z kręgu uczestników konkursu podmioty, które dysponują osobami o doświadczeniu i kwalifikacjach innych niż wskazane w warunku, a które dają rękojmię należytego wykonania pracy konkursowej i samego zamówienia, bowiem legitymują się kwalifikacjami wyższymi niż przewidziane w regulaminie konkursu. Zastosowany przez Zamawiającego kazuistyczny opis kwalifikacji w zakresie studiów prowadzi wprost do ogranicza możliwość pełnienia funkcji Głównego Projektanta do osób, które ukończyły studia wyższe na kierunku architektura wnętrz na ASP, zajmującej się zawodowo projektowaniem wystaw. Zamawiający, w sposób nieuprawniony eliminuje w ten sposób z kręgu osób, które mogą pełnić funkcję Głównego Projektanta osoby posiadające znaczące doświadczenie w projektowaniu wystaw, które z wykształcenia są architektami i posiadają wystarczające kwalifikacje i umiejętności do pełnienia tej funkcji, a jednocześnie dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu konkursu i zamówienia, a więc eliminuje jednocześnie z kręgu uczestników konkursu i wykonawców zamówienia podmioty, które dysponują obiektywnie rzecz biorąc kwalifikacjami i doświadczeniem wystarczającym do realizacji przedmiotu konkursu i zamówienia w sposób należyty. Powołał się na wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 21 czerwca 2017 r., w sprawie III SA/Wr 1493/16. Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie zwraca się uwagę, że „Odnośnie przepisu art. 116 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych należy zwrócić uwagę na fakultatywny charakter tego przepisu. Ustawodawca wskazał bowiem, iż zamawiający „może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia,

potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości". A zatem należy mieć na uwadze, że wprowadzenie do SWZ postanowień w zakresie warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego niezbędnego doświadczenia, stanowi uprawnienie zamawiającego, które oczywiście powinno być realizowane z poszanowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych i zasad z niej wynikających." (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2021 r., sygn. akt: KIO 834/21). Natomiast sposób sformułowania kwestionowanego warunku jest w ocenie Odwołującego sprzeczny z tymi wymogami, albowiem w istocie sformułowany przez Zamawiającego warunek wykształcenia i doświadczenia osoby mającej pełnić funkcję Głównego Projektanta wyklucza z kręgu potencjalnych wykonawców i uczestników konkursu podmioty mogące skierować do tego celu osoby o kwalifikacjach i doświadczeniu odpowiadającym potrzebom Zamawiającego. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 206/22.

Zarzut 2 cześć opisowa pkt 5

Odwołujący podniósł, iż rezultat (utwór) realizacji pracy konkursowej jest przedmiotowo tożsamy (w części) z przedmiotem zamówienia, które ma dopiero zostać udzielone, po negocjacjach, w trybie z wolnej ręki, temu z uczestników konkursu, którego praca zostanie wybrana. Wynika to z analizy treści regulaminu konkursu przygotowanego przez organizatora oraz postanowień projektu umowy, której przedmiotem jest zamówienie, które ma zostać udzielone uczestnikowi konkursu, którego praca zostałaby wybrana. Odnosi się to do zakresu opracowania pracy konkursowej w części opisowej pkt 5 w sposób, który utożsamia przedmiot konkursu, tj. pracy konkursowej z przedmiotem zamówienia, tj. usługi, która ma zostać wykonana na podstawie wybranej pracy konkursowej w ramach zamówienia udzielonego jego uczestnikowi z wolnej ręki, po zaproszeniu i przeprowadzeniu negocjacji - w zakresie w jakim przedmiot zamówienia polega na zaprojektowaniu Wystawy stałej, tj. przygotowaniu projektu technicznego (wykonawczego) realizacji wystawy stałej.

Odwołujący wskazał na następujące postanowienia regulaminu konkursu oraz projektu umowy stanowiącej załącznik nr 2 do tego regulaminu dotyczące przedmiotu zamówienia, które należy następnie zestawić z kwestionowanymi przez Odwołującego w zakresie zarzutu nr 2 postanowieniami regulaminu konkursu dotyczącymi zakresu opracowania pracy konkursowej:

- Zgodnie z Rozdziałem II ust. IV.1 regulaminu konkursu: „IV.1 W wyniku rozstrzygnięcia konkursu Zamawiający zaprosi autora lub autorów najlepszej pracy do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, na przygotowanie projektu technicznego (wykonawczego) realizacji wystawy stałej oraz wykonania wystawy zgodnie z przygotowanym projektem wraz z nadzorem autorskim (dalej: zamówienie). Zamówienie obejmie więc: - Wykonanie projektu technicznego (wykonawczego) wystawy wraz ze świadczeniem usług nadzoru autorskiego,

(■■■)".

- Zgodnie z Rozdziałem II ust. IV.4 regulaminu konkursu: „IV.4 Wystawa realizowana będzie

na podstawie zwycięskiej pracy konkursowej w przypadku udzielenia zamówienia z wolnej ręki."

- Zgodnie z Rozdziałem II ust. III.2 regulaminu konkursu: „III.2 Koncepcja wystawy, która zostanie przedstawiona w pracy konkursowej będzie stanowić podstawę do sporządzenia kompletnej dokumentacji projektowej - projekt techniczny (wykonawczy), a następnie

wykonania wystawy zgodnie z przygotowanym i zaakceptowanym przez Zamawiającego projektem."

- Zgodnie z Rozdziałem II ust. IV.18 regulaminu konkursu: „IV.18 Główne elementy projektu technicznego - szczegółowego zaprojektowania przestrzeni wystawy stałej:

- część opisowa projektu zawierająca co najmniej opis systemu wystawienniczego wraz opracowaniem treści merytorycznych dla poszczególnych elementów oraz miejsc ekspozycji, kompozycji eksponatów tradycyjnych, obiektów rzeczywistych oraz stanowisk manualnych i zabawowych, zestawienie oświetlenia wraz z podaniem parametrów, wykaz multimediów wraz z ich parametrami oraz opisem wykorzystania na wystawie, zestawienie urządzeń alarmowych oraz monitorujących wraz z podaniem parametrów, opisy charakteryzujące materiały audiowizualne, plastyczne i graficzne,

- specyfikacje techniczne, w tym wskazanie materiałów, urządzeń, elementów wykończeniowych oraz detali scenograficznych wraz z kolorystyką, specyfikacje osprzętu elektrycznego wraz z podaniem typu, rodzaju, parametrów, liczby, specyfikacje opraw, źródeł światła, osprzętu itp. wraz z podaniem typu, rodzaju, parametrów, liczby, specyfikacje urządzeń multimedialnych umożliwiających realizacje przewidzianych funkcji wraz z podaniem typu, rodzaju, parametrów, liczby,

- rzuty aranżacji poszczególnych poziomów, sal, stref wystawy - rysunki poszczególnych kondygnacji z zaznaczeniem pomieszczeń,

- rzuty, widoki, przekroje pomieszczeń wraz z rozmieszczeniem urządzeń multimedialnych, eksponatów tradycyjnych, obiektów rzeczywistych oraz stanowisk manualnych,

- określenie dyspozycji oświetleniowych, elektroinstalacyjnych teleinformatycznych, w tym schematy: multimedialny, elektryczny, oświetleniowy, alarmu i monitoringu - rzuty z rozmieszczeniem elementów instalacji elektrycznej (wypustów, gniazd, łączników itp.), rzuty z rozmieszczeniem oświetlenia (w tym oświetlenia miejsc ekspozycji, ewakuacyjnego, awaryjnego), rzuty z rozmieszczeniem systemu alarmu i monitoringu - zakłada się zapewnienie pełnych zabezpieczeń eksponowanych obiektów - w przestrzeni ogólnodostępnej i przy braku osób pilnujących,

- opracowanie scenariuszy aplikacji multimedialnych, treści merytorycznych do aplikacji multimedialnych, określenie rodzaju, parametrów, długości itp. Kontentu multimedialnego,

- opracowanie grafiki wzorniczej - projekt graficzny plansz informacyjnych, grafiki wielkoformatowej, opracowanie systemu oznaczenia poszczególnych stref i pomieszczeń, projekt wzorniczy grafiki dekoracyjnej, system graficzny komunikacji, identyfikacji i informacji wizualnej,

- opracowanie szablonu grafiki do aplikacji multimedialnych oraz prezentacji spójnego z projektem grafiki,

- określenie typu, rodzaju, parametrów wybranej technologii, koloru, liczby, użytych wykończeń, materiałów i druków wraz z zestawieniem powierzchni do użytych obiektów scenograficznych i ekspozycyjnych, eksponatów tradycyjnych, obiektów rzeczywistych oraz stanowisk manualnych, użytych elementów wyposażenia wnętrz wraz z zestawieniem tabelarycznym i wskazaniem ich lokalizacji,

- widoki i rozwinięcia ścian z naniesionymi wszystkimi elementami wymagającymi trwałego montażu i podanym sposobem zamontowania wraz z podaniem wymiarów,

- rysunki szczegółowe nietypowych elementów wyposażenia wnętrz, obiektów scenograficznych i ekspozycyjnych, obiektów rekreacyjnych i zabawowych wraz z detalami, pełnym wymiarowaniem i opisem zastosowanych materiałów."

• Zgodnie z § 1 ust. 1 projektu umowy stanowiącej załącznik nr 2 do regulaminu konkursu:

„1. Przedmiotem umowy jest zaprojektowanie i zrealizowanie Wystawy stałej w Interaktywnym Centrum Bajki i Animacji przy Studiu Filmów Rysunkowych w Bielsku - Białej".

Jednocześnie Odwołujący wskazał na następujące (poza postanowieniem kwestionowanym przez Odwołującego w zakresie zarzutu nr 2) postanowienia regulaminu konkursu dotyczące przedmiotu konkursu, tj. pracy konkursowej i wymagania stawiane jej przez organizatora konkursu:

- Zgodnie z Rozdziałem II ust. II.2.8 regulaminu konkursu: „II.2 Koncepcja funkcjonalno-artystyczna realizacji wystawy stałej w Interaktywnym Centrum Bajki i Animacji przy Studiu Filmów Rysunkowych w Bielsku - Białej - Zadanie konkursowe składa się z: (...) 8) Zestawienie urządzeń multimedialnych wraz z podaniem ich parametrów oraz opisu ich wykorzystania na wystawie."

- Zgodnie z Rozdziałem II ust. II.3 Regulaminu konkursu: „Wystawę należy zaprojektować w powstającym Budynku Interaktywnego Centrum Bajki i Animacji przy Studiu Filmów Rysunkowych w Bielsku-Białej wraz placem widowiskowo - rekreacyjnym oraz ogrodem widowiskowo - rekreacyjnym, tym samym należy dostosować się do zaprojektowanych

i powstających powierzchni, instalacji i rozwiązań komunikacyjnych przedstawionych w Załączniku nr 1 do Regulaminu konkursu”

Porównując zawarte w regulaminie konkursu postanowienia dotyczące zakresu szczegółowego wykonania przedmiotu zamówienia udzielanego w trybie zamówienia z wolnej ręki z zawartym w nim opisem przedmiotu konkursu oraz zakresem rzeczowym pracy konkursowej, w tym warunkami opracowania pracy konkursowej, stwierdzić należy tożsamość koncepcji, która powstać ma jako przedmiot konkursu z projektem technicznym (wykonawczym), który powstać ma w wyniku udzielenia zamówienia po zakończeniu konkursu i wyborze pracy konkursowej. Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż pojęcie koncepcji oraz projektu nie są ze sobą tożsame już choćby z językowego punktu widzenia. Koncepcja to „ogólnie zarysowany plan działania lub rozwiązania jakiejś sprawy problemu, pomysł na przeprowadzenie projektu, zadania” (),
zaś projekt to „1. plan działania, 2. wstępna wersja czegoś, 3. dokument zawierający szczegółowe obliczenia, instrukcje itp., na podstawie którego coś ma zostać wykonane.” ().

Odnosząc się do kwestionowanego zarzutem nr 2 postanowienia części opisowej pkt 5 regulaminu konkursu, dla wskazania, iż przesądza on o utożsamieniu (nie tylko zakresowo, ale również pod względem nakładów pracy i środków uczestników konkursu) przez organizatora konkursu przedmiotu konkursu z przedmiotem zamówienia - w części, w której zamówienie dotyczy wykonania projektu technicznego (wykonawczego) wystawy Odwołujący wskazał na następujące okoliczności.

Określony w regulaminie w części opisowej zakresu opracowania pracy konkursowej scenariusz wystawy (str. 30-31 regulaminu) ma charakter opracowania, które powinno być przedmiotem zamówienia, nie zaś konkursu w formule przyjętej przez organizatora. Scenariusz wystawy w formie, jaką przewiduje organizator ma charakter daleko zbyt szeroki.

