

Sygn. akt: KIO 222/12

WYROK
z dnia 15 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2012 r. przez **Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu modyfikację postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wykreślenie z par. 9 ust. 2 istotnych dla stron postanowień umowy (rozdział 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia) słów „w zakresie sprawowania nadzoru autorskiego”,
2. kosztami postępowania obciąża **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Generalnej Dyрекcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku** na rzecz **Mostów Katowice sp. z o.o. w Katowicach**, kwotę **18 719 zł 50 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset dziewiętnaście złotych pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie.

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

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 222/12

Uzasadnienie

Generalna Dyрекcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku (zwana dalej „zamawiającym”), działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetaru nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na wykonanie projektu budowy drogi ekspresowej S7 na odcinku Koszwały – Kazimierzowo.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 stycznia 2012 r. pod numerem 2011/S 16-025523. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) zamieszczona została na stronie internetowej zamawiającego www.gddkia.gov.pl w dniu 25 stycznia 2012 r. (wydruk ze strony internetowej w aktach

sprawy).

W dniu 3 lutego 2012 r. (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą) pismem z dnia 1 lutego 2012 r. Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach (dalej „odwołujący”) wniosły do Prezesa Izby odwołanie dotyczące treści § 9 ust. 2 wzoru umowy, stanowiącego załącznik do siwz.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, wskutek wprowadzenia do wzoru umowy, będącego integralną częścią siwz postanowienia § 9 ust. 2, które narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania, utrudniając lub

uniemożliwiając wykonawcom oraz projektantom, którzy sporządzili projekt budowlany, wzięcie udziału w późniejszym przetargu na sprawowanie nadzoru autorskiego, polegającego w szczególności na stwierdzaniu zgodności wykonywanych robót z przygotowanym projektem budowlanym;

2. art. 7 w zw. z art. 22 i art. 25 ustawy poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, wskutek wprowadzenia do treści siwz, a ściślej do wzoru umowy, będącego integralną częścią siwz, postanowienia § 9 ust. 2, który stanowi obejście przepisów ustawy, a zarazem ukryty warunek udziału w postępowaniu, polegający na zrzeczeniu się przez wskazanych przez wykonawcę projektantów przysługujących im autorskich praw osobistych w zakresie nadzoru nad utworem oraz w zakresie zmian w utworze (przedmiotem postępowania jest utwór będący projektem budowlanym);

3. art. 7 w zw. z art. 22, 24, 25 i 26 i art. 91 ustawy poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, wskutek dopuszczenia możliwości prowadzenia przez zamawiającego weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu, po wybraniu najkorzystniejszej oferty;

4. art. 7 i 14 i 139 ustawy w zw. z art. 58 i art. 353 (1) Kodeksu cywilnego (kc), poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, wskutek wprowadzenia do wzoru umowy będącego integralną częścią siwz, postanowienia § 9 ust. 2, stanowiącego zobowiązanie sprzeczne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, zasadami współżycia społecznego i naturą stosunku zobowiązaniowego, gdyż de facto pozbawia on możliwości dochodzenia ochrony przez projektanta jego autorskich praw osobistych, w razie ich naruszenia przez zamawiającego;

5. art. 7 i 14 i 139 ustawy w zw. z art. 58 i art. 353 (1) kc w zw. z art. 19 ust. 1 ustawy Prawo budowlane, poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, wskutek wprowadzenia do wzoru umowy będącego integralną częścią siwz, postanowienia § 9 ust. 2, stanowiącego zobowiązanie sprzeczne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa i zasadami współżycia społecznego, gdyż projektant nie może się uchylać od wykonywania nadzoru autorskiego, którego obowiązek sprawowania nałożył organ administracji;

6. art. 7 i art. 14 i 139 ustawy w zw. z art. 58 i art. 353 (1) kc w zw. z art. 16 i art. 60 ust. 5 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, wskutek wprowadzenia do wzoru umowy będącego integralną częścią siwz, postanowienia § 9 ust. 2, stanowiącego zobowiązanie sprzeczne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa i zasadami współżycia społecznego, polegające na

obowiązku zrzeczenia się przez projektantów możliwości korzystania z autorskich praw osobistych, co w świetle ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych jest niedopuszczalne.

Uwzględniając powyższe odwołujący wniosł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści siwz poprzez usunięcie ze wzoru umowy, będącego integralną częścią siwz, postanowienia § 9 ust. 2, traktującego o osobistych autorskich prawach majątkowych;
2. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Uzasadniając zarzuty odwołania odwołujący argumentował, co następuje:

1. Zarzut naruszenia art. 7 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy

Zamawiający, w myśl art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy zamieścił jako załącznik do siwz, wzór umowy, który zawierał w § 9 ust. 2 (zatytułowany: „Majątkowe prawa autorskie”) postanowienie o następującej treści: „Wykonawca oświadcza, że uzyskał od Autorów zapewnienia, iż nie będą oni wykonywać osobistych praw autorskich, w zakresie sprawowania nadzoru autorskiego oraz w zakresie dokonywania koniecznych lub uzasadnionych ze względu na optymalizację lub charakter Inwestycji zmian w utworach wymienionych w ust 4 niniejszego Aneksu. W przypadku naruszenia przez Wykonawcę oświadczenia, o którym mowa w zdaniu poprzednim. Wykonawca zobowiązany będzie do pokrycia szkód poniesionych przez Zamawiającego z tego tytułu”. W ocenie odwołującego tak sformułowana treść postanowienia umownego implikuje bardzo szeroką skalę negatywnych dla potencjalnych wykonawców konsekwencji prawnych, na płaszczyźnie ustawy, a także na gruncie prawa cywilnego, karnego i administracyjnego.

Przedewszystkim niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania związane jest z odpowiedzialnością odszkodowawczą (odpowiedzialność *ex contractu*). Oznacza to, jeśli wykonawca podpisując umowę, oświadczy, że takie zapewnienia od projektantów uzyskał, to nie może on zgłosić tych projektantów do przyszłego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na nadzór autorski nad projektem przygotowanym przez tych projektantów, bez narażania się na roszczenia ze strony zamawiającego. Utrudni to, a wręcz może uniemożliwić, udział w postępowaniu zarówno wykonawcom, jak i samym projektantom, którzy przygotowali projekt, co stanowi znaczące ograniczenie konkurencyjności nie tylko obecnego, lecz także przyszłego postępowania w przedmiocie nadzoru autorskiego. W

takich przypadkach, jedynie bardzo duże podmioty, dysponujące odpowiednią ilością projektantów, mogłyby wziąć udział w przetargu jednocześnie na projekt budowlany i na nadzór autorski, organizowanych przez zamawiającego, wskazując na projektantów inne osoby, niż te, które zobowiązały się do niewykonywania autorskich praw osobistych. Podmiot dysponujący niewielką ilością projektantów, będzie mógł brać udział tylko w jednym postępowaniu: albo na projektowanie, albo na nadzór autorski. Zasada równości i uczciwej konkurencji, wyrażona w art. 7 ustawy nie ogranicza możliwości brania udziału w dwóch postępowaniach, organizowanych przez tego zamawiającego, do czego w istocie sprowadza się kontestowane przez odwołującego postanowienie § 9 ust. 2 wzoru umowy. Dlatego też, w ocenie odwołującego, postanowienie to winno zostać wykreślone ze wzoru umowy, jako naruszające podstawowe zasady, rządzące prawem zamówień publicznych. Dalej odwołujący wskazał na nieprecyzyjność użytych w postanowieniu § 9 ust. 2 zwrotów, które wywołują uzasadnione wątpliwości co do zakresu odpowiedzialności wykonawcy. Błędne jest bowiem wskazanie na możliwość „naruszenia oświadczenia”. Naruszone może zostać jedynie zobowiązanie, nie zaś oświadczenie. Budzi to wątpliwość co do intencji zamawiającego. Czy wykonawca jest odpowiedzialny jedynie w przypadku, gdy oświadczenie to nie będzie zgodne z prawdą, czy też również w sytuacji, gdy projektanci odwołali lub nie respektowali zapewnienia. Dodatkowo, nie wiadomo, na czym ma polegać szkoda zamawiającego, w przypadku ewentualnego naruszenia oświadczenia.

