Sygn. akt: KIO 335/16

WYROK
z dnia 21 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2016 r. przez wykonawcę **SYSTRA S.A., 72-76 rue Henry Farman, 75015 Paryż** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa, reprezentowane przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie Sp. z o.o., ul. Wilczy Dół 5, 02-798 Warszawa**

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Schuessler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o., Schüßler-Plan Ingenieurgesellschaft GmbH, R.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Rysy Architekci R.S., ul. Grzybowska 12/14, 00-132 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Biuro Projektów "Metroprojekt" Sp. z o.o., AMC A.M.C. Sp. z o.o., AMC A.M.C. Sp. z o.o. Sp. K., ul. Solińska 19b, 02-142 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **SYSTRA S.A., 72-76 rue Henry Farman, 75015 Paryż i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SYSTRA S.A., 72-76 rue Henry Farman, 75015 Paryż** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **SYSTRA S.A., 72-76 rue Henry Farman, 75015 Paryż** na rzecz **Miasta Stołecznego Warszawa, reprezentowanego przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie Sp. z o.o., ul. Wilczy Dół 5, 02-798 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 335/16

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa reprezentowane przez Zarząd Transportu Miejskiego w imieniu i na rzecz, którego działa Metro Warszawskie Sp. z o.o. prowadzi w trybie konkursu postępowanie o udzielenie zamówienia na wykonanie „Koncepcji

Architektoniczno - Budowlanej drugiego etapu realizacji odcinka zachodniego II linii metra w Warszawie (Część I) i Koncepcji Architektoniczno - Budowlanej drugiego etapu realizacji odcinka wschodniego-północnego II linii meta w Warszawie (Część II)".
Ogłoszenie o konkursie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia 2014 r. pod numerem 2014/S 248-439855.
W dniu 7 marca 2016 roku Odwołujący – Systra S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na działania i zaniechania Zamawiającego polegające na odmowie udostępnienia prac konkursowych, co uniemożliwiło Odwołującemu weryfikację zgodności ich oceny z Regulaminem Konkursu.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 1 - 3 z zw. z art. 110 oraz art. 121 ust 3 ustawy PZP poprzez bezpodstawną odmowę udostępniania Odwołującemu prac konkursowych.
Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności przyznania I nagrody
2. udostępnienia Odwołującemu prac konkursowych (wraz z planszami i wizualizacjami) złożonych przez pozostałych uczestników konkursu dla odcinka zachodniego (część I).

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że po zapoznaniu się z wizualizacjami i planami stanowiącymi element pracy konkursowej złożonej przez Konsorcjum firm: Biuro Projektów „Metroprojekt" Sp. z o.o. (Lider), AMC A.M.C. Sp. zo.o. oraz AMC A.M.C. Sp. z o.o. Sp. komandytowa (dalej „Metroprojekt") opublikowanymi w mediach publicznych, Odwołujący zauważył brak pewnych istotnych elementów, wymaganych przez Zamawiającego. Wskazał jednakże, że wizualizacje opublikowane przez Zamawiającego stanowią jedynie element pracy konkursowej. Na jego podstawie nie jest możliwe sformułowanie zarzutu w zakresie kompletności pracy konkursowej. Jedynie wgląd do całej pracy pozwoli Odwołującemu na weryfikację, czy praca konkursowa jest kompletna i czy powinna zostać oceniona.
Odwołujący podniósł, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż w przypadku gdyby po udostępnieniu prac konkursowych, wątpliwości Odwołującego w zakresie kompletności pracy konkursowej złożonej przez Metroprojekt potwierdziły się - w świetle oceny sądu konkursowego - praca złożona przez Odwołującego zostałaby oceniona najlepiej. W związku z tym to Odwołującemu przysługiwałaby I nagroda (zaproszenie do

negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki oraz nagroda pieniężna). Nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, że skoro przepisy Działu III Rozdział 3 nie referują wprost do art. 96 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1 to udostępnianie prac konkursowych nie jest możliwe. Zarówno doktryna jak i orzecznictwo przyjmują, że w zakresie udostępniania prac, brak odwołania do art. 96 ust 3 ustawy PZP oznacza, że prace konkursowe mogą być udostępniane nawet od momentu ich złożenia. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 121 ust. 3 ustawy PZP, z zawartością prac konkursowych sąd konkursowy nie może zapoznać się do upływu terminu ich składania. Przepis ten dotyczy jedynie ograniczenia w zakresie dostępu do prac członków sądu konkursowego. Jak słusznie podkreśla W. Dzierżanowski *w „Prawo zamówień publicznych Komentarz": Z* literalnego brzmienia przepisu można więc wnioskować, że inne osoby mogą zapoznać się z pracami wcześniej, byleby nie naruszono przy tym normy ust. 4, zakazującej identyfikacji autora pracy. Problematyczne wydaje się przy tym rozszerzenie tego zakazu w regulaminie konkursu, gdyż stanowiłoby to ograniczenie zasady jawności. Ponieważ jednak do konkursu nie stosuje się odpowiednio przepisu art. 96 ust. 3, wskazującego zdarzenia, po których nastąpieniu jawne stają się poszczególne dokumenty w postępowaniu, zasada jawności może być konkretyzowana w regulaminie w sposób umożliwiający respektowanie innych zasad ustawy, w tym zasady bezstronności i równego traktowania, które mogłyby zostać naruszone, gdyby zawartość prac była znana przed upływem terminu ich składania. Znajomość zawartości pracy złożonej przez innego wykonawcę mogłaby bowiem być wykorzystana przy przygotowywaniu pracy własnej. Autor zauważa, że ustalając reguły udostępnienia prac zamawiający musi mieć na uwadze wszystkie zasady prawa zamówień publicznych. Nie analizując możliwości udostępniania prac konkursowych przed upływem terminu ich składania, czy nawet w czasie ich oceny przez sąd konkursowy, zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, że po ogłoszeniu wyników konkursu nie można mówić o jakimkolwiek konflikcie zasady jawności z inną zasadą postępowania konkursowego. Zatem w opisanych wyżej okolicznościach faktycznych, po udostępnieniu wyników oceny prac, nie ma formalnych i materialnych