Odwołujący, mając na względzie własne doświadczenie w realizacji takich scenariuszy wskazał, że takie opracowanie (zgodne z wymogami organizatora konkursu) wykonuje się w interakcji z zamawiającym, na etapie realizacji zamówienia. Zazwyczaj jest to element przedmiotu oddzielnego zamówienia, zaś czas jego wykonania dla zespołu specjalistów wynosi ok. 3-6 miesięcy pracy. Jeśli natomiast nie miałby być to przedmiot odrębnego zamówienia, scenariusz ten powinien stanowić dokument przygotowany wcześnie, na potrzeby konkursu i stanowić załącznik do regulaminu konkursu, w oparciu o który uczestnicy realizowaliby przedmiot konkursu, a nie element konkursu, zwłaszcza, że w rezultacie wygranej w konkursie nagrodę stanowi realizacja wystawy.

Odwołujący podniósł, że zestawienie wraz opisem urządzeń multimedialnych, rozwiązań interaktywnych, akustyki poprzez podanie podstawowych (udostępnionych przez producenta) parametrów technicznych oraz poprzez podanie sposobu wykorzystania na wystawie wraz z opisem planowanego do osiągnięcia efektu ekspozycyjnego (str. 31 Regulaminu) stanowi zakres projektu wykonawczego, a więc element zamówienia, nie zaś konkursu, zatem nie może być uwzględniony przez organizatora w koncepcji będącej przedmiotem konkursu.

Odwołujący wskazał jednocześnie, że koszt złożenia pracy konkursowej zgodnej z kwestionowanymi postanowieniami regulaminu konkursu sięga kilkudziesięciu tysięcy złotych (ok. 80.000,00 zł). Jednocześnie, mając na uwadze kwestionowane postanowienie regulaminu, stwierdził, że od uczestników konkursu oczekuje się na etapie samego konkursu dokumentów, które powinny być opracowane w ramach świadczenia umownego, w ramach wykonania zamówienia udzielonego po przeprowadzeniu konkursu, co tyczy się choćby wykonania scenariusza wystawy (str. 30-31 regulaminu), który jest dokumentem, którego opracowanie jest świadczeniem umownym. Zwrócił uwagę, że zgodnie z regulaminem konkursu, jego uczestnicy pokrywają wszelkie koszty związane z przygotowaniem i złożeniem prac. Zamawiający nie przewiduje zwrotu kosztów opracowania prac konkursowych poza przypadkiem wymienionym w art. 355 ust. 4 ustawy pzp na podstawie udokumentowanych przez uczestnika konkursu wydatków do wysokości maksymalnej 10 000,00 złotych brutto (str. 30 regulaminu). Oczywistą intencją organizatora jest zatem uzyskanie w ramach konkursu jednego z elementów zamówienia które ma dopiero zostać udzielone w ramach uprzedniego konkursu, co wprost narusza przepisy pzp. Prace, które zostały wskazane w regulaminie w ramach opisu zakresu opracowania pracy konkursowej są tak kosztowne i czasochłonne, że nie mieszczą się w pojęciu koncepcji, która jest przedmiotem konkursu, a powinny zostać wykonywane za wynagrodzeniem, w ramach zamówienia publicznego - i w istocie, biorąc pod uwagę wskazane wyżej postanowienia regulaminu i projektu umowy, są elementem projektu wykonawczego, który jest objęty zakresem zamówienia, które ma być dopiero udzielone z w wolnej ręki, po negocjacjach ze

zwycięzcą konkursu.

Zarzut 4

Odnośnie zarzutu 4 odwołania Odwołujący podniósł, że w Rozdziale II ust. IV.1 Regulaminu konkursu organizator konkursu/zamawiający określił, że przedmiotem przyszłego zamówienia, które udzielone ma być po rozstrzygnięciu konkursu, tj. przygotowania projektu technicznego (wykonawczego) realizacji wystawy stałej oraz wykonania wystawy zgodnie z przygotowanym projektem wraz z nadzorem autorskim ma być objęty min. „ewentualnie zakup praw do materiałów (zdjęcia, filmy), w tym autorskich praw majątkowych". Powtórzone to zostało w § 1 ust 13 pkt. 4 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 2 do regulaminu konkursu, zgodnie z którym wykonanie wystawy obejmuje m.in. „ewentualny zakup praw do materiałów (zdjęcia, filmy), w tym autorskich praw majątkowych w zakresie wskazanym w niniejszej Umowie". Tak sformułowany opis przedmiotu zamówienia niezgodny jest w ocenie Odwołującego z art. 99 ustawy pzp i zawartym w ust. 1 wymogiem, by przedmiot zamówienia opisany był w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. W szczególności wskazany wyżej opis zawarty w dokumentach konkursowych powoduje, że wykonawca i uczestnik konkursu nie może określić w sposób pewny zakresu przedmiotu zamówienia, poprzez użycie słowa „ewentualnie" lub „ewentualny", co pozostawia przedmiot zamówienia niedookreślony i niewyczerpujący, co jest niedopuszczalne, bowiem pozostawia wykonawcę w niepewności co do zakresu jego świadczeń wynikających z umowy o zamówienie, co jest ponadto dla wykonawcy niekorzystne, biorąc pod uwagę, że zgodnie z § 4 ust. 1 projektu umowy, z tytułu należytego wykonania przedmiotu umowy strony ustalają zgodnie z ofertą Wykonawcy Wynagrodzenie ryczałtowe, zaś § 4 ust. 7 projektu umowy przewiduje, że wynagrodzenie określone w ust. 1, jest ostateczne i kompletne, a nadto obejmuje wszelkie należności Wykonawcy i podwykonawców, wszelkie koszty materiałów, urządzeń, sprzętu, wydatki, przewidywany zysk, koszty serwisowania(koszty związane z realizacją uprawnień wynikających z gwarancji). Tym samym Strony zgodnie postanawiają, że w sytuacji poniesienia przez Wykonawcę dodatkowych kosztów związanych z realizacją niniejszej umowy Wykonawcy nie przysługuje prawo do żądania wynagrodzenia dodatkowego, chyba że Strony postanowią inaczej w ramach odrębnego porozumienia zawartego w formie pisemnej pod rygorem nieważności, z zastrzeżeniem § 12 niniejszej umowy.

Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak należytego rozpoznania zakresu Przedmiotu Umowy przez Wykonawcę nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia określonego w ust. 1. Tymczasem, biorąc pod uwagę użyte pojęcia „ewentualnie" i „ewentualny" w kwestionowanych postanowieniach regulaminu konkursu i projektu umowy o udzielenie zamówienia, wykonawca nie może prawidłowo oszacować i rozpoznać zakresu przedmiotu umowy, za co odpowiada wyłącznie organizator konkursu/zamawiający. Negatywne konsekwencje tego i ryzyko kontraktowe obciążają zaś wyłącznie wykonawcę, który może być zmuszony w ramach wykonywania umowy do poniesienia bliżej nieokreślonych wydatków na „zakup praw do materiałów (zdjęcia, filmy), w tym autorskich praw majątkowych" - przy czym są to materiały również bliżej nieokreślone, albowiem wbrew postanowieniu § 1 ust 13 pkt. 4 projektu umowy jakikolwiek „zakres" nie został wskazany w umowie. Nie wiadomo również, czy użyte w § 1 ust. 13 pkt 4 projektu umowy określenie „w zakresie wskazanym w niniejszej Umowie" odnosi się do zakresu materiałów (filmów, zdjęć), czy to zakresu mających zostać nabytymi praw do tych materiałów. Odpowiada to sytuacji faktycznej opisanej przez KIO w wyroku z dnia 1 sierpnia 2013 r., sygn. akt: KIO1711/13. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lipca 2019 r., sygn. akt: KIO 1129/19. Kwestionowane postanowienia dokumentów konkursowych nie pozwalają wykonawcy na ustalenie zakresu przedmiotu zamówienia, ani też sposobu jego wykonania, albowiem nie tylko przewidują ewentualność konieczności nabywania przez wykonawcę pewnych praw do „materiałów (zdjęcia, filmy)" (co każe przypuszczać, że chodzi o utwory w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych), ani też nie wskazują charakteru tych praw, jakich materiałów dotyczy to postanowienie, w tym przez kogo, kiedy i w jakich warunkach wytworzonych, a tym samym nie pozwala również oszacować kosztów wykonawcy z tym związanych ani oczekiwań samego zamawiającego. Co więcej, wbrew ogólnemu wskazaniu, że chodzi o zakres „wskazany w niniejszej Umowie", Odwołujący zwrócił uwagę, że jest to również określenie niezawierające odesłania do konkretnych jednostek tekstu projektu umowy, a ponadto w ocenie Odwołującego, zakres ten w ogóle nie został w projekcie umowy wskazany. Co więcej, tak wskazany przedmiot zamówienia jest niezgodny z dalszym opisem przedmiotu zamówienia zawartym w § 1 ust. 1 i 2 projektu umowy zarówno w zakresie jego przedmiotu, jak i sposobu wykonania.

Zarzuty 12 i 14

Odwołujący wskazał, że postanowienia zawarte w § 2 ust. 1 lit. b projektu umowy pozbawiają autora Wystawy możliwości dbania o integralność jego utworu poprzez

nakazanie mu przyjmowania do realizacji faktycznie wszelkich uwag Zamawiającego, niezależnie od ich oceny przez wykonawcę, w tym od oceny ich zgodności z zamierzeniem artystycznym jego utworu lub już istniejących utworów, na bazie których Wystawa będzie modyfikowana. W projekcie umowy autor staje się de facto rzemieślnikiem obowiązanym do bezkrytycznego uwzględnienia wszelkich uwag Zamawiającego w zakreślonym terminie. Powyższe stoi w rażącej sprzeczności z istotą sprawowania nadzoru autorskiego oraz istotą utworu i osobistych praw, które stanowią o szczególnej więzi z jego twórcą. Nie przewidziano w szczególności w projekcie umowy możliwości wypracowywania stanowiska w drodze wspólnych działań, i temu podobnych zabiegów, które pozwalałyby autorowi projektu faktycznie dbać o integralność jego utworu. Powyższe postanowienie, łącznie z pozostałymi, kwestionowanymi w drodze niniejszego odwołania, może być rozumiane wyłącznie w kategoriach definitywnego pozbawienia wykonawcy możliwości jakiegokolwiek przeciwstawienia się woli Zamawiającego w razie sprzeczności stanowisk lub ocen. Wykonawca, które nie zgodzi się na wprowadzenie żądanych zmian będzie automatycznie wykonawcą, który nie wykonuje umowy lub wykonuje ją nienależycie. Ocena czy dane działanie wykonawcy należycie realizują i ochronią interesy Zamawiającego jest subiektywna, a granice tej oceny - nieostre. Gdy dodatkowo zauważy się, że umowa w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego będzie zabezpieczona co do należytego jej wykonywania - utrzymanie kwestionowanych postanowień spowoduje, że Wykonawca zostanie faktycznie zmuszony do przyjmowania wszelkich uwag Zamawiającego oraz wykonywania jego wszelkich poleceń, w obawie o skorzystanie przez niego z zabezpieczenia. Takie działanie nie wykazuje żadnego związku z istotą nadzoru autorskiego. Narusza ono także zasadę swobody zawierania umów, gdyż wprowadzona w nią ingerencja jest zbyt daleko idąca. Także kwestia postanowień § 4 ust. 7 umowy w rażący sposób narusza zasady opisywania przedmiotu zamówienia. Nie można zgodzić się na przyjęcie do wykonania świadczenia, którego przedmiot i zakres nie są precyzyjnie opisane. Pod pojęciem „świadczenia" rozumieć należy następujące elementy definicyjne: „Świadczenie jest to zachowanie się dłużnika zgodne z treścią zobowiązania i czyniące zadość interesowi wierzyciela. Zaspokojenie tego interesu jest celem stosunku zobowiązaniowego. Dzięki świadczeniu wierzyciel uzyskuje kosztem dłużnika pewną korzyść. [.]. „Świadczenie musi być oznaczone, w przeciwnym razie nie można mówić o istnieniu zobowiązania ze względu na brak istotnego elementu stosunku zobowiązaniowego. Brak oznaczenia świadczenia uniemożliwia ustalenie treści zobowiązania, bez oznaczenia bowiem świadczenia niemożliwe jest określenie praw wierzyciela i obowiązków dłużnika, a w konsekwencji nie wiadomo, czego może domagać się wierzyciel i co powinien czynić dłużnik." („System Prawa Prywatnego, tom 5 - Prawo zobowiązań - część ogólna", red prof. dr. hab. Ewa Łętowska, str. 172, str. 185 i nast.). Tymczasem wolą Zamawiającego jest aby wykonawca uwzględnił w ramach wynagrodzenia wszelkie koszty materiałów, urządzeń, sprzętu, wydatki, przewidywany zysk, koszty serwisowania (koszty związane z realizacją uprawnień wynikających z gwarancji), zaś w sytuacji poniesienia przez Wykonawcę dodatkowych kosztów związanych z realizacją umowy Wykonawcy nie przysługuje prawo do żądania wynagrodzenia dodatkowego, zaś niedoszacowanie, pominięcie oraz brak należytego rozpoznania zakresu Przedmiotu Umowy przez Wykonawcę nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia, podczas, gdy opis przedmiotu zamówienia jest sformułowany w umowie w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i niedokładny, co wykazane zostało w innych zarzutach niniejszego odwołania, co powoduje, że zakres przedmiotu umowy jest w pełni uzależniony od Zamawiającego i niezależny od faktycznych postanowień umowy w tym zakresie, zaś pełna odpowiedzialność za zakres umowy i konsekwencje jego zmian zależnych wyłącznie od Zamawiającego jest przeniesiona w całości jednostronnie na Wykonawcę, co wyłącza równowagę kontraktową stron umowy. Uwzględnienie powyższego już na etapie wyceny oferty nie jest możliwe, skoro nie jest wiadome jakie uwagi i oczekiwania będzie miał Zamawiający, który zastrzegł sobie uprawnienie do jednostronnego kształtowania sytuacji Wykonawcy mocą swoich arbitralnych decyzji, które nie podlegają polemice i muszą być wykonane pod groźbą skorzystania z zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

W dniu 18 maja 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi wskazał, iż dokona modyfikacji postanowień kwestionowanych przez Odwołującego w zarzucie: 1a, 1c, 1d, 3 oraz 5-9, a także częściowo w zarzucie 2. Ponadto, na posiedzeniu Zamawiający wskazał, że planowane modyfikacje zostały wprowadzone do dokumentacji postępowania i uwzględnił zarzuty: 1a, 1c, 1d, zarzut 2 z wyjątkiem części opisowej pkt 5-7, zarzut 3, 5-9.