2. Zarzut naruszenia art. 7 w zw. z art. 22 i art. 25 ustawy i art. 7 w zw. z art. 22, 24, 25 i 26 i art. 91 ustawy

Wprowadzenie we wzorzec umowy obowiązku zapewnienia, że autorzy projektu nie będą korzystać z przyszłych autorskich praw osobistych, stanowi *de facto* ukryty warunek udziału w postępowaniu mimo, iż nie został on *expressis verbis* wyrażony w siwz. Wykonawcy bowiem, już na etapie składania ofert muszą zaakceptować treść siwz i załączników do niej, a co za tym idzie są związani także wzorem umowy. Jednym z warunków udziału w postępowaniu jest zatem niewykonywanie w przyszłości autorskich praw osobistych przez projektantów, którzy pracowali dla wykonawcy. Tym samym oznacza to możliwość dokonywania oceny spełniania warunków udziału nie na etapie badania ofert, lecz na etapie zawierania umowy, co zdaniem odwołującego jest niedopuszczalne. Potwierdzeniem takiego stanowiska jest m.in. orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 grudnia 2011 r., w sprawie o sygn. akt KIO 2509/11. Wprowadzenie postanowienia § 9 ust. 2 wzoru umowy jest

tożsame z ustanowieniem niedopuszczalnego warunku, który nie powinien się ostać. Projektanci, oprócz dysponowania wymaganym przez zamawiającego odpowiednimi kwalifikacjami, muszą bowiem wyrazić zgodę na niewykonywania autorskich praw

osobistych. Warunek taki jest niedopuszczalny jako nieprzewidziany w ustawie. Ponadto warunek ten ograniczać może krąg wykonawców, gdyż wymaga od wykonawcy nie tylko dysponowania projektantami, którzy wykonają projekt, lecz także wyrażą zgodę na niewykonywanie swoich autorskich praw osobistych w stosunku do stworzonego utworu, które to prawa są niezbywalne i nie podlegają zrzeczeniu. W przypadku wykonawców, którzy zatrudniają projektantów na podstawie umowy o pracę, żądanie złożenia takiego zapewnienia od pracownika może być uznane za mobbing i daleko wykracza poza zakres dopuszczalnego polecenia pracodawcy.

3. Zarzut naruszenia art. 7 i 14 i 139 ustawy w zw. z art. 58 i art. 353 (1) kc

Stosownie do przepisu art. 14 oraz art. 139 ustawy w sprawach nieuregulowanych ustawą, do postępowania oraz umowy stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu cywilnego. Oświadczenie wykonawcy, że uzyskał on zapewnienia autorów o niekorzystaniu przez nich z autorskich praw osobistych może narażać go na odpowiedzialność odszkodowawczą, w sytuacji, gdy autor projektu zdecyduje się jednak dochodzić swoich praw przed sądem powszechnym. Stąd, oświadczenie takie, jako element czynności prawnej, de facto pozbawia możliwości dochodzenia ochrony przez projektanta jego autorskich praw osobistych bez narażania na straty wykonawcy, w razie naruszenia praw autorskich przez zamawiającego. Zdaniem odwołującego postanowienie § 9 ust. 2 wzoru umowy winno zostać wykreślone jako sprzeczne z powszechnie obowiązującymi regulacjami prawnymi. W umowie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, projektant jest osobą trzecią i nie uczestniczy ani w nawiązaniu tego stosunku prawnego, ani w jego ewentualnej zmianie, czy rozwiązaniu, jednakże oświadczenie wykonawcy, że uzyskał zapewnienie, iż projektanci nie będą korzystać ze swoich praw, mimo, iż nie są oni stroną umowy, wpływa na zakres i możliwość wykonywania przez nich swoich praw podmiotowych. Postanowienie § 9 ust. 2 wzoru umowy bezpośrednio oddziałuje i jest wiążące dla autorów projektów, co nie ulega żadnej wątpliwości. Wykonywanie przez nich autorskich praw osobistych jest bowiem stanowczo ograniczone. W szczególności to ograniczenie będzie widoczne w układzie pracownik - pracodawca, gdzie projektant będący pracownikiem wykonawcy, nie będzie mógł skorzystać ze swoich praw, z uwagi na zależność ekonomiczną i służbową od swojego pracodawcy. Przykładowo takie postanowienie umowne może uniemożliwić autorowi projektu wystąpienie z powództwem o ochronę praw autorskich, w przypadku naruszenia integralności utworu. Z drugiej strony zaobserwować można również zależność wykonawcy od projektanta, który może nie skorzystać lub skorzystać z przysługujących mu praw podmiotowych.

Cechą charakterystyczną dla stosunku obligacyjnego kształtowanego umową stron, bez której jest on pozbawiony swej prawnej relewancji, jest niewątpliwie respekt dla interesów osób trzecich wobec stron umowy. Stąd za sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego należy uznać postanowienia umowne, które byłyby wiążące dla innych podmiotów niż strony umowy lub osoby, które wyraziły zgodę na ten skutek (por. uchwała SN (7) z 28 maja 1992. III AZP 4/92, OSN 1992, nr 12, poz. 211; wyrok SN z 26 lipca 2001 r., II CKN 1269/00, OSP 2002, z. 9, poz. 121, z glosą aprobowaną A. Janiaka tamże). Nie można tracić z pola widzenia okoliczności, iż w literaturze przedmiotu, sygnalizuje się, że stosunek cywilnoprawny nie może ograniczać wolności stron, powinien dać im pewność co do przysługujących praw i obowiązków (nie może stwarzać sytuacji, gdzie jeden podmiot jest uzależniony od innej osoby). Część stosunku obligacyjnego, ukształtowanego przez zamawiającego, pozostaje w sprzeczności z ustawą, zasadami współżycia społecznego, a przede wszystkim właściwością (naturą) zobowiązania i wywołuje skutki określone ogólnymi regułami o dokonywaniu czynności prawnych, ujętymi w przepisie art. 58 kc. Jako że przekroczenie zakresu kompetencji podmiotu dotyczyło tylko części umowy, wówczas nieważność dotyczy tylko i wyłącznie postanowienia § 9 ust. 2 wzoru umowy (art. 58 § 3 kc).

4. Zarzut naruszenia art. 7 i 14 i 139 ustawy w zw. z art. 58 i art. 353 (1) kc w z w. z art. 19 ust. 1 ustawy Prawo budowlane