przeszkód do ich ujawnienia. Przeszkód takich nie wprowadza również sam Zamawiający w Regulaminie Konkursu".
Co więcej, zgodnie z brzmieniem art. 8 ust 3 ustawy PZP, zdanie ostatnie: Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu. Odpowiednie zastosowanie art. 8 ust. 3 ustawy PZP do konkursu oznacza, że uczestnicy konkursu we wnioskach o dopuszczenie do udziału w konkursie oraz pracach konkursowych mogą korzystać z uprawnienia do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a jej nieprawidłowe zastrzeżenie będzie powodować taki skutek jak w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Odwołanie się w art. 8 ust. 3 ustawy PZP bezpośrednio do konkursu, ostatecznie przesądza o jego jawności. Ustawodawca jednoznacznie wskazał bowiem na ustawowe odstępstwa od tej zasady. Z uzasadnienia

odmowy udostępnienia prac konkursowych wskazanego w piśmie z dnia 3 marca 2016 r. nie wynika, że uczestnicy konkursu zastrzegli ich elementy jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zatem w braku jedynej ustawowej przesłanki umożliwiającej odmowę wglądu do prac, decyzja o odmowie ich udostępniania został podjęta z naruszeniem przepisów prawa.
Odwołujący podniósł także, że Zamawiający błędnie interpretuje powołane przez siebie przepisy dotyczące konieczności ochrony prac konkursowych w związku z przepisami prawa autorskiego. W jego ocenie, prawo autora do decydowania o pierwszym udostępnieniu utworu publiczności, dotyczy sytuacji, w której po raz pierwszy stwarza się możliwość zapoznania się z dziełem nieograniczonej liczbie osób. Wraz ze złożeniem pracy konkursowej dochodzi więc do pierwszego udostępnienia utworu - pracy konkursowej - publiczności. Dalsze przekazywanie utworu uczestnikom konkursu nie stanowi już zatem pierwszego udostępnienia utworu, a udostępnienie kolejne. Nie podlega ono zatem ochronie w rozumieniu art. 16 Prawa autorskiego. Nawet, gdyby przyjąć tezę przeciwną, tzn. że udział w konkursie w rozumieniu przepisów ustawy PZP nie stanowi udostępnienia utworu publiczności, to także i w takim przypadku nie byłoby możliwości podniesienia przepisu art. 16 Prawa autorskiego jako podstawy odmowy przekazania pracy konkursowej uczestnikom konkursu. Z kolei prawo autora do nadzoru korzystania z dzieła odnosi si do prawa decydowania co do ewentualnego dokonywania zmian w utworze lub też co do szczególnych form udostępniania utworu. Prawo do nadzoru ma zastosowanie w sytuacjach, gdzie np. podejmowana jest próba zmiany struktury utworu - autor może wtedy wyrazić sprzeciw.
Z całą pewnością uprawnienie to nie ma żadnego związku z kwestii przekazywania kopii egzemplarzy utworu innym podmiotom ani udostępnianiem utworu do wglądu. Konstrukcja ochrony majątkowych praw autorskich dotyczy podejmowania wszelkich czynności prawnych zmierzających do umożliwienia innym podmiotom eksploatacji dzieła i do czerpania przez twórcę korzyści ekonomicznych związanych z taką eksploatacją. Umożliwienie uzyskania wglądu do pracy konkursowej - utworu - nie stanowi eksploatacji dzieła. Podjęcie takiej czynności przez Zamawiającego nie stanowiłoby zatem, zdaniem Odwołującego naruszenia autorskich praw majątkowych. nad korzystaniem z dzieła nie miałyby zastosowania. Co więcej wgląd do prac konkursowych nie stanowi żadnego z pól eksploatacji majątkowych praw autorskich. Na poparcie Odwołujący powołał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2012 r. (sygn. akt: KIO 1384/12), które zapadło również w konkursie prowadzonym przez Zamawiającego, w niemal identycznych okolicznościach faktycznych. Zdaniem Odwołującego, również postanowienie pkt 4.2.1 Regulaminu konkursu nie może stanowić podstawy odmowy udostępnienia prac konkursowych. To postanowienie dotyczy bowiem uprawnień Zamawiającego, co do zasad dysponowania pracami konkursowymi po rozstrzygnięciu konkursu.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, bowiem jest uczestnikiem konkursu, a ponadto na skutek działań i zaniechań Zamawiającego kwestionowanych w odwołaniu może ponieść szkodę w postaci

braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Okoliczność, że Odwołujący złożył do Zamawiającego wniosek o zwrot oryginałów pracy konkursowej wraz ze wszelkimi kopiami, pozostaje bez znaczenia dla oceny istnienia po jego stronie interesu we wniesieniu odwołania, skoro niespornym jest, że praca konkursowa nadal pozostaje w posiadaniu Zamawiającego.

Izba ustaliła, że w dniu 25 lutego 2016 roku Zamawiający poinformował uczestników konkursu o wynikach konkursu i przyznaniu I nagrody pracy konkursowej złożonej przez Konsorcjum firm: Biuro Projektów „Metroprojekt" Sp. z o.o. (Lider), AMC A.M.C. Sp. zo.o. oraz AMC A.M.C. Sp. z o.o. Sp. komandytowa (dalej „Metroprojekt").
W dniu 29 lutego 2016 roku Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie prac konkursowych wraz z planszami z wizualizacjami, złożonymi przez uczestników konkursu dla odcinka zachodniego (część I).
W odpowiedzi, pismem z dnia 3 marca 2016 roku, Zamawiający odmówił udostępnienia prac konkursowych, uzasadniając, że przepisy art. 96 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp nie mają zastosowania do konkursu, bowiem dotyczą one jedynie postępowań o udzielenie zamówienia, do których nie zalicza się konkursu. Wskazał, że przepisy ustawy Pzp nie zawierają żadnych uregulowań dotyczących obowiązku udostępnienia prac konkursowych. Udostępnieniu prac konkursowych sprzeciwiają się przepisy regulujące prawa autorskie (osobiste i majątkowe). Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z przepisami art. 16 pkt 4 i pkt 5 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskie i prawach pokrewnych (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 631 z późn. zm.), dalej „Prawo autorskie", twórca ma m.in. prawo do decydowania o pierwszym udostępnianiu utworu publiczności oraz do nadzoru nad sposobem korzystania z utworu. Zamawiający powołał się także na postanowienia pkt. 4.2.5 Regulaminu Konkursu, zgodnie z którym autorzy prac konkursowych, którym przyznano nagrody pieniężne są zobowiązani do przeniesienia autorskich praw majątkowych do złożonych przez siebie prac. W jego ocenie przed wypłacaniem nagród pieniężnych Zamawiający nie nabywa praw

autorskich, zatem nie może udostępnić prac konkursowych osobom trzecim. Co więcej, zdaniem Zamawiającego, treść pkt. 4.2.1. Regulaminu Konkursu, zezwala Zamawiającemu jedynie na prezentację wszystkich lub wybranych prac konkursowych po Konkursie, a także ich filmowanie lub reprodukcję i publikację i nie uprawnia Zamawiającego do ich udostępniania osobom trzecim.
Niespornym między stronami jest, że Zamawiający w wyniku wniesionego odwołania, udostępnił wszystkim uczestnikom konkursu złożone prace konkursowe. Odwołujący w toku rozprawy przyznał, że w dniach 15-16 marca 2016 roku zapoznał się z pracą konkursową złożoną przez „Metroprojekt". Okoliczność ta powoduje, że jedyny zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 110 oraz art. 121 ust. 3 ustawy Pzp przez bezpodstawną odmowę udostępnienia Odwołującemu prac konkursowych, nie jest już między stronami sporny.
Istotnie, Zamawiający, w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp odmówił w dniu 3 marca 2016 roku Odwołującemu wglądu do prac konkursowych po ogłoszeniu wyników konkursu. Jednakże, potwierdzenie się zarzutu podniesionego w odwołaniu, w sytuacji faktycznego udostępnienia Odwołującemu prac konkursowych, powoduje że naruszenie przepisu art. 8 ust. 1- 3 ustawy Pzp pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Zgodnie zaś z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeśli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Za bezzasadne uznać należy żądanie Odwołującego unieważnienia czynności przyznania I nagrody. Po pierwsze, wskazać należy, że Izba związana jest jedynie zarzutami a nie żądaniami zawartymi w treści odwołania. Po drugie, w odwołaniu nie podniesiono żadnego zarzutu, którego uwzględnienie mogłoby spowodować konieczność unieważnienia czynności przyznania I nagrody. Uznanie za zasadny zarzutu dotyczącego odmowy udostępnienia prac konkursowych, nie pociąga za sobą konieczności unieważnienia czynności przyznania I nagrody a jedynie wywołuje obowiązek uchylenia błędnej czynności Zamawiającego przez udostępnienie prac konkursowych uczestnikom konkursu, a to żądanie zostało przez Zamawiającego już zrealizowane.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

7

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……..…..

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

8

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……..…..

9