Odwołujący oświadczył na posiedzeniu, że wprowadzone modyfikacje czynią zadość żądaniom odwołania co do zarzutów uwzględnionych, a ponadto oświadczył, że wycofuje zarzut 2 część opisowa pkt 6 i 7 oraz zarzut 10, 11, 13 i 15.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba stwierdziła, że w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami oraz pismo procesowe Odwołującego.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że Izba umorzyła postępowanie odwoławcze co do zarzutów, które zostały uwzględnione przez Zamawiającego oraz wycofane przez Odwołującego.

W odniesieniu do zarzutów uwzględnionych Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 522 ust. 4, zgodnie z którym: „w przypadku uwzględnienia przez

zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.” Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uwzględnił w części zarzuty odwołania, natomiast po jego stronie nie przystąpił do postępowania odwoławczego żaden wykonawca, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego co do zarzutów uwzględnionych, bez ich merytorycznego rozpoznania.

W zakresie zarzutów wycofanych przez Odwołującego Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp, ponieważ oświadczenie o cofnięciu części zarzutów odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego co do zarzutów wycofanych bez ich merytorycznego rozpoznania. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą co do wycofanych zarzutów.

W pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

Zarzut 1 b)

Odnośnie zarzutu 1 b) odwołania Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z Rozdziałem II (SZCZEGÓŁOWE WARUNKI KONKURSU) ust. V (WARUNKI UDZIAŁU W KONKURSIE) 3 1) 4. tiret drugi lit. a) Regulaminu konkursu: „O dopuszczenie

do udziału w konkursie mogą ubiegać się Uczestnicy: 1) którzy spełniają warunki: (...) 4. Posiadają zdolność techniczną lub zawodową Wykonawca spełni warunek w sytuacji, kiedy wykaże, że: - dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W celu potwierdzenia spełniania niniejszego warunku Wykonawca zobowiązany jest wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności: a) osobę przewidzianą do projektowania na stanowisku Główny Projektant: Kwalifikacje i umiejętności: Wykształcenie wyższe na uczelni typu Akademia Sztuk Pięknych, kierunek Architektura Wnętrz lub równoważne. Poprzez wykształcenie równoważne do wskazanego rozumie się każde wykształcenie wyższe o kierunku artystycznym umożliwiające nabycie umiejętności, a więc posiadające w zakresie studiów co najmniej łącznie następujące przedmioty: projektowanie mebli, projektowanie wnętrz, podstawy projektowania architektonicznego, projektowanie wystawiennictwa, fotografia, rysunek, malarstwo, rzeźba, komunikacja wizualna, podstawy projektowania graficznego, komputerowe wspomaganie projektowania, estetyka, oświetlenie i akustyka. Wykonanie w okresie 10 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie co najmniej 2 projektów wystaw stałych lub czasowych o łącznej powierzchni wystawienniczej minimum 500 m^2 każda, w tym m.in. jeden dla instytucji kultury lub muzeum. Doświadczenie zawodowe: co najmniej 3-letnie doświadczenie w pracy na stanowisku projektanta architektury wnętrz przy realizacji wystaw artystycznych.”

Artykuł 16 pkt 1 - 3 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”

W myśl art. 330 ust. 3 i 4 ustawy pzp: „3. W przypadku konkursu ograniczonego zamawiający ustala także inne niż określone w ust. 2, obiektywne wymagania, których niespełnienie uniemożliwia wzięcie udziału w konkursie. 4. Obiektywne wymagania mogą obejmować podstawy wykluczenia, warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji. Przepisy art. 108-123 stosuje się odpowiednio.”

Artykuł 112 ust. 1 ustawy pzp: „1. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.”

Zgodnie art. 116 ust. 1 stawy pzp: „1. W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.”

<u>Zarzut nie potwierdził się.</u>

W odniesieniu do rozpatrywanego zarzutu Odwołujący podnosił nieobiektywny i nieproporcjonalny charakter warunku dysponowania osobą Głównego projektanta co do oczekiwanego przez Zamawiającego wykształcenia i doświadczenia tej osoby. W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył zasady proporcjonalności w zakresie kwestionowanego warunku.

Na wstępie wskazania wymaga, że zasada proporcjonalności, o której mowa w art. 16 ustawy pzp nakazuje zachowania adekwatnego do danej sytuacji, tym samym musi być ono odpowiednie w okolicznościach danej sprawy, a podejmowane działania muszą odpowiadać założonym celom. Jak wynika z przywołanych powyżej przepisów ustawy pzp do konkursu stosuje się odpowiednio m.in. art. 112 oraz 116 ustawy pzp. W myśl art. 112 ust. 1 ustawy pzp zamawiający jest zobligowany formułować warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe, w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem potrzeb danego zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W odniesieniu do zasady proporcjonalności Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 4 października 2019 r., sygn. akt: KIO 1859/19, iż: „zgodnie z tą zasadą nakaz przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób, lub dopuszczenia wszystkich rozwiązań istniejących na rynku, w tym nieodpowiadających potrzebom zamawiającego." W tym kontekście wskazania wymaga, że ustanowione warunki udziału w postępowaniu muszą spełniać tzw. test proporcjonalności, którego przeprowadzenie ma wykazać, że podejmowane działania są niezbędne i adekwatne do wybranego celu (tak też: wyrok TSUE z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97).

Warunki udziału zamawiający winien wyrażać jako minimalne poziomy zdolności co skutkuje tym, iż za zdolnego do wykonania zamówienia uznaje się wykonawcę, który wykaże spełnienie minimalnych wielkości, określonych przez zamawiającego. Należy przy tym uwzględniać specyfikę zamówienia, w tym jego rodzaj, przedmiot, zakres, sposób wykonania, wartość i sposób płatności. Celem stawiania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu, jest zapewnienie, aby zamówienie zostało powierzone podmiotowi dającemu rękojmię jego należytej realizacji. Zamawiający zobowiązany jest przy tym zachować równowagę pomiędzy jego tak rozumianym interesem, a interesem wykonawców. Chodzi o to, aby poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań, nie nastąpiło wyeliminowanie z postępowania wykonawców, zdolnych do jego należytego wykonania (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 września 2017 r., sygn. akt KIO 1922/17).

Przenosząc powyższe na kanwę rozpoznawanego zarzutu wskazania wymaga, iż Odwołujący wywodził, że Zamawiający ogranicza krąg podmiotów zdolnych spełnić postawiony warunek, dyskryminując osoby z wyższymi kwalifikacjami. Ponadto, w odwołaniu wskazał, że „Zastosowany przez Zamawiającego kazuistyczny opis kwalifikacji w zakresie studiów prowadzi wprost do ogranicza możliwość pełnienia funkcji Głównego Projektanta do osób, które ukończyły studia wyższe na kierunku architektura wnętrz na ASP, zajmującej się zawodowo projektowaniem wystaw." Dodatkowo na rozprawie Odwołujący argumentował, że nawet osoby które ukończyły studia na ASP w określonym okresie czasu mogą nie spełnić warunku, gdyż siatka przedmiotów ulegała zmianie i nie wszystkie wymienione przez Zamawiającego przedmioty były wykładane stale.

Odnosząc się do powyższego w ocenie Izby twierdzenia Odwołującego są nie tylko chybione w analizowanym stanie faktycznym, ale również pozostają całkowicie gołosłowne, gdyż Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie swojego stanowiska.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, że postawiony warunek udziału w postępowaniu odpowiada potrzebom Zamawiającego i celom, które planuje osiągnąć. Przedmiotem zamówienia jest bowiem zaprojektowanie wystawy, jej wykonanie, a także nadzór autorski. Jest to przedsięwzięcie o charakterze twórczym i artystycznym. Nie ulega wątpliwości, że powyższe determinuje zaangażowanie w realizację zamówienia osoby, która posiada nie tylko wiedzę, ale również doświadczenie odpowiadające zadaniom, które będzie zobowiązana należycie wykonać. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że osoba która ukończyła studia „wyższe artystyczne lub techniczne, w programie którego odbywało się między innymi nauczanie projektowania wnętrz.", jak wnioskował Odwołujący, nie daje gwarancji należytej realizacji zamówienia w ramach, którego istotna jest wiedza w zakresie architektury wnętrz, projektowania mebli i wnętrz, ale również typowo artystycznych wytworów jak rzeźba, fotografia, rysunek, w połączeniu z odpowiednim oświetleniem i akustyką, której nie będzie posiadała osoba, która ukończyła studia techniczne. Wszystkie te elementy będą miały wpływ na ostateczny efekt Projektu Wystawy, jego atrakcyjność co do przekazu artystycznego. Zgodzić należy się także z Zamawiającym, iż nie zostało przez Odwołującego wyjaśnione, co Odwołujący rozumie pod pojęciem „nauczania projektowania wnętrz", co ostatecznie wpływałoby na niejednoznaczność postawionego warunku w przypadku uwzględnienia takiej zmiany. Zasadne i adekwatne do przedmiotu zamówienia jest również wymaganie doświadczenia na stanowisku nie jakiegokolwiek projektanta przy realizacji wystawy, a projektanta architektury wnętrz, gdyż to właśnie takie projektowanie stanowi przedmiot zamówienia. Ewentualne wyższe kalifikacje osoby skierowanej do realizacji zamówienia, na co wskazywał Odwołujący, nie oznaczają że będą to kwalifikacje adekwatne do przedmiotu zamówienia.

Dalej podnieść należy, że chybione są twierdzenia Odwołującego, iż nawet osoba, która ukończyła studia na kierunku architektura wnętrz na ASP może nie spełnić postawionego warunku, gdyż siatka studiów na ASP ulegała zmianom i mogła nie obejmować wszystkich wymienionych przez Zamawiającego przedmiotów. Odwołujący dokonał nieprawidłowej wykładni warunku w tym zakresie. Izba zwraca uwagę, że z treści warunku wynika, iż Zamawiający uzna wykształcenie wyższe na uczelni typu Akademia Sztuk Pięknych, kierunek Architektura Wnętrz. Niezależnie zatem od siatki studiów na ASP osoba, która

ukończyła studia na uczelni ASP o kierunku architektura wnętrz spełni warunek udziału w postępowaniu. Izba zwraca uwagę, że wymienione przez Zamawiającego przedmioty dotyczą wykazania równoważności ww. wykształcenia. Zamawiający dopuścił bowiem wykształcenie na uczelni typu ASP o kierunku architektura wnętrz lub równoważne. Słusznie także Zamawiający podniósł, że argumentacja Odwołującego co do zmieniającej się siatki studiów, a także niemożliwości ukończenia kierunku zawierającego w siatce studiów wszystkie wymagane przez Zamawiającego przedmioty, nie została wykazana stosownymi dowodami. Twierdzenia Odwołującego pozostają zatem całkowicie gołosłowne.

Nie zostały także wykazane twierdzenia Odwołującego prezentowane na rozprawie, że twórca poprzedniego projektu z 2016 r., pomimo wysokich kwalifikacji nie jest w stanie spełnić postawionego warunku, co ma istotne znaczenie biorąc pod uwagę, że stanowisko to zostało zakwestionowane przez Zamawiającego.