Niezależnie od sprzeczności § 9 ust. 2 wzoru umowy z naturą stosunku zobowiązaniowego, odwołujący podnosił, iż zapewnienie autora, iż nie będzie on wykonywał praw autorskich osobistych w zakresie nadzoru autorskiego jest również niezgodne z art. 19 ust. 1 ustawy Prawo budowlane, traktującym o obowiązku sprawowania nadzoru autorskiego na żądanie właściwego organu administracji publicznej. Z literalnej treści wyżej wspomnianego przepisu wynika, że właściwy organ może w decyzji o pozwoleniu na budowę nałożyć na inwestora obowiązek ustanowienia inspektora nadzoru inwestorskiego, a także obowiązek zapewnienia nadzoru autorskiego, w przypadkach uzasadnionych wysokim stopniem skomplikowania obiektu lub robót budowlanych bądź przewidywanym wpływem na środowisko. W takim przypadku nadzór autorski sprawować będzie projektant, na żądanie inwestora (art. 18 ust. 3 ustawy Prawo budowlane). Nie można zgodzić się z obecnie ukształtowanym paradygmatem interpretacyjnym, przyznającym prawo do sprawowania nadzoru autorskiego, każdej osobie posiadającej stosowne uprawnienia budowlane. Paradygmat ten oparty jest w głównej mierze na treści art. 44 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo budowlane. Tymczasem do sytuacji określonych w tym przepisie dochodzić powinno niezmiernie rzadko i to w wyjątkowych okolicznościach, jak np. śmierć autora projektu. Rozważania dotyczące terminu „projektant” występującego w prawie budowlanym wypada rozpocząć od stwierdzenia, iż nie został on

zdefiniowany w żadnym akcie normatywnym, obowiązującym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a w szczególności w ustawie Prawo budowlane. Niemniej jednak, w ujęciu podmiotowo - przedmiotowym, za projektanta trzeba uznać autora projektu, posiadającego uprawnienia do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie (mianowicie do projektowania), który w związku ze stworzeniem projektu budowlanego nabywa status uczestnika procesu budowlanego, z jednej strony zobligowanego, a z drugiej uprawnionego do podejmowania określonych czynności w trakcie indywidualnie oznaczonej budowy. Za tak skonstruowaną definicję przemawiają także opinie, wyrażone przez przedstawicieli doktryny („Funkcję projektanta pełni zawsze osoba, która jest autorem projektu budowlanego...”; por. Niewiadomski [w:] Prawo budowlane. Komentarz, wyd. 4, art. 17, Nb 8, str. 271, Warszawa 2011).

Stosownie do przepisu art. 12 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo budowlane, za samodzielną funkcję techniczną w budownictwie uważa się działalność związaną z koniecznością fachowej oceny zjawisk technicznych lub samodzielnego rozwiązania zagadnień architektonicznych i technicznych oraz techniczno - organizacyjnych, a w szczególności działalność obejmującą projektowanie, sprawdzanie projektów architektoniczno - budowlanych i sprawowanie nadzoru autorskiego. Sporządzenie projektu budowlanego, w oparciu o uprawnienia do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, implikuje wniosek, iż jego autor staje się uczestnikiem procesu budowlanego, zgodnie z art. 17 Prawa budowlanego. Do obowiązków autora projektu należy m. in. opracowanie projektu budowlanego w sposób zgodny z ustaleniami określonymi w decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, o której mowa w art. 71 ust. 1 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko lub w pozwoleniu, o którym mowa w art. 23 i 23a ustawy z dnia 21 marca 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i administracji morskiej wymaganiami ustawy, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej (art. 20 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo budowlane).

Pomimo zakazu wykładni homonimicznej, oznaczającej zakaz nadawania różnych znaczeń tym samym zwrotom, użytym w obrębie danego aktu prawnego oraz założenia racjonalności prawodawcy, nie jest prawidłowym działaniem odwoływanie się do wyżej wymienionej definicji za każdym razem, gdy w przepisie ustawy Prawo budowlane znajduje się termin „projektant”. Sam ustawodawca stara się wprowadzić rozróżnienie w tym zakresie, wprowadzając obok słowa „projektant” m. in. sformułowanie „sprawujący nadzór nad zgodnością realizacji budowy z projektem”, lecz niejednokrotnie czyni to w sposób nieudolny

i niekonsekwentny, co nastręcza dodatkowych trudności przy interpretacji. Przykładem tego może być chociażby art. 21 ustawy Prawo budowlane, traktujący o wstępie na teren budowy oraz żądaniu wpisów do dziennika budowy. Autor projektu, niezależnie od tego, czy sprawuje

nadzór autorski, ma prawo wstępu na budowę i dokonywania wpisów w dzienniku budowy, a uprawnienia tego nie można go pozbawić. Z przyczyn oczywistych kompetencji takich nie można również odmówić innej osobie, sprawującej nadzór nad zgodnością realizacji budowy z projektem, aczkolwiek literalnie przepis dotyczy wyłącznie autora projektu. Potwierdzeniem takiego stanowiska jest pogląd doktryny, zgodnie z którym projektantem w rozumieniu ustawy Prawo budowlane jest autor projektu, z kolei jeśli oprócz autora projektu nadzór nad pracami sprawuje inna osoba, to wówczas mamy do czynienia z nadzorem nad zgodnością realizacji budowy z projektem, a nie z nadzorem autorskim (por. Niewiadomski [w.] Prawo budowlane. Komentarz, wyd. 4, art. 21, Nb 1, str. 297, Warszawa 2011).

Autor projektu, sprawujący funkcję projektanta, nie może się więc uchylić od obowiązku sprawowania nadzoru autorskiego, bo inaczej może narazić się na karę z tytułu odpowiedzialności zawodowej, a także na odpowiedzialność karną i cywilną. Przyjmuje się, że jeżeli cel normy publicznoprawnej wskazuje, iż ma ona zapobiegać ukształtowaniu się stosunku cywilnoprawnego sprzecznego z nią, wówczas uzasadnione jest zastosowanie sankcji bezwzględnej nieważności czynności prawnej na podstawie art. 58 § 1 kc, gdyż będzie to adekwatne do założeń aksjologicznych leżących u podstaw naruszonej normy publicznoprawnej. Skoro norma publicznoprawna uprawnia do nałożenia obowiązku sprawowania nadzoru autorskiego to za sprzeczne z celem tej normy musi być uznane zapewnienie autorów projektu, iż nie będą oni wykonywać nadzoru autorskiego. Tym samym postanowienie § 9 ust. 2 wzoru umowy jest nieważne w świetle przepisów kc i powinno zostać wykreślone z wzoru umowy.

5. Zarzut naruszenia art. 7 i art. 14 i 139 ustawy w zw. z art. 58 i art. 353 (1) kc w zw. z art. 16 i art. 60 ust. 5 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych

Odwołujący zauważył, że autorskie prawa osobiste, o których mowa w § 9 ust. 2 wzoru umowy, są tak ściśle związane z osobą twórcy, że ani nie można się ich zrzec, ani zbyć. Przy czym, powstają one z chwilą ustalenia utworu (choćby miał postać nieskończoną). Kwestia swobody czynności prawnych w zakresie nie wykonywania autorskich praw osobistych powinna być oceniana odrębnie dla różnych kategorii utworów i poszczególnych dóbr osobistych. Zdaniem przedstawicieli doktryny twórca może się zgodzić tylko na konkretne zmiany proponowane przez nabywcę praw. Nie może natomiast skutecznie pozwolić nabywcy na dokonywanie wszelkich zmian w przyszłości (System prawa

prywatnego, t. XIII, Prawo autorskie, red. J. Barta, wyd. 2, Warszawa 2007, s. 484). Tymczasem redakcja § 9 ust. 2 wzoru umowy wskazuje, że wykonawca już w chwili podpisywania umowy (a więc nawet przed stworzeniem utworu) musi zapewnić, że autorzy nie będą wykonywać autorskich praw osobistych w stosunku do utworu, który jeszcze nie powstał. Skoro nie jest dopuszczalne wyrażanie blankietowej zgody na przyszłe zmiany w istniejącym dziele, to rozumując według reguły a fortiori, autor nie może również dać blankietowej zgody na niewykonywanie w przyszłości praw osobistych w stosunku do nieistniejącego utworu. Dlatego też odwołujący żądał wykreślenia postanowienia § 9 ust. 2 z wzoru umowy jako sprzecznego z powszechnie obowiązującymi przepisami, a tym samym nieważnego z mocy prawa na zasadzie art. 353 i 353 (1) w zw. z art. 58 kc.