Podkreślić należy, że zgodnie z art. 6 k.c. ciężar dowodu spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne, któremu to obowiązkowi w zakresie omawianego zarzutu Odwołujący nie podołał.

W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył zasady proporcjonalności w zakresie rozpoznawanego warunku, a ograniczenie konkurencji do podmiotów dysponujących osobą Głównego projektanta o określonych kwalifikacjach jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego i celem, który planuje osiągnąć. Izba nie stwierdziła w konsekwencji naruszenia przepisów, które podnosił Odwołujący.

Zarzut 2 pkt 5 części opisowej Rozdziału II (SZCZEGÓŁOWE WARUNKI KONKURSU) ust. IX (ZAKRES RZECZOWY I FORMA OPRACOWANIA ORAZ SPOSÓB PREZENTACJI PRACY) KONKURSOWEJ 2 Regulaminu konkursu.

W zakresie zarzutu 2 odwołania Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z Rozdziałem I (INFORMACJE PODSTAWOWE) ust. V (CEL KONKURSU) Regulaminu konkursu po modyfikacji (t. j. z dnia 23 maja 2022 r.): „V.1 Celem Konkursu jest uzyskanie najlepszego rozwiązania artystyczno - funkcjonalnego dla przedsięwzięcia

Zamawiającego, o wyróżniających się walorach wizualnych, twórczych i funkcjonalno - użytkowych przy optymalnych wskaźnikach ekonomicznych i atrakcyjnych założeniach programowych. V.2 Koncepcja musi uwzględniać zarówno charakter przedsięwzięcia, jak i wpasowywać się pod względem artystycznym i funkcjonalnym w powstający budynek Interaktywnego Centrum Bajki i Animacji przy Studiu Filmów Rysunkowych w Bielsku-Białej, plac widowiskowo - rekreacyjny oraz ogród widowiskowo - rekreacyjny, być innowacyjna oraz uwzględniać uwarunkowania ekonomiczne określone przez Zamawiającego. V.3 W wyniku rozstrzygnięcia konkursu zostanie wybrana najlepsza praca konkursowa. Uczestnik konkursu, którego pracę Sąd konkursowy wybrał jako najlepszą zostanie zaproszony do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, w celu wykonania usługi na podstawie pracy konkursowej. V.4 Maksymalny planowany łączny koszt wykonania Przedmiotu zamówienia / usługi nie powinien przekroczyć kwoty netto: 6 000 000,00 (słownie: sześć milionów złotych 00/100) V.5 Wskazany koszt winien obejmować: Wykonanie projektu technicznego (wykonawczego) wystawy, Usługę nadzoru autorskiego, Usługę nadzoru merytorycznego i artystycznego nad opracowaniem Projektu Wystawy w zakresie zgodności z Pracą konkursową oraz Szczegółowym opisem przedmiotu umowy, a także Scenariuszem Wystawy stałej oraz pozostałymi załącznikami do Regulaminu konkursu, w tym zwłaszcza w zakresie faktów i szczegółów historycznych dotyczących Studia Filmów Rysunkowych w Bielsku - Białej, ich zgodności, prawidłowości przekazu, stylu i narracji oraz realizacji kwerend oraz katalogowania i inwentaryzowania zbiorów, wykorzystywanych przy tworzeniu wystawy, Wykonanie wystawy zgodnie z projektem technicznym: system wystawienniczy, oświetlenie, system monitoringu wizyjnego oraz system alarmowy, multimedia (dostawa i montaż), miejsca ekspozycyjne, produkcja i montaż materiałów audiowizualnych, plastycznych i graficznych, tłumaczenia na język angielski (lub według scenariusza), ewentualnie zakup praw do materiałów (zdjęcia, filmy), w tym autorskich praw majątkowych, ewentualnie pozyskanie eksponatów lub wykonanie replik.”

W myśl Rozdziału II (SZCZEGÓŁOWE WARUNKI KONKURSU) ust. II (SZCZEGÓŁOWY OPIS ZADANIA KONKURSOWEGO ORAZ ZAŁOŻENIA I WYTYCZNE DO OPRACOWANIA KONCEPCJI KONKURSOWEJ) 2, 3.2, 3.11 Regulaminu konkursu(t. j. z dnia 23 maja 2022

r.): „II.2 Koncepcja funkcjonalno - artystyczna realizacji wystawy stałej w Interaktywnym Centrum Bajki i Animacji przy Studiu Filmów Rysunkowych w Bielsku - Białej - Zadanie konkursowe składa się z:

1) Ogólny Scenariusz wystawy - ogólne założenia, idea przewodnia, opis ścieżki zwiedzania wraz z jej kierunkiem, sposób zwiedzania, opis poszczególnych przestrzeni wraz z elementami ekspozycji, w tym propozycje dotyczące placu widowiskowo - rekreacyjnego oraz ogrodu widowiskowo - rekreacyjnego, opis rozwiązań wraz z opisem technik ekspozycyjnych i rozwiązań realizacyjnych planowanych do wykorzystania (w szczególności interaktywnych i multimedialnych oraz eksponatów) z uwzględnieniem rozwiązań dla osób z niepełnosprawnością zgodnie z Poradnikiem dla sektora kultury w zakresie zapewnienia dostępności stanowiącego Załącznik nr 3 do Regulaminu konkursu w zakresie umożliwiającym uzyskanie certyfikatu dostępności o którym mowa w art. 19 ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. (Dz. U. 2019. poz. 1696 z późn. zm.),

2) Layout prezentacji multimedialnych - koncepcja plastyczna (graficzna), przewidziana do

wszystkich prezentacji multimedialnych na wystawie z uwzględnieniem liternictwa,

kolorystyki, motywów plastycznych i modelu animacji,

3) Próbkę stylu i jakości przewidywanych animacji w postaci 10-sekundowego filmu

animowanego,

4) Jeden element powstawania animacji tj. ścieżka powstawania/ożywiania rysunku z opisem przedstawiającym poszczególne elementy,

5) Koncepcja projektu rozwinięcia plastycznego i graficznego wraz z wizualizacją strefy

Ekspozycji 1,

6) Poglądowa wizualizacja graficzna strefy Ekspozycji 7,

7) Koncepcję projektu zagospodarowania jednego pomieszczenia zabawowego uwzględniającego każdą grupę wiekową,

8) Zestawienie urządzeń multimedialnych wraz z podaniem ich parametrów oraz opisu ich

wykorzystania na wystawie,

9) Opis wraz z podaniem podstawowych parametrów planowanych do użycia materiałów oraz rozwiązań technicznych planowanych do wykonania poszczególnych aranżacji, rozwiązań oraz ekspozycji i systemu wystawienniczego.

II.3 Wymagane jest przedstawienie wskazanego zakresu opracowań wraz z kosztorysem szacunkowym zgodnie z zamieszczonym poniżej opisem i pozostałymi informacjami zawartymi w niniejszym Regulaminie oraz w załącznikach. Główne założenia merytoryczne:

(...) 2. Wystawę należy zaprojektować w powstającym Budynku Interaktywnego Centrum Bajki i Animacji przy Studiu Filmów Rysunkowych w Bielsku-Białej wraz placem widowiskowo - rekreacyjnym oraz ogrodem widowiskowo - rekreacyjnym, tym samym należy dostosować się do zaprojektowanych i powstających powierzchni, instalacji i rozwiązań komunikacyjnych przedstawionych w Załączniku nr 1 do Regulaminu konkursu: Wyciąg z dokumentacji projektowej. Należy mieć na uwadze, iż w załączniku wskazano niektóre powierzchnie poglądowo i będzie ona możliwa do zagospodarowania w obrębie ścian konstrukcyjnych, a więc ściany działowe nie muszą być wykonane we wskazanym zakresie lub też mogą zostać wykonane w dowolny sposób z uwzględnieniem projektowanej wystawy. Tym samym Tom III Projektu wykonawczego zawiera zaprojektowane ściany działowe, ale nie muszą one zostać uwzględnione i wykonane lub też mogą zostać wykonane we wskazany w projekcie technicznym (wykonawczym) Wystawy projekcie. Powierzchnie do zagospodarowania wykazano na rysunkach poglądowych zamieszczonych w ramach Załącznika nr 1 do Regulaminu Konkursu. (...) 11. Każde zaproponowane urządzenie multimedialne musi zostać opisane poprzez podanie jego podstawowych (udostępnionych przez producenta) parametrów technicznych oraz poprzez podanie sposobu wykorzystania na wystawie wraz z opisem planowanego do osiągnięcia efektu ekspozycyjnego.”

W myśl Rozdziału II (SZCZEGÓŁOWE WARUNKI KONKURSU) ust. III (SPOSÓB WYKORZYSTANIA WYNIKÓW KONKURSU PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO) 1 i 2 Regulaminu konkursu: „III.1 Opracowanie projektowe przedstawione w najlepszej pracy (kolejnej pracy) konkursowej jest podstawą do przeprowadzenia negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki w celu wykonania zamówienia na usługi, w zakresie określonym w warunkach umowy na usługi stanowiącej Załącznik nr 2 do Regulaminu konkursu. III.2 Koncepcja wystawy, która zostanie przedstawiona w pracy konkursowej będzie stanowić podstawę do sporządzenia kompletnej dokumentacji projektowej - projekt techniczny (wykonawczy), a następnie wykonania wystawy zgodnie z przygotowanym i zaakceptowanym przez Zamawiającego projektem."

Zgodnie z Rozdziałem II (SZCZEGÓŁOWE WARUNKI KONKURSU) ust. IV (ZAKRES SZCZEGÓŁOWEGO WYKONANIA PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA UDZIELANEGO W TRYBIE ZAMÓWIENIA Z WOLNEJ RĘKI) 1, 4 i 18 Regulaminu konkursu (t. j. z dnia 23 maja 2022 r.): „IV.1 W wyniku rozstrzygnięcia konkursu Zamawiający zaprosi autora lub autorów najlepszej pracy do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, na przygotowanie projektu technicznego (wykonawczego) realizacji wystawy stałej oraz wykonania wystawy zgodnie z przygotowanym projektem wraz z nadzorem autorskim (dalej: zamówienie). Zamówienie obejmie więc:

- Wykonanie projektu technicznego (wykonawczego) wystawy wraz ze świadczeniem usług nadzoru autorskiego,

- Nadzór merytoryczny i artystyczny nad opracowaniem Projektu Wystawy w zakresie zgodności z Pracą konkursową oraz Szczegółowym opisem przedmiotu umowy, a także Scenariuszem Wystawy stałej oraz pozostałymi załącznikami do Regulaminu konkursu, w tym w zakresie faktów i szczegółów historycznych dotyczących Studia Filmów Rysunkowych w Bielsku - Białej, ich prawidłowości i zgodności przekazu, stylu i narracji oraz realizacji kwerend oraz katalogowania i inwentaryzowania zbiorów, wykorzystywanych przy tworzeniu wystawy,

- Wykonanie wystawy zgodnie z projektem technicznym: system wystawienniczy,

oświetlenie, system monitoringu wizyjnego oraz system alarmowy multimedia (dostawa i montaż), miejsca ekspozycyjne, elementy zabawowe i rekreacyjne, produkcja i montaż materiałów audiowizualnych, plastycznych i graficznych, tłumaczenia na język angielski (narracji wystawy w j. polskim oraz j. angielskim), ewentualnie zakup praw do materiałów (zdjęcia, filmy), w tym autorskich praw majątkowych, ewentualnie pozyskanie eksponatów lub wykonanie replik.

(.) IV.4 Wystawa realizowana będzie na podstawie zwycięskiej pracy konkursowej w przypadku udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Zwycięzcy konkursu nie mogą naruszać żadnych praw osób trzecich. Wszelkie roszczenia osób trzecich do utworów wykorzystywanych przy tworzeniu Wystawy będą obciążały Wykonawcę, nawet po przekazaniu przedmiotu zamówienia protokołem zdawczo-odbiorczym Zamawiającemu. (.)