Zamawiający pismem z dnia 14 lutego 2012 r. odpowiedział na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Zamawiający argumentował, iż odwołujący, precyzując zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania stron umowy wskazywał, że postanowieniem § 9 ust. 2 umowy zamawiający pozbawia potencjalnych wykonawców projektu późniejszego przystąpienia do przetargu, którego przedmiotem będzie sprawowanie nadzoru autorskiego. Zamawiający zwrócił uwagę, iż przedmiotem postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia jest również - stosownie do ustaleń § 1 ust. 3 umowy - pełnienie nadzoru autorskiego.

Zamawiający nie podzielił stanowiska odwołującego, jakoby zobowiązanie wykonawcy do złożenia oświadczenia, o którym mowa w § 9 ust. 2 postanowień do umowy stanowiło obejście przepisów - art. 22 i art. 25 ustawy. Podkreślił, iż nie zmierza do wykluczenia na podstawie kwestionowanego postanowienia umowy potencjalnych wykonawców z

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Złożenie tego oświadczenia przez wykonawcę nie prowadzi bowiem do zrzeczenia się osobistych praw majątkowych twórców projektu, a jedynie do zrzeczenia się wykonywania praw autorskich przez twórców. Złożenie takich oświadczeń przez twórców nie narusza ich uprawnień z tytułu praw autorskich. Zamawiający podzielił prezentowany w literaturze pogląd, że autor, w przedmiotowym przypadku projektant, może skutecznie zobowiązać się do niewykonywania wobec określonej osoby danego prawa osobistego, bądź nawet zezwolić jej na wykonywanie tego prawa w jego imieniu (por. J. Barta - Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, wyd. V komentarz do art. 16 ust. 2 pr. aut.). Dochodzi wówczas do wykonywania

autorskich praw osobistych przez innego projektanta, a nie do ich zrzeczenia się ich przez twórcę projektu. Pogląd ten podzielił Sąd Apelacyjny w Warszawie stwierdzając: „Przy zachowaniu zasady niezbywalności autorskich praw osobistych dopuszczalne jest zrzeczenie się przez twórcę wykonywania części tych praw na rzecz osób trzecich, w tym przedsiębiorców” (por. wyrok. SA z dnia 14 maja 2007 r., I ACa 668/06, OSA 2008, z. 12, poz. 39).

Zdaniem zamawiającego w okolicznościach niniejszego postępowania, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie dochodzi do sytuacji, w której żądanie złożenia przez wykonawcę oświadczenia, o którym mowa w § 9 ust. 2 postanowień do umowy, wiąże w jakikolwiek sposób osoby trzecie, bez ich woli.

Chybione jest również w opinii zamawiającego podniesienie przez odwołującego zarzutu naruszenia, przy kształtowaniu treści umowy, art. 353 (1) kc. Stosownie do brzmienia tego przepisu 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. Jak wykazano wyżej, żądanie złożenia przez wykonawcę przedmiotowego oświadczenia, nie może być odczytane jako naruszanie tych zasad. Ponadto, wbrew twierdzeniom odwołującego, warunki wykonywania prac projektowych i nadzoru autorskiego określone przedmiotową umową nie mogą być badane i oceniane wyłącznie w kontekście ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Rozważania poczynione w odwołaniu dotyczące roli projektanta, w kontekście zapisów tej ustawy, są nieprzystające do roli projektanta jako pracownika bądź podwykonawcy wykonawcy projektu realizowanego w ramach przedmiotowego zamówienia publicznego. Oczywistym jest bowiem, że w odniesieniu do projektu budowlanego, realizacja ewentualnych autorskich praw osobistych, do których należy między innymi prawo do niewzruszalności treści i formy utworu i jego rzetelnego wykorzystania, następuje w trybie powództwa o ochronę autorskich praw osobistych, nie w trybie przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (por. wyrok NSA z dnia 26 stycznia 2001 r., II SA/Po 2404/99 i II SA/Po 2405/99). Sprawowanie nadzoru autorskiego przez „nowego” projektanta może doprowadzić do rozłamu pomiędzy autorem wykonanej dokumentacji projektowej a przysługującymi mu osobistymi prawami autorskimi, jednakże rozłam ten będzie zgodny zobowiązującymi przepisami prawa. Dla poparcia swojego stanowiska zamawiający powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2011 r. (sygn. akt. KIO 1103/11), zgodnie z którym: „sprawowanie nadzoru autorskiego nad utworami architektonicznymi stosowanie do art. 60 ust. 5 Prawa autorskiego regulują odrębne przepisy tj. przepisy ustawy Prawo budowlane, które jakkolwiek nie mogą i nie ingerują w zakres osobistych praw autorskich, przewidują sprawowanie nadzoru

autorskiego przez osobę o określonych uprawnieniach oraz możliwość zmiany osoby projektanta sprawującego nadzór autorski stosowanie do art. 44 ust. 1 pkt 3. Regulacja taka wskazuje, przy niezmienności autora projektu, na dopuszczalność sprawowania nadzoru autorskiego także przez osobą nie będącą autorem projektu” (opinia UZP z dnia 08 lutego 2012 r.). W cenie zamawiającego, wbrew twierdzeniom odwołującego nie można przyjąć, że każda, zmiana utworu narusza autorskie prawa osobiste. Przeciw takiej interpretacji przemawia art. 49 ust. 2 oraz art. 57 prawa autorskiego. Dla uniknięcia konfliktu między treścią art. 16, a treścią powołanych przepisów należy albo dopuścić możliwość w miarę szerokiego stosowania art. 5 kc, jako środka umożliwiającego obronę przed zarzutem naruszenia autorskich praw osobistych, albo uznać, że dla stwierdzenia naruszenia prawa osobistego nie wystarczy „zrealizowanie hipotezy” powołanego przepisu, lecz nadto musi

wystąpić naruszenie owej „więzi istniejącej pomiędzy twórcą a jego utworem”. Nie każda zmiana dowolnego elementu treści lub formy utworu narusza prawo do jego integralności (art. 16 prawa autorskiego), lecz tylko taka jego zmiana, która «zrywa» lub «osłabia» więź twórcy z utworem, usuwa lub narusza więź między utworem a cechami indywidualizującymi jego twórcę (wyr. SA w Krakowie z dnia 29 października 1997 r., I ACa 477/97, Dobra osobiste..., s. 262 i n.). Z tego względu żądanie zamawiającego zawarte w § 9 ust. 2 istotnych postanowień do umowy, o złożenie przez wykonawcę oświadczenia o zrzeczeniu się przez autorów projektu wykonywania osobistych praw autorskich w zakresie nadzoru autorskiego nie narusza prawa. Pogląd ten uzasadniony jest stanowiskiem Sądu Okręgowego w Poznaniu wyrażonym w wyroku z dnia 15 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. akt X Ga 509/11, w którym sąd uznał, iż ewentualna ochrona praw autorskich nie mieści się w katalogu celów, jakim służą przepisy ustawy. Zdaniem Sądu ochrona taka winna być dochodzona w trybach przewidzianych innymi przepisami- w szczególności przepisami ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Zamawiający przywołał ponadto wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1805/11), w którym podniesiono, iż „1. Zakazu przenoszenia osobistych praw autorskich do projektów nie należy mylić z upoważnieniem innych osób (projektantów) do wykonywania tych praw, co znajduje swą formalną podstawę w przepisach ustawy Prawo budowlane. Na potrzeby realizacji obowiązku w zakresie sprawowania nadzoru autorskiego dopuszczono do rozdziału między autorem (twórcą projektu, a osobą wykonującą przysługujące twórcy z mocy ustawy, osobiste prawo autorskie do sprawowania nadzoru nad sposobem korzystania z utworu. 2. Nadzór autorski wykonywany zgodnie z ustawą Prawo budowlane przez projektanta, który nie jest jednocześnie autorem projektu sprowadza się do wykonywania czynności, o których mowa w art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo budowlane, zaś w sytuacji, gdy sprawuje go twórca projektu osobie tej przysługują jednocześnie uprawnienia wynikające z autorskich praw

osobistych. Ustawodawca dokonał więc podziału uprawnień związanych z sprawowaniem nadzoru autorskiego w sferze praw publicznego i prywatnego”.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowisko stron oraz uczestnika postępowania złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Jako istotne dla rozpoznania przedmiotowego odwołania przywołać należy następujące postanowienia rozdziału 5 siwz – istotne dla stron postanowienia umowy:

- wykonawca zobowiązany jest wykonać projekt budowy drogi ekspresowej S7 na odcinku Koszwały – Kazimierzowo (§ 1 ust. 1),
- wykonawca zobowiązuje się m.in. do sprawowania nadzoru autorskiego nad przedsięwzięciem wskazanym w ust. 1, w czasie robót budowlanych oraz w okresie rękojmi za wady dla robót budowlanych realizowanych na podstawie przedmiotu umowy, zgodnie z postanowieniami umowy (§ 1 ust. 2),
- wykonawca jest uprawniony do wynagrodzenia z tytułu nadzoru autorskiego jedynie za faktycznie wykonane czynności nadzoru, wycenione w oparciu o Tabelę Opracowań Projektowych w zakresie nadzoru autorskiego (Etap III zamówienia) (§ 2 ust. 7),
- wynagrodzenia za wykonywanie nadzoru autorskiego dotyczą także postanowienia (§ 2 ust. 6, 8 - 10),
- wykonawca zobowiązuje się do pełnienia nadzoru autorskiego od dnia podpisania umowy z wykonawcą robót budowlanych realizowanych na podstawie przedmiotu umowy do dnia upływu okresu rękojmi za wady dla robót budowlanych realizowanych w oparciu o przedmiot umowy (§ 3 ust. 3),
- wykonawca zobowiązany jest skierować do wykonania przedmiotu umowy i nadzoru autorskiego personel wskazany w ofercie (§ 6 ust. 3 pkt 6),

-
- wykonawca zapewni sprawowanie nadzoru autorskiego, w rozumieniu art. 20 ustawy z dnia

7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 ze zm.) - dalej ustawa prawo budowlane, przez projektantów wymienionych w ofercie (§ 7 ust. 1),

- zmiana projektanta po zakończeniu realizacji zamówienia w zakresie opracowania dokumentacji dla przedsięwzięcia pn. „projekt budowy drogi ekspresowej S7 na odcinku Koszwały – Kazimierzowo”, może nastąpić jedynie po złożeniu przez wyznaczoną przez wykonawcę oraz zaakceptowaną przez zamawiającego osobę pisemnego oświadczenia o przejęciu obowiązków projektanta, wynikających z art. 20 ustawy prawo budowlane, z podaniem dnia przejęcia obowiązków oraz złożeniu przez dotychczasowego projektanta oświadczenia o zgodzie na scedowanie obowiązków projektanta na wskazaną osobę z podaniem dnia przekazania tych obowiązków (§ 7 ust. 2),

- w ramach nadzoru autorskiego projektant jest zobowiązany, na polecenie zamawiającego, wykonywać czynności określone w tomie II rozdział IV siwz, w szczególności:

1) stwierdzać w toku wykonywania robót budowlanych zgodność ich realizacji z dokumentacją;

2) uzgadniać możliwość wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do w dokumentacji, zgłoszonych przez upoważnionych przedstawicieli przewidzianych zamawiającego;

3) udzielać wszelkich wyjaśnień dotyczących przedmiotu umowy;

4) udzielać odpowiedzi w siedzibie zamawiającego, co na potrzeby wynagrodzenia jest traktowane jak pobyt na budowie;

5) dbać, aby zakres wprowadzanych zmian nie spowodował istotnej zmiany zatwierdzonego projektu budowlanego, wymagającej uzyskania nowej decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID);

6) brać udział w komisjach i poradach technicznych organizowanych przez Zamawiającego lub Inżyniera, w odbiorach częściowych, w odbiorze ostatecznym (końcowym) robót budowlanych, w przeglądach i odbiorach gwarancyjnych wykonywanych w okresie rękojmi oraz w czynnościach mających na celu doprowadzenie do osiągnięcia projektowanych zdolności użytkowych obiektów;

7) doradzać w innych sprawach dotyczących przedmiotu umowy (§7 ust. 3),

- podejmowanie czynności nadzoru autorskiego przez wykonawcę będzie wykonywane na zasadach i w terminach określonych w rozdziale IV tomu II siwz (§ 7 ust. 4),

- wykonawca, oświadcza, iż posiada autorskie prawa majątkowe oraz prawa zależne do utworów wymienionych w ust. 4 (§ 9 ust. 1),

- wykonawca oświadcza, że uzyskał od Autorów zapewnienia, iż nie będą oni wykonywać osobistych praw autorskich, w zakresie sprawowania nadzoru autorskiego oraz w zakresie dokonywania koniecznych lub uzasadnionych ze względu na optymalizację lub charakter Inwestycji zmian w utworach wymienionych w ust. 4 niniejszego Aneksu. W przypadku naruszenia przez wykonawcę oświadczenia, o którym mowa w zadaniu poprzednim, wykonawca zobowiązany będzie do pokrycia szkód poniesionych przez zamawiającego z tego tytułu (§ 9 ust. 2),

- w przypadku odstąpienia od umowy wykonawcę oraz zamawiającego obciążają następujące obowiązki szczegółowe (...) w przypadku odstąpienia od umowy, w ramach wynagrodzenia lub części wynagrodzenia, o którym mowa w § 2 ust. 2 umowy, zamawiający nabywa majątkowe prawa autorskie w zakresie określonym w § 9 do wszystkich utworów wytworzonych przez Wykonawcę w ramach realizacji przedmiotu umowy do dnia odstąpienia od umowy (§15 ust. 2 b).

Ponadto dodać należy, iż rozdział IV tomu II siwz szczegółowo opisuje wymagania zamawiającego dotyczące nadzoru autorskiego, wskazując, iż „do obowiązków nadzoru autorskiego należy pełny zakres czynności określonych w przepisach ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane oraz obowiązki wynikające ze wskazanych wykonawcy w formie pisemnej Zarządzeń Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, a w szczególności (...)” (k. 150 – 154 siwz).

Uwzględniając powyższe ustalenia faktyczne Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba ustaliła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając stanowiska stron, Izba uwzględniła odwołanie.

Zarzuty odwołania odnoszą się do kwestionowanego przez odwołującego postanowienia § 9 ust. 2 istotnych dla stron postanowień umowy (dalej „umowa”). Analiza powołanego postanowienia umowy sprowadza się do stwierdzenia, iż autorzy poszczególnych utworów składających się na przedmiot umowy (projekt budowlany) zobowiążą się względem wykonawcy, że nie będą wykonywać osobistych praw autorskich, w zakresie sprawowania nadzoru autorskiego oraz w zakresie dokonywania koniecznych lub uzasadnionych ze względu na optymalizację lub charakter Inwestycji zmian w utworach wymienionych w ust. 4 umowy. „W przypadku naruszenia przez wykonawcę oświadczenia, o którym mowa w zadaniu poprzednim, wykonawca zobowiązany będzie do pokrycia szkód poniesionych przez zamawiającego z tego tytułu”.

Przechodząc do rozpoznania poszczególnych zarzutów odwołania wskazać należy, co następuje:

Ad. 1 - Zarzut naruszenia art. 7 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, wskutek wprowadzenia do wzoru umowy, będącego integralną częścią siwz postanowienia § 9 ust. 2, które narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania, utrudniając lub uniemożliwiając wykonawcom oraz projektantom, którzy sporządzili projekt budowlany, wzięcie udziału w późniejszym przetargu na sprawowanie nadzoru autorskiego, polegającego w szczególności na stwierdzaniu zgodności wykonywanych robót z przygotowanym projektem budowlanym.