IV.18 Główne elementy projektu technicznego - szczegółowego zaprojektowania przestrzeni wystawy stałej:

- część opisowa projektu zawierająca co najmniej opis systemu wystawienniczego wraz opracowaniem treści merytorycznych dla poszczególnych elementów oraz miejsc ekspozycji, kompozycji eksponatów tradycyjnych, obiektów rzeczywistych oraz stanowisk manualnych i zabawowych, zestawienie oświetlenia wraz z podaniem parametrów, wykaz multimediów wraz z ich parametrami oraz opisem wykorzystania na wystawie, zestawienie urządzeń alarmowych oraz monitorujących wraz z podaniem parametrów, opisy charakteryzujące materiały audiowizualne, plastyczne i graficzne,

- specyfikacje techniczne, w tym wskazanie materiałów, urządzeń, elementów wykończeniowych oraz detali scenograficznych wraz z kolorystyką, specyfikacje osprzętu elektrycznego wraz z podaniem typu, rodzaju, parametrów, liczby, specyfikacje opraw, źródeł światła, osprzętu itp. wraz z podaniem typu, rodzaju, parametrów, liczby, specyfikacje urządzeń multimedialnych umożliwiających realizacje przewidzianych funkcji wraz z podaniem typu, rodzaju, parametrów, liczby,

- rzuty aranżacji poszczególnych poziomów, sal, stref wystawy - rysunki poszczególnych kondygnacji z zaznaczeniem pomieszczeń,

- rzuty, widoki, przekroje pomieszczeń wraz z rozmieszczeniem urządzeń multimedialnych, eksponatów tradycyjnych, obiektów rzeczywistych oraz stanowisk manualnych,

- określenie dyspozycji oświetleniowych, elektroinstalacyjnych teleinformatycznych, w tym schematy: multimedialny, elektryczny, oświetleniowy, alarmu i monitoringu - rzuty z rozmieszczeniem elementów instalacji elektrycznej (wypustów, gniazd, łączników itp.), rzuty z rozmieszczeniem oświetlenia (w tym oświetlenia miejsc ekspozycji, ewakuacyjnego, awaryjnego), rzuty z rozmieszczeniem systemu alarmu i monitoringu - zakłada się zapewnienie pełnych zabezpieczeń eksponowanych obiektów - w przestrzeni ogólnodostępnej i przy braku osób pilnujących,

- opracowanie scenariuszy aplikacji multimedialnych, treści merytorycznych do aplikacji multimedialnych, określenie rodzaju, parametrów, długości itp. kontentu multimedialnego,

- opracowanie grafiki wzorniczej - projekt graficzny plansz informacyjnych, grafiki wielkoformatowej, opracowanie systemu oznaczenia poszczególnych stref i pomieszczeń, projekt wzorniczy grafiki dekoracyjnej, system graficzny komunikacji, identyfikacji i informacji wizualnej,

- opracowanie szablonu grafiki do aplikacji multimedialnych oraz prezentacji spójnego z projektem grafiki,

- określenie typu, rodzaju, parametrów wybranej technologii, koloru, liczby, użytych wykończeń, materiałów i druków wraz z zestawieniem powierzchni do użytych obiektów scenograficznych i ekspozycyjnych, eksponatów tradycyjnych, obiektów rzeczywistych oraz stanowisk manualnych, użytych elementów wyposażenia wnętrz wraz z zestawieniem tabelarycznym i wskazaniem ich lokalizacji,

- widoki i rozwinięcia ścian z naniesionymi wszystkimi elementami wymagającymi trwałego montażu i podanym sposobem zamontowania wraz z podaniem wymiarów,

- rysunki szczegółowe nietypowych elementów wyposażenia wnętrz, obiektów scenograficznych i ekspozycyjnych, obiektów rekreacyjnych i zabawowych wraz z detalami, pełnym wymiarowaniem i opisem zastosowanych materiałów.”

Zgodnie z Rozdziałem II (SZCZEGÓŁOWE WARUNKI KONKURSU) ust. IX (ZAKRES RZECZOWY I FORMA OPRACOWANIA ORAZ SPOSÓB PREZENTACJI PRACY)

KONKURSOWEJ 1 i 2 Regulaminu konkursu (t. j. z dnia 23 maja 2022 r.): „IX.1 Warunki opracowania pracy konkursowej: 1. Uczestnicy konkursu przedstawiają prace zgodnie z wymaganiami i założeniami określonymi w niniejszym Regulaminie, 2. Każda praca konkursowa musi składać się z części opisowej, części graficznej i części multimedialnej. 3. Materiały wykraczające poza wymagany zakres i formę pracy konkursowej nie będą rozpatrywane. 4. Praca konkursowa w części opisowej sporządzona zostanie w całości w języku polskim lub przetłumaczona w całości na język polski pod rygorem jej odrzucenia, 5. Uczestnicy konkursu pokrywają wszelkie koszty związane z przygotowaniem i złożeniem prac. Zamawiający nie przewiduje zwrotu kosztów opracowania prac konkursowych poza przypadkiem wymienionym w art. 355 ust. 4. PZP na podstawie udokumentowanych przez uczestnika konkursu wydatków do wysokości maksymalnej 10 000,00 złotych brutto (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100). IX.2 Zakres opracowania pracy konkursowej

a) Część opisowa - zawierająca:

1) Ogólny Scenariusz wystawy - ogólne założenia, idea przewodnia, opis ścieżki zwiedzania wraz z jej kierunkiem, sposób zwiedzania, opis poszczególnych przestrzeni wraz z elementami ekspozycji, w tym propozycje dotyczące placu widowiskowo - rekreacyjnego oraz ogrodu widowiskowo - rekreacyjnego, opis rozwiązań wraz z opisem technik ekspozycyjnych i rozwiązań realizacyjnych planowanych do wykorzystania (w szczególności interaktywnych i multimedialnych oraz eksponatów) z uwzględnieniem rozwiązań dla osób z niepełnosprawnością zgodnie z Poradnikiem dla sektora kultury w zakresie zapewnienia dostępności stanowiącego Załącznik nr 3 do Regulaminu konkursu w zakresie umożliwiającym uzyskanie certyfikatu dostępności o którym mowa w art. 19 ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. (Dz. U. 2019. poz. 1696 z późn. zm.).,

2) Opis do projektu oświetlenia, dźwięku, materiału graficznego i ilustracyjnego, materiału audiowizualnego, elementów ekspozycji dotyczący pomieszczenia Ekspozycji 1,

3) Opis założeń rekreacyjno - edukacyjnych pomieszczenia Ekspozycji 1, głównego przekazu i wątków łączących go z całą ekspozycją,

4) Szczegółowy opis planowanych do użycia materiałów oraz rozwiązań technicznych, instalacji planowanych do wykonania poszczególnych aranżacji, elementów ekspozycji, rozwiązań oraz ekspozycji i systemu wystawienniczego dla całej wystawy,

5) Zestawienie wraz opisem urządzeń multimedialnych, rozwiązań interaktywnych, akustyki poprzez podanie podstawowych (udostępnionych przez producenta) parametrów technicznych oraz poprzez podanie sposobu wykorzystania na wystawie wraz z opisem planowanego do osiągnięcia efektu ekspozycyjnego,

6) Harmonogram realizacji ekspozycji od momentu rozpoczęcia prac projektowych do udostępnienia ekspozycji zwiedzającym,

7) Szacunkowe koszty realizacji ekspozycji zgodnie z opracowanym scenariuszem (należy ująć wszystkie koszty wymienione w Rozdziale 1 pkt V.5 Regulaminu Konkursu,

b) Część graficzna - zawierająca:

1) Koncepcję projektu wystawy dla pomieszczenia Ekspozycji 1 z uwzględnieniem rozwiązań dla osób z niepełnosprawnością, zawierający między innymi, opracowanie detali architektonicznych w skali umożliwiającej odczytanie przyjętego rozwiązania materiałowo-technicznego (skala minimum 1:25) wraz z prezentacją graficzną oraz wizualizacją aranżacji i przestrzeni w skali 1:100 wraz z opisem koncepcji oświetlenia, dźwięku i materiału audiowizualnego oraz prezentacją materiału graficznego i ilustracyjnego,

2) Koncepcja projektu zagospodarowania jednego pomieszczenia zabawowego uwzględniającego każdą grupę wiekową,

3) Poglądowa wizualizacja aranżacji i przestrzeni pomieszczenia Ekspozycji 7 w skali 1:100,

4) Layout prezentacji multimedialnych - koncepcja plastyczna (graficzna), przewidziana do wszystkich prezentacji multimedialnych na wystawie z uwzględnieniem liternictwa, kolorystyki, motywów plastycznych i modelu animacji,

5) Jeden element powstawania animacji tj. ścieżka powstawania/ożywiania rysunku z opisem przedstawiającym poszczególne elementy

c) Część multimedialna - zawierająca:

1) Film lub prezentację multimedialną, przedstawiającą poglądową wizualizację architektoniczną pomieszczenia Ekspozycji nr 1 oraz Ekspozycji nr 7, uwzględniającą przyjętą ścieżkę zwiedzania oraz poglądowe wizualizacje wybranych elementów ekspozycji,

2) Próbkę stylu i jakości przewidywanych animacji w postaci 10-sekundowego filmu animowanego.”

Zgodnie z załącznikiem nr 2 projekt umowy:

Paragraf 1 (PRZEDMIOT UMOWY) ust. 1-3: „1. Przedmiotem umowy jest zaprojektowanie i zrealizowanie Wystawy stałej w Interaktywnym Centrum Bajki i Animacji przy Studiu Filmów Rysunkowych w Bielsku - Białej (według zaakceptowanego przez Zamawiającego Projektu Wystawy - nr postępowania 10/2022/DI) - wraz ze świadczeniem usług nadzoru autorskiego.

2. Przedmiot umowy obejmuje: a) Wykonanie projektu technicznego (wykonawczego)

Wystawy (Projekt Wystawy) b) Świadczenie usług nadzoru autorskiego, c) Wykonanie Wystawy zgodnie z Projektem Wystawy. 3. Projekt Wystawy - należy wykonać w oparciu o wybraną w wyniku przeprowadzonego konkursu Pracę konkursową oraz Szczegółowego

opisu przedmiotu umowy.”

Artykuł 325 ust. 1 ustawy pzp stanowi: „1. Zamawiający może zorganizować konkurs w celu wyboru pracy konkursowej o charakterze twórczym, dotyczącej, w szczególności planowania

przestrzennego, projektowania urbanistycznego, projektowania architektonicznego, projektowania architektoniczno-budowlanego, przetwarzania danych, projektowania z

zakresu informatyki oraz zamierzenia innowacyjnego."

Zgodnie z art. 326 ustawy pzp: „W konkursie nagrodą jest: 1) nagroda pieniężna lub rzeczowa przyznawana autorowi lub autorom wybranych prac konkursowych albo 2) zaproszenie autora lub autorów wybranych prac konkursowych do negocjacji odpowiednio w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia, w celu wykonania usługi na podstawie wybranej pracy konkursowej, albo takie zaproszenie wraz z nagrodą pieniężną lub rzeczową."

Zgodnie z art. 333 ust. 1 i 2 ustawy pzp: „1. Zamawiający organizuje konkurs na podstawie ustalonego przez siebie regulaminu konkursu. 2. Regulamin konkursu określa, w szczególności: 1) nazwę oraz adres zamawiającego; 2) rodzaj pracy konkursowej i procedurę przeprowadzenia konkursu; 3) opis przedmiotu konkursu; 4) maksymalny planowany łączny koszt wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej; 5) wymagania, jakie muszą spełniać uczestnicy konkursu; 6) informację o podmiotowych środkach dowodowych potwierdzających spełnianie wymagań; 7) sposób komunikowania się zamawiającego z uczestnikami konkursu oraz przekazywania podmiotowych środków dowodowych, wyjaśnień lub informacji; 8) sposób oraz termin składania opracowań studialnych albo prac konkursowych w przypadku konkursu nieograniczonego albo wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie, w przypadku konkursu ograniczonego; 9) zakres rzeczowy i formę opracowania oraz sposób prezentacji pracy konkursowej; 10) kryteria oceny prac konkursowych wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów; 11) kryteria oceny opracowań studialnych wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów, w przypadku, o którym mowa w art. 329 ust. 3; 12) skład sądu konkursowego; 13) rodzaj i wysokość nagród; 14) termin wypłacenia nagrody pieniężnej lub wydania nagrody rzeczowej; 15) wysokość zwrotu kosztów przygotowania prac konkursowych, jeżeli zamawiający przewiduje ich zwrot; 16) postanowienia przyszłej umowy dotyczące przeniesienia autorskich praw majątkowych do wybranej pracy wraz ze szczegółowym określeniem pól eksploatacji prac konkursowych; 17) maksymalną kwotę zwrotu kosztów za przygotowanie i złożenie pracy konkursowej, jeśli konkurs zostanie unieważniony, w okolicznościach, o których mowa w art. 355 ust. 4; 18) sposób podania do publicznej wiadomości wyników konkursu; 19) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących uczestnikom konkursu."