Zarzut nie potwierdził się.

Zamawiający zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy zamieścił jako załącznik do siwz, istotne dla stron postanowienia umowy. Izba nie stwierdziła, aby kwestionowany przez odwołującego § 9 ust. 2 istotnych dla stron postanowień umowy (dalej „umowa”) uchybiał art. 7 Pzp naruszając uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący, precyzując zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania stron umowy wskazał, że postanowieniem § 9 ust. 2 umowy zamawiający uniemożliwia potencjalnym wykonawcom projektu późniejsze przystąpienie do przetargu,

którego przedmiotem będzie sprawowanie nadzoru autorskiego. Tymczasem analiza postanowień siwz (§ 1 ust. 2, § 2 ust. 6 – 10, § 6 ust. 3 pkt 6) nie pozostawia wątpliwości, iż nadzór autorski w czasie realizacji inwestycji, której zaprojektowanie objęte jest przedmiotem zamówienia, stanowi przedmiot niniejszego postępowania. W uzupełnieniu wskazać należy, iż brzmienie § 7 ust. 3 umowy oraz tomu II, rozdziału IV (k. 150 – 154 siwz), w świetle art. 20 ust. 1 pkt 4 prawa budowlanego prowadzi do ustalenia, iż zamawiający w siwz przez nadzór autorskie rozumie nie tylko czynności wymienione w art. 20 ust. 1 pkt 4 prawa budowlanego, ale także szereg innych, określonych w tomie II rozdziału IV siwz (k. 150 – 154) oraz w § 7 ust. 3 umowy. Niewątpliwie jednak nadzór autorski w rozumieniu prawa budowlanego stanowi przedmiot zamówienia, które udzielone zostanie wykonawcy wybranemu w niniejszym postępowaniu.

W toku rozprawy odwołujący sprecyzował, iż postanowienie § 9 ust. 2 umowy uniemożliwi mu wzięcie udziału w postępowaniu, którego przedmiotem będzie dokończenie projektu budowlanego w sytuacji odstąpienia od umowy, do którego odnosi się § 15 ust. 2 b umowy. Izba wyraża pogląd, iż w tym zakresie także zarzut odwołania nie znalazł

potwierdzenia, bowiem § 9 ust. 2 umowy odnosi się do utworów wykonanych w toku realizacji umowy zawartej z wykonawcą w wyniku przedmiotowego postępowania (wymienionych w § 9 ust. 4 umowy), a nie utworów, które powstaną w wyniku realizacji przyszłej umowy, której przedmiotem będzie dokończenie projektu budowlanego. Interes wykonawcy mającego dokończyć projekt budowlany będzie chroniony przez art. 49 ust. 2 zdanie 1 prawa autorskiego, zgodnie z którym następca prawny, choćby nabył całość autorskich praw majątkowych, nie może bez zgody twórcy, czynić zmian w utworze, chyba że są one spowodowane oczywistą koniecznością, a twórca nie miałby słusznej podstawy się im sprzeciwić. W tym zakresie zatem dopuszczalne jest bez uzgodnienia z twórcą (autorem projektu) wprowadzanie adekwatnych zmian do utworu (projektu budowlanego).

Ad. 2 i 3 - Zarzuty naruszenia art. 7 w zw. z art. 22 i art. 25 ustawy poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, wskutek wprowadzenia do treści siwz, a ściślej do wzoru umowy, będącego integralną częścią siwz, postanowienia § 9 ust. 2, który stanowi obejście przepisów ustawy, a zarazem ukryty warunek udziału w postępowaniu, polegający na zrzeczeniu się przez wskazanych przez wykonawcę projektantów przysługujących im autorskich praw osobistych w zakresie nadzoru nad utworem oraz w zakresie zmian w utworze (przedmiotem postępowania jest utwór będący projektem budowlanym) oraz art. 7 w zw. z art. 22, 24, 25 i 26 i art. 91 ustawy poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, wskutek dopuszczenia możliwości prowadzenia przez zamawiającego weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu, po wybraniu najkorzystniejszej oferty.

Zarzuty nie potwierdziły się.

Analiza kwestionowanego przez odwołującego postanowienia siwz nie prowadzi do stwierdzenia, iż § 9 ust. 2 umowy stanowi „ukryty warunek udziału w postępowaniu, polegający na zrzeczeniu się przez wskazanych przez wykonawcę projektantów przysługujących im autorskich praw osobistych w zakresie nadzoru nad utworem oraz w zakresie zmian w utworze (przedmiotem postępowania jest utwór będący projektem budowlanym)”.

Zdaniem Izby nie budzi wątpliwości fakt, iż zobowiązanie wynikające z § 9 ust. 2 umowy nie stanowi opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy weryfikowanych w fazie badania i oceny ofert, lecz zobowiązanie umowne aktualizujące się na etapie realizacji umowy. Tym samym nie znajduje potwierdzenia zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 w zw. z art. 22 i 25 ustawy.

Analogicznie odnieść się należy do sformułowanego w odwołaniu zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 w zw. z art. 22, 24, 25 i 26 i art. 91 ustawy poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, wskutek dopuszczenia możliwości prowadzenia przez zamawiającego weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu po wybraniu najkorzystniejszej oferty. Podkreślenia wymaga, iż nie wywiązanie się przez wykonawcę z obowiązku umownego wynikającego z § 9 ust. 2 umowy skutkować może ewentualnie odpowiedzialnością wynikającą z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Z § 9 ust. 2 umowy nie wynika, jakoby zamawiający miał zamiar weryfikować spełnianie w warunków udziału w postępowaniu w fazie realizacji umowy (po wyborze oferty najkorzystniejszej), tym bardziej, że jak już Izba wskazała wyżej, kwestionowane postanowienie umowne nie formułuje warunku udziału w postępowaniu.

Ad. 4 - Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 i 14 i 139 ustawy w zw. z art. 58 i art. 353 (1) kc poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, wskutek wprowadzenia do umowy postanowienia § 9 ust. 2, stanowiącego zobowiązanie sprzeczne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, zasadami współżycia społecznego i naturą stosunku zobowiązaniowego, gdyż de facto pozbawia on możliwości dochodzenia ochrony przez projektanta jego autorskich praw osobistych, w razie ich naruszenia przez zamawiającego.

Zarzut nie potwierdził się.

Stosownie do przepisu art. 14 oraz art. 139 ust. 1 ustawy w sprawach niaregulowanych odpowiednio do czynności podejmowanych przez zamawiającego i

wykonawców w postępowaniu oraz umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. Jak wynika z art. 58 § 1 kc czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednio przepisy ustawy. Stosownie do art. 58 § 3 kc jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana. Granice swobody kontraktowania określa art. 353 (1) kc, zgodnie z którym 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.

Uzasadniając rozpoznawany zarzut odwołujący wskazywał, iż oświadczenie wykonawcy o uzyskaniu zapewnienia autorów o niekorzystaniu przez nich z autorskich praw osobistych, pozbawia możliwości dochodzenia przez projektanta ochrony jego autorskich praw osobistych, w razie ich naruszenia przez zamawiającego.

Należy podkreślić, iż wykonawca przyjmując na siebie zobowiązanie wynikające z § 9 ust. 2 umowy, powinien dysponować odpowiednim upoważnieniem (wynikającym najpewniej z umowy zawartej z autorem i określającej zakres uprawnienia do wykonywania autorskich praw osobistych w jego imieniu) umożliwiającym mu wywiązanie się z obowiązków wynikających z kwestionowanego postanowienia umowy. Zatem autor, w przypadku wykroczenia przez wykonawcę poza zakres upoważnienia wynikającego z porozumienia z nim zawartego, będzie mógł dochodzić odszkodowania od sprawy za naruszenie jego autorskich praw osobistych. Zatem rzeczą wykonawcy jest, aby tak ustalić z autorem projektu zakres wzajemnych praw i obowiązków, aby wykonawca mógł w sposób prawidłowy wywiązać się z obowiązków umownych. W razie bezprawnego naruszenia autorskich praw osobistych autora będzie on mógł każdorazowo dochodzić ochrony przed sądem cywilnym.

Izba zgadza się z odwołującym, iż w stosunku do umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, projektant jest osobą trzecią i nie uczestniczy ani w nawiązaniu tego stosunku prawnego, ani w jego ewentualnej zmianie, czy rozwiązaniu. Wykonawca jednak, chcąc wywiązać się z nałożonych na niego umową zobowiązań powinien, aby nie narażać się na roszczenia odszkodowawcze projektantów, poczynić adekwatne uzgodnienia z projektantami. W przeciwnym razie zarówno wykonawca, jak i zamawiający będą narażeni

na ryzyko wystąpienia przez autorów z uzasadnionymi roszczeniami wynikającymi z naruszenia ich praw. Wbrew twierdzeniom odwołującego kwestionowane postanowienie umowne nie jest wiążące dla innych podmiotów niż strony umowy (zamawiający i wykonawca), bowiem to prawa i obowiązki tych podmiotów umowa, w tym kwestionowane jej postanowienie, reguluje. Izba nie dopatrzyła się zatem podnoszonej przez odwołującego w tym zakresie sprzeczności z ustawą, zasadami współżycia społecznego oraz z właściwością (naturą) zobowiązania (353¹ kc), jak również nie stwierdziła nieważności tego postanowienia umowy (art. 58 § 1 i 3 kc) z przyczyn podnoszonych przez odwołującego w odwołaniu.

Ad. 5 – Zarzut naruszenia naruszenie art. 7 i 14 oraz 139 ustawy w zw. z art. 58 i art. 353 (1) kc oraz w zw. z art. 19 ust. 1 prawa budowlanego, poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, wskutek wprowadzenia do umowy (§ 9 ust. 2) postanowienia stanowiącego zobowiązanie sprzeczne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa i zasadami współżycia społecznego, gdyż projektant nie może się uchylać od wykonywania nadzoru autorskiego, którego obowiązek sprawowania nałożył organ administracji.

Zarzut potwierdził się.

Za istotne dla rozpoznania zarzutów odwołania Izba uważa dokonania wykładni przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz.U. z 2010 r., Nr 243, poz. 1623 ze zm., dalej „prawo budowlane”) odnoszących się do sprawowania nadzoru autorskiego. Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy prawa budowlanego inwestor może zobowiązać projektanta do sprawowania nadzoru autorskiego. Jak słusznie zauważono w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO/KD 106/10) „jest to norma kompetencyjna wyrażająca uprawnienie, a nie obowiązek inwestora oraz stanowiąca jednocześnie obowiązki autora projektu związane ze sprawowaniem takiego nadzoru. Autor

projektu zobowiązany jest więc do wykonywania nadzoru autorskiego w przypadku nałożenia nań takiego obowiązku przez zamawiającego. Zamawiający natomiast zobowiązany będzie do zapewnienia stosownego nadzoru nad wykonaniem robót budowlanych przez osoby o odpowiednich kwalifikacjach w przypadkach uzasadnionych wysokim stopniem skomplikowania robót budowlanych lub warunkami gruntowymi (art. 18 ust. 1 pkt 5 prawa budowlanego) oraz w sytuacji gdy organ wydający decyzję o pozwoleniu na budowę nałoży na inwestora obowiązek zapewnienia stosownego nadzoru, w tym konkretnie nadzoru autora projektu (art. 19 ust. 1 prawa budowlanego). W pozostałych przypadkach zapewnienie nadzoru autorskiego jest uprawnieniem inwestora, który w oparciu o konkretne okoliczności sprawy, na podstawie oceny własnych potrzeb oraz możliwości odnośnie prowadzenia robót budowlanych, zdecydować może o zamówieniu nadzoru autorskiego w ogóle, oraz czasie,

rodzaju i zakresie jego wykonywania w szczególności". Dalej zauważyć trzeba, iż art. 20 ust. 1 prawa budowlanego wskazuje na zakres obowiązków projektanta (na mocy art. 17 prawa budowlanego uczestnika procesu budowlanego) wymieniając m.in. opracowanie projektu budowlanego w sposób zgodny z ustaleniami określonymi w decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, o której mowa w art. 71 ust. 1 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz.U. Nr 199, poz. 1227, ze zm.) lub w pozwoleniu, o którym mowa w art. 23 i 23a ustawy z dnia 21 marca 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i administracji morskiej (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1502, ze zm.), wymaganiami ustawy, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej (art. 20 ust. 1 pkt 1 prawa budowlanego). Powyższe wskazuje, iż za merytoryczną treść projektu budowlanego odpowiada imiennie projektant, jako autor projektu, z czym koresponduje art. 20 ust. 1 pkt 4 prawa budowlanego stwierdzając, iż do podstawowych obowiązków projektanta należy sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub właściwego organu w zakresie stwierdzania w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem oraz uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego. W powołanym przepisie zatem ustawodawca określił zakres zadań (czynności) wykonywanych przez projektanta – autora projektu w ramach nadzoru autorskiego. Komentowany przepis ustanawia obowiązek projektanta – autora projektu do wykonywania nadzoru autorskiego w zakresie merytorycznym opisanym w tym przepisie. Uchylenie się od tego obowiązku skutkuje odpowiedzialnością zawodową na podstawie art. 95 pkt 5 prawa budowlanego. W konsekwencji zatem na podstawie dyspozycji art. 20 ust. 1 pkt 4 prawa budowlanego inwestor (zamawiający) jest zobligowany wystąpić imiennie do autora projektu budowlanego o podjęcie nadzoru autorskiego (niezależnie od tego, czy pozostaje on pracownikiem wykonawcy, czy nie). Przy czym prawo budowlane nie reguluje kwestii wynagradzania za sprawowanie nadzoru autorskiego, co oznacza, iż kwestie te należy rozstrzygać lub dochodzić na drodze cywilnoprawnej.

Zważywszy powyższe lżba podziela poglądy doktryny, przedstawione także przez odwołującego, że nadzór autorski w rozumieniu prawa budowlanego (art. 20 ust. 1 pkt 4) pełni projektant będący autorem projektu. Natomiast w sytuacji, gdy nadzór nad pracami sprawuje inna osoba, wówczas mamy do czynienia z nadzorem nad wykonywanymi robotami budowlanymi, niemającym charakteru nadzoru autorskiego. Rozróżnia się zatem nadzór autorski sensu stricto sprawowany przez projektanta będącego autorem projektu oraz „nadzór prac” polegający na tych samych czynnościach, co nadzór autorski, ale sprawowany

przez innego projektanta (tak też prof. zw. dr hab. Zygmunt Niewiadomski, Tomasz Asman, Jędrzej Dessoulavy – śliwiński, Elżbieta Janiszewska – Kuropatwa, Alicja Plucińska – Filipowicz, Prawo budowlane. Komentarz, C.H. Beck, wyd. 3).