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W odniesieniu do omawianego zarzutu Odwołujący kwestionował wymagania dla pracy konkursowej w zakresie, w jakim Zamawiający żądał zestawienia wraz opisem urządzeń multimedialnych, rozwiązań interaktywnych, akustyki poprzez podanie podstawowych (udostępnionych przez producenta) parametrów technicznych oraz poprzez podanie sposobu wykorzystania na wystawie wraz z opisem planowanego do osiągnięcia efektu ekspozycyjnego. Odwołujący wywodził, że powyższe „stanowi zakres projektu wykonawczego, a więc element zamówienia, nie zaś konkursu, zatem nie może być uwzględniony przez organizatora w koncepcji będącej przedmiotem konkursu." W ocenie Izby sporne postanowienie nie narusza przepisów ustawy pzp dotyczących konkursu i jest uzasadnione potrzebą Zamawiającego dla realnej oceny prac konkursowych co do jakości i atrakcyjności planowanych do wykorzystania urządzeń.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że w konkursie wykonawcy przekładają wyłącznie wstępne projekty czy koncepcje, a doszczegółowienie tych utworów stanowi przedmiot przyszłego zamówienia publicznego. W ramach zlecanych prac następuje doprecyzowanie rozwiązań, które były przedmiotem prac konkursowej. Niemniej jednak, w ocenie Izby wymaganie Zamawiającego przedstawienia zestawienia urządzeń multimedialnych wraz ze sposobem ich wykorzystania nie narusza wyżej wskazanych zasad.

Zamawiający aby dokonać należytej oceny poszczególnych prac konkursowych i ich rzetelnego porównania w odniesieniu do celu jaki zamierza osiągnąć jest uprawniony uzyskać informacje co do jakości urządzeń, które wykonawca wykorzysta w tworzeniu wystawy, skali ich zastosowania oraz czy będzie to sprzęt nowoczesny, innowacyjny w rozwiązaniach interaktywnych. Zamawiający będzie mógł również poznać efekt artystyczny, który zostanie w ten sposób zrealizowany. Izba zauważa, że Odwołujący nie wykazał, iż kwestionowane wymaganie jest niemożliwe do zrealizowania na etapie pracy konkursowej.

Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w doborze urządzeń multimedialnych, dlatego ich poznanie na etapie pracy konkursowej będzie jednym z elementów decydujących o wyborze tej pracy, która najlepiej odzwierciedla planowany do osiągnięcia cel Zamawiającego. Powyższe nie będzie możliwe w przypadku uwzględnienia wniosku Odwołującego i przedstawienia zestawienia urządzeń wyłącznie jednego z pomieszczeń.

Chybiona jest również argumentacja Odwołującego o tożsamości koncepcji - pracy konkursowej z jej szczegółowym opracowaniem stanowiącym przedmiot zamówienia. Zamawiający w projekcie wykonawczym wymaga specyfikacji technicznych urządzeń wraz

z ich liczbą i parametrami co nie jest identyczne z przedstawieniem sposobu wykorzystania

poszczególnych urządzeń w realizacji wystawy, czyli wizji twórcy, której poznanie na etapie oceny prac konkursowych jest w ocenie Izby uzasadnione.

W konsekwencji powyższego Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy pzp podniesionych w odwołaniu w zakresie kwestionowanego postanowienia.

Zarzut 4

Podtrzymując wcześniejsze ustalenia faktyczne w odniesieniu do zarzutu 4 odwołania Izba ustaliła:

Zgodnie z Rozdziałem II (SZCZEGÓŁOWE WARUNKI KONKURSU) ust. IV (ZAKRES SZCZEGÓŁOWEGO WYKONANIA PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA UDZIELANEGO W TRYBIE ZAMÓWIENIA Z WOLNEJ RĘKI) 1 Regulaminu konkursu (t. j. z dnia 23 maja 2022 r.): „IV.1 W wyniku rozstrzygnięcia konkursu Zamawiający zaprosi autora lub autorów najlepszej pracy do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, na przygotowanie projektu technicznego (wykonawczego) realizacji wystawy stałej oraz wykonania wystawy zgodnie z przygotowanym projektem wraz z nadzorem autorskim (dalej: zamówienie). Zamówienie obejmie więc:

- Wykonanie projektu technicznego (wykonawczego) wystawy wraz ze świadczeniem usług nadzoru autorskiego,

- Nadzór merytoryczny i artystyczny nad opracowaniem Projektu Wystawy w zakresie zgodności z Pracą konkursową oraz Szczegółowym opisem przedmiotu umowy, a także

Scenariuszem Wystawy stałej oraz pozostałymi załącznikami do Regulaminu konkursu, w tym w zakresie faktów i szczegółów historycznych dotyczących Studia Filmów Rysunkowych

w Bielsku - Białej, ich prawidłowości i zgodności przekazu, stylu i narracji oraz realizacji kwerend oraz katalogowania i inwentaryzowania zbiorów, wykorzystywanych przy tworzeniu

wystawy,

- Wykonanie wystawy zgodnie z projektem technicznym: system wystawienniczy, oświetlenie, system monitoringu wizyjnego oraz system alarmowy multimedia (dostawa i montaż), miejsca ekspozycyjne, elementy zabawowe i rekreacyjne, produkcja i montaż materiałów audiowizualnych, plastycznych i graficznych, tłumaczenia na język angielski (narracji wystawy w j. polskim oraz j. angielskim), ewentualnie zakup praw do materiałów (zdjęcia, filmy), w tym autorskich praw majątkowych, ewentualnie pozyskanie eksponatów lub wykonanie replik.”

Zgodnie z załącznikiem nr 2 projekt umowy:

Paragraf § 1 (PRZEDMIOT UMOWY) ust. 1, 2 i 14.4 projektu umowy (t. j. z dnia 20 maja

2022 r.): „1. Przedmiotem umowy jest zaprojektowanie i zrealizowanie Wystawy stałej w Interaktywnym Centrum Bajki i Animacji przy Studiu Filmów Rysunkowych w Bielsku - Białej (według zaakceptowanego przez Zamawiającego Projektu Wystawy - nr postępowania 10/2022/DI) - wraz ze świadczeniem usług nadzoru autorskiego. 2. Przedmiot umowy

obejmuje: a) Wykonanie projektu technicznego (wykonawczego) Wystawy (Projekt Wystawy) b) Świadczenie usług nadzoru autorskiego, c) Wykonanie Wystawy zgodnie z Projektem

Wystawy. (.) 13. Wykonanie wystawy obejmuje: (.) 4) ewentualny zakup praw do materiałów (zdjęcia, filmy), w tym autorskich praw majątkowych w zakresie wskazanym w niniejszej Umowie."

Artykuł 16 pkt 1 - 3 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny."

Zgodnie z art. 331 ustawy pzp: „Przedmiot konkursu opisuje się w sposób jednoznaczny i zrozumiały, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie pracy konkursowej."

Zarzut nie potwierdził się.

Przedmiotem sporu w zakresie omawianego zarzutu było postanowienie Regulaminu konkursu oraz projektu umowy, zgodnie z którym wykonawca w ramach przedmiotu umowy będzie zobowiązany do ewentualnego zakupu praw do materiałów (zdjęcia, filmy), w tym autorskich praw majątkowych w zakresie wskazanym w umowie. W ocenie Izby kwestionowane postanowienie zostało sformułowane w sposób jednoznaczny i zrozumiały, spełniając tym samym wymagania opisu przedmiotu konkursu.

W zakresie rozpoznawanego zarzutu Odwołujący podnosił nieprecyzyjność ww. zapisów przekładającą się na trudność w określeniu zakresu przedmiotu umowy oraz oszacowaniu kosztów wykonania ustanowionego wymogu przy jednoczesnym postanowieniu o wynagrodzeniu ryczałtowym uniemożliwiającym zwiększenie tego wynagrodzenia na etapie realizacji umowy.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego wskazania wymaga, że jak słusznie zauważył Zamawiający, Odwołujący w przedstawianej argumentacji opierał się na treści art. 99, zgodnie z którym opis przedmiotu zamówienia musi być wyczerpujący, a który to przepis nie ma zastosowania do konkursu. Jak wskazano w Komentarzu do prawa zamówień publicznych Urzędu Zamówień Publicznych pod. red. H. Nowaka, M. Winiarza: „Przedmiotem konkursu jest wykonanie pracy konkursowej. Opis przedmiotu konkursu winien uwzględniać, że efektem konkursu jest otrzymanie przez zamawiającego twórczej pracy konkursowej, a nie oferty. Przedmiot konkursu winien być opisany w regulaminie w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Precyzja opisu ma pozwolić na otrzymanie prac konkursowych zgodnych z celami, jakie chce osiągnąć zamawiający. Zamawiający, przygotowując opis przedmiotu konkursu, zobowiązany jest rozważyć, jak wiele swobody twórczej zamierza pozostawić autorom prac konkursowych, przy czym pozostawienie takiej swobody jest w konkursie niezbędne. Opis przedmiotu konkursu nie musi być zatem wyczerpujący w takim stopniu, w jakim jest to wymagane od opisu przedmiotu zamówienia (art. 99 Pzp), gdyż nie w każdym konkursie wyczerpujący opis stanowiłby ułatwienie dla autorów prac konkursowych, w założeniu swobodnie przygotowujących swoje dzieła." Podobnie w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 grudnia 2010 r. sygn. akt: KIO/KD 98/10 stwierdzono: „Szczegółowość opisu przedmiotu konkursu i wskazanie niezbędnych wymagań stawianych obiektom, które powstaną w wyniku realizacji pracy, nie powinna jednak ograniczać twórców prac w sposób zbyt radykalny. Kłóciłoby się to bowiem z samą istotą konkursu, która wskazuje na pozostawienie miejsca na inicjatywę twórców, którzy przystępują do konkursu. Wszędzie tam, gdzie przepisy prawa i inne uwarunkowania nie wykluczają wariantowości rozwiązań, byłoby wskazane, aby zamawiający nie zawężał pola dopuszczalnych rozwiązań. Zamawiający może więc (ale nie musi) wskazać preferowane rozwiązania architektoniczne lub materiałowe."

Zgodnie z zacytowanymi stanowiskami, opis przedmiotu konkursu nie musi, a nawet nie powinien być wyczerpujący, aby zrealizować cel konkursu, jakim jest swobodna wizja twórcy w realizacji przedmiotu umowy. Zauważyć należy, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zdecydował się pozostawić wykonawcom dowolność w doborze materiałów, które zostaną wykorzystane w realizacji twórczego, artystycznego zamierzenia. Dlatego też stwierdzenie „ewentualny" odnosi się do uprawnienia wykonawcy. Niewątpliwie, to wykonawca, a nie Zamawiający będzie posiadał najlepszą wiedzę co do rodzajów materiałów, których użyje, a także kosztów ich nabycia wraz z prawami autorskimi. Jak słusznie wskazał Zamawiający: „Zakres oraz treść zdjęć, filmów i innych materiałów będzie wprost zależny od tego co dany uczestnik konkursu zaproponuje w pracy konkursowej, a w konsekwencji ostatecznie zaprojektuje i wykona." Ponadto, kwota przeznaczona na

wykonanie zamówienia jest znana wykonawcom zainteresowanym udziałem w konkursie. To w gestii wykonawcy pozostaje więc takie rozplanowanie budżetu, które zapewni realizację kwestionowanego postanowienia. W ocenie Izby jest ono jednoznaczne i zrozumiałe i tym samym zgodne z wymaganiami dla opisu przedmiotu zamówienia w konkursie.

W konsekwencji Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy pzp, które podnosił Odwołujący.

Zarzut 12

Podtrzymując wcześniejsze ustalenia faktyczne, w zakresie podniesionego zarzutu Izba dodatkowo ustaliła:

Paragraf 2 (OBOWIĄZKI WYKONAWCY) ust. 1, 2 oraz 8 projektu umowy (t. j. z dnia 20 maja 2022 r.) stanowi: „1. Wykonawca zobowiązuję się przed przystąpieniem do realizacji Wystawy przedstawić w terminie określonym w § 3 Umowy, Projekt Wystawy do weryfikacji i akceptacji Zamawiającego. Wykonawca wykona Projekt Wystawy i zgłosi pisemnie Zamawiającemu gotowość do jej odbioru przedkładając wersje elektroniczną, a: a) Zamawiający w ciągu 7 dni dokona jej akceptacji bez uwag lub wniesie uwagi na piśmie, b) Wykonawca w ciągu 7 dni od otrzymania uwag przedłoży Zamawiającemu Projekt Wystawy, uwzgledniający uwagi Zamawiającego; c) Zamawiający, po sprawdzeniu Projektu Wystawy pod kątem wprowadzenia przez Wykonawcę zgłoszonych przez Zamawiającego uwag, w ciągu 5 dni dokona odbioru Projektu Wystawy czego potwierdzeniem będzie podpisanie protokołu odbioru Projektu Wystawy bez zastrzeżeń. 2. W przypadku braku wprowadzenia lub wprowadzenia na niedostatecznym poziomie do Projektu Wystawy zgłoszonych przez Zamawiającego uwag - Wykonawca będzie zobowiązany do ich wprowadzenia w dodatkowym terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, zgodnie z jego zaleceniami. W przypadku zawinionego niezachowania dodatkowego terminu, o którym mowa w paragrafie 2 ust. 2 zd. 1, Zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej za zwłokę zgodnie z postanowieniami paragrafu 11 ust. 1 lit. b) za każdy dzień zwłoki. Kara umowna z tytuły zwłoki będzie naliczona od dnia w którym Zamawiający stwierdzi, że Wykonawca nie zastosował się do jego uwag w terminie określonym w lit. b) powyżej. Realizacja Wystawy może nastąpić jedynie po uwzględnieniu uwag Zamawiającego i zaakceptowaniu Projektu Wystawy Projekt Wystawy musi zostać dostarczony Zamawiającemu zgodnie z zapisami ust. 3. Potwierdzeniem akceptacji Projektu Wystawy będzie podpisanie przez Zamawiającego protokołu odbioru Projektu Wystawy bez zastrzeżeń. (.) 8. Potwierdzeniem prawidłowego wykonania umowy przez Wykonawcę będzie podpisanie przez obie strony, końcowego protokołu odbioru, bez zastrzeżeń.”

Paragraf 5 (PRAWA AUTORSKIE) ust. 3 lit. o i p projektu umowy stanowi: „3. Wykonawca,

z chwilą podpisania przez obie Strony końcowego protokołu odbioru - z zastrzeżeniem ust. 4 poniżej - przenosi na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe do wszystkich Utworów na wszelkich polach eksploatacji, znanych w chwili zawierania niniejszej umowy, w tym w szczególności na wszelkich polach eksploatacji związanych z wykorzystaniem Utworów do celów promocji konkursu i Zamawiającego oraz publikacji Utworów, w tym zwłaszcza w zakresie: (.) o) tłumaczenia, przystosowywania, modyfikacji, zmiany układu lub jakichkolwiek innych zmian w Utworach. p) modyfikowania całości oraz pojedynczych fragmentów Utworów w tym m.in. prawo do korekty, dokonywania przeróbek, zmian i adaptacji Utworów.”

Pytania i odpowiedzi Zmawiającego do dokumentacji:

5. Względem paragrafu 2 ustęp 2 zdanie 2 w brzmieniu: „W przypadku gdy wprowadzenie uwag Zamawiającego będzie skutkowało koniecznością zmiany Projektu Wystawy przez Wykonawcę, zmiana taka będzie traktowana jako zwłoka w realizacji Przedmiotu Umowy, a tym samym Zamawiający będzie uprawniony do naliczania kary umownej za zwłokę(.)”. Wykonawca zwraca uwagę, że takie brzmienie oznaczać może nieograniczoną i zależną wyłącznie od Zamawiającego możliwość zgłaszania uwag i związaną z tym konieczność wprowadzania zmian zwłaszcza, że do Zamawiającego należy kompetencja do oceny, że uwagi zostały wprowadzone na „niedostatecznym poziomie”, co w rezultacie powodować może zmianę Projektu Wystawy. Zakres tej zmiany (całego projektu) nie jest sprecyzowany i może oznaczać teoretycznie zmianę całego Projektu. Wobec powyższego Wykonawca zwraca się o możliwe sprecyzowanie/ograniczenie zakresu zmian jakich Zamawiający może żądać oraz o ograniczenie obowiązku zapłaty kar umownych wyłącznie do sytuacji, kiedy konieczność zmiany Projektu będzie wynikiem rażącego niedbalstwa Wykonawcy.”

Odpowiedź:

„Zamawiający jest ograniczony w zakresie zgłaszania uwag i związaną z tym koniecznością wprowadzania zmian w tym samym zakresie co Wykonawca do realizacji, a więc w zakresach ograniczonych Pracą konkursową i opisem przedmiotu zamówienia. Do tego możliwość zgłaszania zmian będzie miał tylko jednokrotnie. Ocena dostateczności poziomu wprowadzenia zgłoszonych zmian musi należeć do zgłaszającego. Zamawiający, w celu doprecyzowania, dokonał modyfikacji wskazanego zapisu zgodnie z opublikowaną zmiana oraz tekstem jednolitym Projektu umowy."

3. Względem paragrafu 1 ustęp 12 punkt 3 w brzmieniu: „Przedmiot niniejszej umowy należy wykonać zgodnie z: 3) wskazaniami Zamawiającego bądź pomiotów przez niego określonych." Czy wskazania o których mowa w tym przepisie dotyczą etapu tworzenia Projektu Wystawy, czy również etapu jego realizacji? Jakie rozwiązania przewiduje Zamawiający w sytuacji, kiedy wskazania kierowane do Wykonawcy wykonującego Wystawę na podstawie zaakceptowanego przez Zamawiającego Projektu Wystawy będą znacząco modyfikować rozwiązania przewidziane w projekcie, co spowoduje zwiększenie zakresu prac, ilości materiałów, a w konsekwencji zwiększenie kosztów?"

Odpowiedź:

„Wskazania wskazane w tym punkcie dotyczą zarówno etapu tworzenia Projektu Wystawy, jak i również etapu jego realizacji. Wskazanie te nie mogą być sprzeczne z zaakceptowanym przez Zamawiającego Projektem Wystawy, o czym wprost stanowią pozostałe zapisy umowy jak również nie mogą prowadzić do zwiększenia zakresu prac, ilości materiałów, a tym samym zwiększenia kosztów. Zamawiający, w celu doprecyzowania, dokonał modyfikacji wskazanego zapisu zgodnie z opublikowaną zmiana oraz tekstem jednolitym Projektu umowy:

Zamawiający dokonuje zmiany § 1 ust. 12 pkt 3 umowy, w następujący sposób:

„Przedmiot niniejszej umowy należy wykonać zgodnie z;

1) Szczegółowym opisem przedmiotu umowy,

2) Zasadami sztuki, współczesnej wiedzy technicznej oraz obowiązującymi przepisami

prawa, standardami i normami,

3) wskazaniami Zamawiającego bądź pomiotów przez niego określonych, z zastrzeżeniem, iż wskazania te nie mogą wykraczać poza Przedmiot Umowy oraz nie mogą być sprzeczne ze Szczegółowym opisem przedmiotu umowy oraz zasadami wiedzy technicznej lub sztuką budowlaną.

4) ustaleniami poczynionymi z Zamawiającym, z zastrzeżeniem, iż ustalenia te nie mogą wykraczać poza Przedmiot Umowy oraz nie mogą być sprzeczne ze Szczegółowym opisem przedmiotu umowy oraz zasadami wiedzy technicznej lub sztuką budowlaną. Wykonawca będzie miał możliwość konsultacji z Zamawiającym wszelkich kwestii związanych z realizacją Przedmiotu Umowy na każdym etapie jej realizacji."

Zgodnie z Rozdziałem II (SZCZEGÓŁOWE WARUNKI KONKURSU) ust. IV (ZAKRES SZCZEGÓŁOWEGO WYKONANIA PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA UDZIELANEGO W TRYBIE ZAMÓWIENIA Z WOLNEJ RĘKI) 6 Regulaminu konkursu (t. j. z dnia 23 maja 2022 r.): „IV.6 Wymagane jest sporządzenie projektu technicznego (wykonawczego) wystawy, który stanowić będzie podstawę do realizacji wystawy. Projekt techniczny wykonany zostanie w oparciu o wybraną pracę konkursową i koniecznym będzie, aby zachował przyjęty tam styl i zaproponowane rozwiązania, przy czym dopuszczalne są zmiany i modyfikacje nie wpływające na ogólny styl i przyjęty sposób narracji, w tym przede wszystkim zmiany i modyfikacje podyktowane koniecznością dostosowania kosztów wykonania wystawy do założonego budżetu. Projekt techniczny będzie realizowany w uzgodnieniu z Zamawiającym oraz będzie wymagał jego akceptacji przed rozpoczęciem realizacji - przejście do fazy wykonawczej będzie możliwe tylko i wyłącznie po zaakceptowaniu projektu technicznego (wykonawczego) przez Zamawiającego. Przed rozpoczęciem prac wymagane jest uzyskanie akceptacji przedłożonego projektu przez Zamawiającego. Wykonawca przedłoży projekt Zamawiającemu, który dokona jego akceptacji bez uwag lub wniesie uwagi. Zaakceptowanie projektu oznacza przejście do fazy wykonawczej. W przypadku wniesienia uwag, Wykonawca będzie zobowiązany do ich

uwzględnienia i przedłożenia projektu skorygowanego zgodnie z przedłożonymi uwagami w celu uzyskania akceptacji. Skorygowany projekt będzie podlegał sprawdzeniu tylko i wyłącznie pod kątem wprowadzenia zgłoszonych uwag, a w przypadku braku ich wprowadzenia lub wprowadzenia ich na niedostatecznym poziomie, Wykonawca będzie zobowiązany do ich wprowadzenia, jednakże wtedy braki w zakresie zgłoszonych uwag powodujące konieczność korekty dokumentacji przez Wykonawcę będą już traktowane jako opóźnienie w realizacji przedmiotu zamówienia z winy Wykonawcy. Wykonawca będzie miał możliwość konsultacji wszelkich kwestii związanych z realizacją projektu z przedstawicielami Zamawiającego."

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Przedmiotem sporu w zakresie podniesionego zarzutu było postanowienie projektu umowy, zgodnie z którym wykonawca będzie zobowiązany w ciągu 7 dni od otrzymania uwag Zamawiającego do przedłożenia Zamawiającemu Projektu Wystawy, uwzgledniającego te uwagi. W ocenie Izby ww. postanowienie nie narusza przywołanych w odwołaniu przepisów z kilku powodów.

Odnośnie postawionego zarzutu Odwołujący wywodził, iż kwestionowane postanowienie narusza prawo do integralności utworu, a także osobistą więź twórcy z utworem. Ponadto jest sprzeczne z zasadą swobody umów i pozwala Zamawiającemu na jednostronne kształtowanie zakresu świadczenia. W ocenie Izby analiza prawna przeprowadzona przez Odwołującego pozostaje w oderwaniu od stanu faktycznego, w tym przedmiotu umowy, jakim jest m.in. wykonanie dzieła: Projektu Wystawy na podstawie koncepcji - pracy konkursowej oraz wytycznych i opisu przedmiotu zamówienia wynikającego z Regulaminu konkursu oraz projektu umowy.

Niewątpliwie, jak stanowi art. 1 ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych: „Utwór jest przedmiotem prawa autorskiego od chwili ustalenia, chociażby miał postać nieukończoną." Tym samym, „Utwór artystyczny staje się przedmiotem prawa autorskiego już wtedy, kiedy następuje jego ustalenie, tj. gdy przybierze jakakolwiek postać, choćby nietrwałą, jednak o tyle stałą, żeby treść i cechy utworu wywierały efekt artystyczny" (tak też: Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 kwietnia 1973 r., sygn. I CR 91/73). Wobec powyższego, słusznie wskazywał Odwołujący, iż przekazany Zamawiającemu do akceptacji Projekt Wystawy będzie stanowił przedmiot prawa autorskiego, gdyż nastąpi jego ustalenie: „Ustaleniem jest „uzewnętrznienie" utworu w takiej formie, by było możliwe, choćby potencjalnie, zapoznanie się z nim przez inne osoby i odróżnienie go od innych dzieł. Ustalenie może być dokonane w jakiejkolwiek postaci, także ustnej. Nie musi łączyć się z utrwaleniem na jakimś nośniku. Nie jest wymagane faktyczne upublicznienie utworu, chodzi jedynie o potencjalną możliwość zapoznania się z nim. Zatem będzie ustaleniem utworu na przykład: napisanie wiersza „do szuflady", namalowanie obrazu oraz odtańczenie choreografii. (.) Ustalenie nie jest równoznaczne z ukończeniem dzieła przez autora. Utwór jest objęty ochroną w zakresie, w jakim został ustalony oraz jest przejawem działalności twórczej o indywidualnym charakterze. Jeżeli taką cechę posiada szkic utworu lub jego ustalona część, będzie ona podlegała ochronie." (tak też: red. A. Seweryniuk, autorzy: M. Brzozowska-Pasieka, A. Kruszewska, A. Sewerynik, J. Słupski, K. M. Wojciechowska, J. Woźniak, Julia Zasacka, Prawo autorskie dla instytucji kultury, 2019, s. 2).

Izba podziela również stanowisko Odwołującego, że wobec przekazanego do akceptacji Projektu Wystawy jako przedmiotu prawa autorskiego będą przysługiwały twórcy osobiste prawa autorskie, w tym prawo do nienaruszalności treści oraz formy utworu wyrażone w art. 16 pkt 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych („Jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, autorskie prawa osobiste chronią nieograniczoną w czasie i niepodlegającą zrzeczeniu się lub zbyciu więź twórcy z utworem, a w szczególności prawo do: (.) 3) nienaruszalności treści i formy utworu."). Prawo to powszechnie określane mianem prawa do integralności utworu gwarantuje twórcy swobodę decydowania o postaci utworu w każdym stadium jego istnienia. „Naruszenie prawa do integralności może polegać na dokonaniu zmian, pominięciu części utworu lub wprowadzeniu do niego dodatkowych elementów. (.) J. Barta i R. Markiewicz sprzeciwiają się kategorycznemu traktowaniu omawianego prawa, wskazując że nie każda ingerencja w treść lub formę utworu stanowić będzie naruszenie prawa do integralności, lecz jedynie taka, która zrywa lub osłabia więź twórcy z utworem. (.) Na stanowisku takim stanął Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 29.10.1997 r." (I ACa 477/97, LEX nr 533708)." (tak też: K. Bojańczyk [w:] red. W. Machała, R. M. Sarbiński, Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz, Warszawa 2019, s. 415).