Zauważyć w tym miejscu dalej należy, iż projekt budowlany (projekt architektoniczny), stanowi przedmiot praw autorskich jako jeden z przejawów działalności twórczej o indywidualnym charakterze, utrwalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (utwór). W art. 1 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tj. z 2006 r., Dz. U. Nr 90, poz. 631, dalej

„prawo autorskie”) wskazano, że przedmiotem praw autorskich jest również utwór architektoniczny, architektoniczno-urbanistyczny i urbanistyczny. Z tytułu wykonanego projektu budowlanego projektantowi (autorowi) przysługują, poza prawami autorskim majątkowymi, także prawa autorskie osobiste, mające charakter niezbywalnych i nieograniczonych w czasie. Do praw autorskich osobistych należą m.in. prawo do autorstwa, do oznaczenia utworu swoim nazwiskiem bądź pseudonimem, prawo do nienaruszalności treści i formy, nadzoru nad sposobem korzystania z utworu (art. 16 prawa autorskiego). W tym kontekście wskazać trzeba, iż w doktrynie nie jest sporne uprawnienie twórcy do upoważnienia innej osoby do wykonywania zamiast niego autorskich praw osobistych, w tym prawa autorskiego nadzoru nad sposobem korzystania z utworu (art. 16 pkt 5 prawa autorskiego). Pogląd ten podzielił Sąd Apelacyjny w Warszawie stwierdzając: „Przy zachowaniu zasady niezbywalności autorskich praw osobistych dopuszczalne jest zrzeczenie się przez twórcę wykonywania części tych praw na rzecz osób trzecich, w tym przedsiębiorców” (vide: wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 14 maja 2007 r., sygn. akt I ACa 668/06). Zatem projektant może wyrazić zgodę, aby zamiast niego autorskie prawa osobiste były wykonywane przez inną osobę. Na gruncie prawa budowlanego, biorąc pod uwagę treść art. 20 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 95 pkt 5 prawa budowlanego, zostało wprowadzone ograniczenie w zakresie możliwości zrzeczenia się (zobowiązania się do niewykonywania) przez projektanta (autora projektu budowlanego) obowiązku wykonywania nadzoru autorskiego, o którym mowa w prawie budowlanym. Zrzeczenie się (w drodze czynności prawnej) wykonywania tego obowiązku przez autorów projektu (w stanie faktycznym sprawy zgodnie z § 7 ust. 1 oraz § 6 ust. 3 pkt 6 umowy wykonawca zobowiązany jest zapewnić pełnienie nadzoru autorskiego przez osoby wskazane w ofercie, a zatem przez autorów), należy ocenić jako niedopuszczalne, bowiem stanowiące próbę zdjęcia z autora projektu, w drodze czynności prawnej, obowiązku wynikającego z bezwzględnie obowiązujących w tej materii przepisów prawa budowlanego, co w konsekwencji każe ocenić taką czynność prawną jako nieważną na gruncie art. 14 w zw. z art. 58 § 1 i 3 kc, a co za tym idzie wykraczającą poza ramy swobody kontraktowania wyznaczonej art. 353 (1) kc.

Oceniając treść § 9 ust. 2 umowy odnoszącą się do wykonywania osobistych praw autorskich w zakresie dokonywania koniecznych lub uzasadnionych ze względu na optymalizację lub charakter inwestycji zmian w utworach wymienionych w ust. 4 umowy wskazać należy, iż Izba nie dopatrzyła się w tej kwestii naruszenia powołanych przez odwołującego przepisów.

Dalej odwołujący wskazał na nieprecyzyjność użytych w postanowieniu § 9 ust. 2 zwrotów, odnoszących się do „naruszenia oświadczenia”, które wywołują wątpliwości co do zakresu odpowiedzialności wykonawcy. Izba zgadza się, iż naruszone może zostać jedynie zobowiązanie, nie zaś oświadczenie. Izba uznała, iż nieścisłość użytego sformułowania może zostać zniwelowana w drodze wykładni. Izba nie stwierdziła naruszenia powoływanych przez odwołującego przepisów ustawy także w zakresie dotyczącym zasad odpowiedzialności, za „naruszenie oświadczenia”, biorąc pod uwagę fakt, iż skoro zamawiający w umowie nie wprowadził żadnych szczególnych reguł odpowiedzialności, przyjąć należy – jak słusznie zauważył zamawiający na rozprawie – iż kwestionowane postanowienie siwz odnosi się do odpowiedzialności odszkodowawczej na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego.

Ad. 5 - Zarzutu naruszenia art. 7 i art. 14 i 139 ustawy w zw. z art. 58 i art. 353 (1) kc w zw. z art. 16 i art. 60 ust. 5 ustawy o prawie autorskim, poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, skutek wprowadzenia do umowy postanowienia § 9 ust. 2, stanowiącego zobowiązanie sprzeczne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa i zasadami współżycia społecznego, polegającego na obowiązku zrzeczenia się przez projektantów możliwości korzystania z autorskich praw osobistych, co w świetle ustawy o prawie autorskim jest niedopuszczalne.

Zarzut nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 16 pkt 5 prawa autorskiego jeżeli ustawa nie stanowi inaczej autorskie prawa osobiste chronią nieograniczoną w czasie i niepodlegającą zrzeczeniu się lub zbyciu więz twórcy z utworem, a w szczególności prawo do nadzoru nad sposobem korzystania z

utworu. Jak wynika z art. 60 ust. 5 prawa autorskiego sprawowanie nadzoru autorskiego nad utworami architektonicznymi lub architektoniczno – urbanistycznymi regulują odrębne przepisy, tj. adekwatne przepisy prawa budowlanego (vide: uzasadnienie Ad.5 powyżej).

Izba zgadza się z odwołującym, iż autorskie prawa osobiste są tak ściśle związane z

osobą twórcy, że ani nie można się ich zrzec, ani zbyć, co znajduje odzwierciedlenie w treści art. 16 prawa autorskiego. Autorskie prawa osobiste chronią intelektualny związek twórcy z jego dziełem, chronią ideę utworu, a tym samym mają przeciwdziałać, aby nikt go nie wypaczał i korzystał z utworu zgodnie z zamysłem jego twórcy. Są to prawa podmiotowe bezwzględne, co oznacza, iż nie mogą być przeniesione na inny podmiot i są skuteczne względem wszystkich, nie są dziedziczne i co do zasady wygasają z chwilą śmierci jego twórcy. Osobisty charakter tych praw oznacza, że przynależą do twórcy, także w przypadku przeniesienia przez niego autorskich praw majątkowych na inny podmiot. To z kolei oznacza, iż nie można ich twórcy odjąć. Jak już Izba jednak argumentowała w uzasadnieniu do pkt. Ad. 5 dopuszczalne jest co od zasady zobowiązanie się twórcy, iż nie będzie wykonywał autorskich praw osobistych. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania w zakresie dotyczącym rozpoznawanego przez Izbę zarzutu kwestionował możliwość rezygnacji przez autora projektu z wykonywania autorskich praw osobistych podnosząc, iż skoro nie można skutecznie pozwolić nabywcy na dokonywanie w utworze wszelkich zmian w przyszłości, to także jako niedopuszczalne należy uznać oczekiwanie od wykonawcy, aby już w chwili podpisywania umowy (a więc nawet przed stworzeniem utworu) zapewnił, że autorzy nie będą wykonywać autorskich praw osobistych w stosunku do utworu, który jeszcze nie powstał.

Izba ustosunkowując się do stanowiska odwołującego w tej kwestii wskazuje, iż § 9 ust. 2 umowy nie oznacza rezygnacji z wykonywania wszelkich autorskich praw osobistych, lecz wprost wskazanych w umowie, tj. dotyczących nadzoru autorskiego oraz określonych kategorii zmian. Nie jest to zatem blankietowa zgoda na wykonywanie wszystkich praw autorskich, lecz skonkretyzowana w treści § 9 ust. 2 umowy. Zatem zakres, którego dotyczy ograniczenie w wykonywaniu autorskich praw osobistych, jest w umowie precyzyjnie określony. Powoływane przez odwołującego poglądy doktryny dotyczą natomiast możliwości wyrażenia zgody na dokonywanie w utworze wszelkich zmian w przyszłości, co nie przystaje do okoliczności rozpoznawanego przypadku.

Zważywszy powyższe Izba - działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od

odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

.....