W ocenie Izby, w rozpoznawanym stanie faktycznym kwestię osobistego prawa twórcy do integralności utworu należy rozpatrywać na innej płaszczyźnie niż przestawił to Odwołujący.

Zauważyć należy, że Projekt Wystawy przekazany do akceptacji Zamawiającego będzie utworem nie tworzonym na użytek własny twórcy, a na zlecenie Zamawiającego. Strony będzie bowiem wiązała umowa o dzieło - wykonanie Projektu Wystawy, w ramach której Zamawiający zapłaci wykonawcy odpowiednie wynagrodzenie za otrzymanie dzieła zgodnego z przedmiotem umowy, pracą konkursową i wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w dokumentacji zamówienia. Twórca pomimo szeroko pojętej dowolności co do myśli twórczej i artystycznej mającego powstać dzieła, determinowanej charakterem przedmiotowego zamówienia - ogłoszeniem o konkursie, będzie jednak w powstawaniu utworu ograniczony ww. postanowieniami dokumentacji zamówienia. Celem i oczekiwaniem Zamawiającego jest otrzymanie Projektu Wystawy zgodnego z ogólnymi wytycznymi w zakresie przedmiotu umowy. W świetle powyższego, nie można zatem uznać za naruszające prawo do integralności utworu, jednokrotne uprawnienie Zamawiającego do zgłaszania uwag do Projektu Wystawy w procesie jego tworzenia. Zamawiający powinien zachować mechanizm kontroli nad tym, czy dzieło które ostatecznie zaakceptuje i za które zapłaci będzie zgodne z pracą konkursową, regulaminem konkursu i przedmiotem umowy, a co do którego zresztą wykonawca wyraża zgodę na jego późniejsze modyfikacje (paragraf 5 (PRAWA AUTORSKIE) ust. 3 lit. o i p projektu umowy).

Ponadto, uwagi Zamawiającego nie będą miały nieograniczonego charakteru, co akcentował Zamawiający w odpowiedziach na pytania wykonawców, a które to wyjaśnienia są wiążące:

„Zamawiający jest ograniczony w zakresie zgłaszania uwag i związaną z tym koniecznością wprowadzania zmian w tym samym zakresie co Wykonawca do realizacji, a więc w zakresach ograniczonych Pracą konkursową i opisem przedmiotu zamówienia." Nie będzie to więc ingerencja w integralność utworu, którą wywodził Odwołujący, która miałaby prowadzić do zerwania więzi twórcy z utworem. Izba zwraca także uwagę, że brzmienie paragrafu 2 (OBOWIĄZKI WYKONAWCY) ust. 2 po modyfikacji wskazuje na sankcjonowanie wyłącznie zawinionego przez wykonawcę niezachowania dodatkowego terminu na wprowadzenie uwag. Wykreślono także postanowienie o traktowaniu zmiany jako zwłoki w realizacji przedmiotu umowy, na które powoływał się Odwołujący. Argumentacja poczyniona przez Odwołującego co do tego postanowienia jest nieaktualna i tym samym niezasadna.

Izba zwraca dalej uwagę, że wobec poczynionej przez Zamawiającego zmiany § 1 ust. 12 pkt 3 umowy, wykonawca jest zobowiązany wykonać przedmiot umowy zgodnie ze: „3)

wskazaniami Zamawiającego bądź pomiotów przez niego określonych, z zastrzeżeniem, iż wskazania te nie mogą wykraczać poza Przedmiot Umowy oraz nie mogą być sprzeczne ze Szczegółowym opisem przedmiotu umowy oraz zasadami wiedzy technicznej lub sztuką budowlaną." oraz „4) ustaleniami poczynionymi z Zamawiającym, z zastrzeżeniem, iż ustalenia te nie mogą wykraczać poza Przedmiot Umowy oraz nie mogą być sprzeczne ze Szczegółowym opisem przedmiotu umowy oraz zasadami wiedzy technicznej lub sztuką budowlaną. Wykonawca będzie miał możliwość konsultacji z Zamawiającym wszelkich

kwestii związanych z realizacją Przedmiotu Umowy na każdym etapie jej realizacji." Tym

samym również na etapie tworzenia Projektu Wystawy wszelkie kwestie wykonawca będzie uprawniony konsultować z Zamawiającym, a wskazania Zamawiającego czy też ustalenia nie będą mogły wykraczać poza przedmiot umowy. Niewątpliwie więc poza przedmiot umowy nie będą mogły wykraczać uwagi przekazywane przez Zamawiającego, mające zresztą na celu wyłącznie otrzymanie dzieła zgodnego z koncepcją konkursową i przedmiotem zamówienia. To twórca Projektu Wystawy a nie Zamawiający będzie uwzględniał w utworze uwagi Zamawiającego dostosowując je do swojej twórczej wizji i artystycznej koncepcji. Jak wynika z art. 2 (1) ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych: „Ochroną objęty może być wyłącznie sposób wyrażenia; nie są objęte ochroną odkrycia, idee, procedury, metody i zasady działania oraz koncepcje matematyczne." Zamawiający oświadczył w odpowiedzi na odwołanie, że: „sam sposób wyrażenia nie może podlegać uwagom Zamawiającego. Sposób wyrażenia uwag Zamawiającego i tak będzie zależeć od Wykonawcy, który będzie je każdorazowo uwzględniał w Projekcie Wystawy." Zamawiający w żaden sposób nie naruszy więc więzi twórcy z utworem. Jak stanowi art. 636 § 1 k. c. „Jeżeli przyjmujący zamówienie wykonywa dzieło w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową, zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin. Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu zamawiający może od umowy odstąpić albo powierzyć poprawienie lub dalsze wykonanie dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie." W ocenie Izby postanowienie dotyczące możliwości zgłaszania uwag przez Zamawiającego ma zatem wyłącznie na celu ochronę Zamawiającego przed otrzymaniem dzieła sprzecznego z umową, przy czym integralność utworu nie zostanie naruszona.

W konsekwencji Izba nie stwierdziła, aby kwestionowane postanowienie stanowiło nadużycie

prawa w rozumieniu art. 5 k.c. („Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony."), było sprzeczne z zasadami współżycia społecznego w rozumieniu art. 58 k.c. („§ 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego."), czy też z zasadą swobody umów („Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.") Postanowienie to stanowi raczej realizację zasady swobody umów, gdzie celem Zamawiającego jest otrzymanie dzieła wykonanego zgodnie z umową, a możliwość zgłaszania uwag do Projektu Wystawy ma urealnić ten cel.

Naruszenia przepisów wskazywane przez Odwołującego w odwołaniu wobec ww. postanowienia nie potwierdziły się.

Zarzut 14

Podtrzymując poczynione ustalenia faktyczne Izba dodatkowo ustaliła:

Paragraf 4 (WYNAGRODZENIE) ust. 7 projektu umowy stanowi: „7. Wynagrodzenie

określone w ust. 1, jest ostateczne i kompletne, a nadto obejmuje wszelkie należności Wykonawcy i podwykonawców, wszelkie koszty materiałów, urządzeń, sprzętu, wydatki, przewidywany zysk, koszty serwisowania (koszty związane z realizacją uprawnień wynikających z gwarancji). Tym samym Strony zgodnie postanawiają, że w sytuacji poniesienia przez Wykonawcę dodatkowych kosztów związanych z realizacją niniejszej umowy Wykonawcy nie przysługuje prawo do żądania wynagrodzenia dodatkowego, chyba że Strony postanowią inaczej w ramach odrębnego porozumienia zawartego w formie pisemnej pod rygorem nieważności, z zastrzeżeniem § 12 niniejszej umowy. Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak należytego rozpoznania zakresu Przedmiotu Umowy przez Wykonawcę nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia określonego w ust. 1."

Paragraf 12 (ZMIANY W UMOWIE) ust. 1.3. projektu umowy stanowi: „1. Zmiany treści

umowy mogą wynikać z następujących okoliczności:1.3. Zmiany wynagrodzenia Wykonawcy lub zmiany wysokości części wynagrodzenia za realizacje poszczególnych Etapów zamówienia, odpowiednio: a) zmiany wprowadzone przez Zamawiającego polegające w szczególności na: wykonaniu rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w Projekcie Wystawy zmiana taka może być spowodowana na przykład: pojawieniem się na rynku materiałów lub urządzeń nowszej generacji pozwalających na zaoszczędzenie kosztów eksploatacji wykonanego przedmiotu umowy, lub umożliwiające uzyskanie lepszej jakości prac. b) pominięciu lub zwiększeniu jakiejkolwiek części prac, w szczególności podyktowanych zmianą zakresu rzeczowego. c) zastąpieniu zakresu planowanych do wykonania prac innym zakresem prac przy zachowaniu wymogów jakościowych oraz wymogu zgodności z celem i zasadami realizacji Umowy. d) w przypadku zmiany Wymogów Prawa w zakresie stawki podatku od towarów i usług, lub wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych zgodnie z Wymogami Prawa, lub zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, jeżeli te zmiany będą miały wpływ na koszty wykonania Zamówienia."

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W zakresie podniesionego zarzutu Odwołujący kwestionował postanowienie projektu umowy, zgodnie z którym wynagrodzenie wykonawcy jest ostateczne i kompletne. Odwołujący podnosił, iż wobec nieprecyzyjnych postanowień opisu przedmiotu zamówienia nie jest możliwy do określenia zakres świadczenia, a tym samym koszty jego wykonania. Dlatego też w jego ocenie postanowienie o wynagrodzeniu ryczałtowym, a więc bez możliwości jego zwiększenia w przypadku konieczności poniesienia przez wykonawcę dodatkowych kosztów narusza zasady współżycia społecznego, swobody umów i stanowi nadużycie prawa. Twierdzenia Odwołującego nie zasługiwały jednak na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, że argumentacja odwołania w odniesieniu do rozpoznawanego zarzutu opierała się na twierdzeniu Odwołującego o zasadności zarzutów kwestionujących opis przedmiotu zamówienia. Zarzuty te w znaczącej części zostały uwzględnione i zmodyfikowane przez Zamawiającego, bądź wycofane przez Odwołującego. Natomiast zarzuty nr 4 i 12 Izba uznała za niezasadne. Zamawiający w sposób jasny i zrozumiały opisał przedmiot konkursu i zakres zamówienia, a także oczekiwane przez niego przedsięwzięcie, pozostawiając wykonawcom swobodę twórczą w jego realizacji.

Dalej wskazania wymaga, że wykonawcy mają świadomość kwoty jaka została przeznaczona na realizację przedsięwzięcia, a także już na etapie koncepcji - pracy konkursowej mają za zadanie oszacować planowane koszty realizacji przedmiotu umowy: projektu wykonawczego, usługi nadzoru autorskiego, usługi nadzoru merytorycznego i artystycznego, kosztów wystawy zgodnej z projektem technicznym. Tym samym, to po stronie wykonawcy, w zależności od poczynionych przez niego założeń, pozostaje takie rozplanowanie kosztów, aby mieściły się one w planowanym budżecie. Jak wskazał Zamawiający, przedmiotowe przedsięwzięcie będzie realizowane z dofinansowania, których to środków Zamawiający nie może przekroczyć. Kwestionowane postanowienie nie narusza więc równowagi stron umowy, gdyż to w znaczącej mierze po stronie wykonawcy będzie leżało dostosowanie kosztów do możliwości finansowych Zamawiającego.

Co więcej, Odwołujący w swojej argumentacji pomija treść paragrafu 12 ust. 1.3. projektu umowy, zgodnie z którym Zamawiający przewidział nadzwyczajne okoliczności, które będą uprawniały to zmiany wynagrodzenia wykonawcy.

W konsekwencji Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów, które podnosił Odwołujący.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b i d oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł oraz kosztów noclegu w wysokości 700,00 zł na podstawie faktur złożonych przez Zamawiającego na rozprawie.

Izba nie zasądziła na rzecz Zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w pełnej wysokości wynikającej z przedłożonej faktury Vat tj. kwoty 4 428,00 zł, gdyż zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b ww. Rozporządzenia wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika zalicza się do wysokości nieprzekraczającej łącznie kwoty 3 600,00 złotych.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

Członkowie: .....