

# Projektant a realizacja inwestycji ze środków publicznych

Data wprowadzenia: 27.09.2017 r.

**Realizacja inwestycji budowlanej z wykorzystaniem środków publicznych jest procesem bardzo złożonym i jednocześnie wymagającym szczególnej determinacji jego uczestników. Trzeba bowiem pamiętać tutaj w szczególności o ustawie z dnia 24 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych<sup>1)</sup>, zwana w dalszej części Pzp, która nakłada zarówno na inwestora (zamawiającego) jak i pozostałe podmioty (np. wykonawcę, projektanta itp.) obowiązek przestrzegania zasad udzielania zamówień publicznych, co w konsekwencji powoduje ich funkcjonowanie w określonych ramach prawnych.**

W przypadku zamówienia na roboty budowlane mamy do czynienia z tzw. umową rezultatu, czyli zobowiązaniem wykonawcy do osiągnięcia wyniku opisanego w dokumentacji projektowej za wynagrodzeniem określonym w ofercie. Rezultat, który ma być osiągnięty w przypadku zamówienia na roboty budowlane, musi być dokładnie opisany w sposób wynikający z art. 31 ust. 1 Pzp<sup>2)</sup>.

Opis przedmiotu zamówienia stanowi odrębną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), w której zamawiający wraz z projektantem maksymalnie dokładnie i szczegółowo opisuje produkt finalny, jaki zamierza otrzymać w wyniku prowadzonej procedury udzielenia zamówienia. Prawdą jest, iż zamawiający ma prawo określić szczególne wymagania, jeżeli są uzasadnione jego zobiektywizowanymi potrzebami. W takich okolicznościach oczekiwania zamawiającego sformułowane nawet na wysokim poziomie – co zwykle prowadzi do zawężenia kręgu wykonawców – nie stanowią naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jednocześnie jednak nie może w żadnym razie zapominać o fakcie, że zasadą jest nieograniczony dostęp wykonawców do zamówienia.

Nieprawdziwe i bezpodstawne ograniczanie przez zamawiającego parametrów, stanowi o ograniczaniu ilości wykonawców, którzy mogą złożyć ofertę<sup>3)</sup>. Określenie przedmiotu zamówienia i dobór parametrów winien być zatem poparty obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami zamawiającego. Przejawem bowiem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretnego producenta lub konkretny produkt, a także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego.

W mojej ocenie, każde uszczegółowienie przedmiotu zamówienia, postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert, prowadzi do ograniczenia konkurencji. Poza przypadkami najprostszymi dostaw czy usług, postanowienia specyfikacji zawsze będą faworyzować niektórych wykonawców i dyskryminować innych<sup>4)</sup>. Zamawiający pamiętać powinien, że jest on zobowiązany dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla niego kluczowe znaczenie.

W tym miejscu należy jeszcze raz zaznaczyć, iż przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają niektórym wykonawcom udział w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia<sup>5)</sup>.



Opisu przedmiotu zamówienia należy dokonywać z najwyższą starannością, zamawiający decydując się na wyartykułowanie określonych cech zamawianych potrzeb, winien znajdować uzasadnienie dla ich określenia w konkretnym kształcie oraz mieć pewność, że prowadzone postępowanie nie zaburza konkurencji na rynku. Wykładnia art. 29 ust. 3 Pzp nie pozostawia wątpliwości, że zamawiający (w przypadku gdy sporządza opis przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia), zobowiązany jest poza wskazaniem określenia „lub równoważne” również podać wyznaczniki dopuszczalnej równoważności, które będą stanowiły wytyczne przy dokonywaniu oceny ofert. Zamawiający powinien zatem wskazać opis równoważności w sposób jasny, zrozumiały i precyzyjny tj. opis tego co będzie uważał za ofertę równoważną. Tym samym wobec obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia oraz dopuszczenia rozwiązań równoważnych<sup>6)</sup>, opisanie sposobu przygotowania ofert, a także sposobu ich oceny<sup>7)</sup> należy przyjąć, że zamawiający aby mógł ocenić, czy oferowane rozwiązania równoważne spełniają wymóg równoważności, zgodnie z art. 30 ust. 5 Pzp musi je odnieść do co najmniej minimalnych wymagań opisanych w SIWZ.

Ważną kwestią - z punktu widzenia niniejszego problemu - jest analiza udzielenia zamówienia w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Wydaje się bowiem, iż jeśli zamówienie realizowane jest w ten właśnie sposób, to dane przedstawione przez zamawiającego są jedynie danymi wyjściowymi do procesu projektowania. Realizacja zadania złożonego technologicznie nieś może ze sobą konieczność, także na etapie procesu projektowego, dostosowania proponowanych rozwiązań, z zastrzeżeniem zachowania poszczególnych parametrów technicznych oferowanych maszyn oraz założeń funkcjonalnych i technologicznych wynikających z programu funkcjonalno-użytkowego. Program funkcjonalno-użytkowy zawiera ogólne wytyczne i zakładane funkcjonalności obiektu, jakich osiągnięcie zamawiający zamierza. Szczegółowe rozwiązania techniczno-materiałowe, w zgodności z odrębnymi przepisami i normami, przy formie zamówienia „zaprojektuj i wybuduj”, co do zasady powinny pozostawać w gestii wykonawcy. Wydaje się, iż w takim przypadku, szczegółowe rozwiązania materiałowo-sprzętowe winny znaleźć się w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz w projekcie budowlanym, stosownie do zakresu wymienionych opracowań, jakie wyznacza rozporządzenie z dnia 2 września 2004 r. (rozporządzenie w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego<sup>8)</sup>.



Ustawa Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1997 r.<sup>9)</sup> określa podstawowe prawa i obowiązki uczestników procesu budowlanego. Poprzez uczestnika budowlanego ustawa rozumie: inwestora, inspektora nadzoru budowlanego, projektanta, kierownika budowy lub kierownika robót. Do zadań projektanta należy:

- projektowanie
- sprawdzenie projektów techniczno-budowlanych
- sprawowanie nadzoru autorskiego.

Prawo budowlane ogranicza nadzór autorski do sprawowania nadzoru nad robotami budowlanymi, w zakresie zgodności realizacji z projektem oraz uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie. Powyższe uzasadnia zatem twierdzenie, iż inwestor może również powierzyć nadzór innemu projektantowi. Nadzór autorski wykonywany zgodnie z prawem budowlanym przez projektanta, który nie jest jednocześnie autorem projektu, sprowadza się jedynie do wykonywania czynności o których mowa w art. 20 ust. 1 pkt 4 Prawa budowlanego. Natomiast w sytuacji, gdy sprawuje go twórca projektu, osobie tej przysługują jednocześnie uprawnienia wynikające z autorskich praw osobistych<sup>10)</sup>.

Podsumowując, charakter opisu przedmiotu zamówienia powinien być stanowczy – wyznaczać jednoznacznie, co wykonawca ma zrealizować i w jaki sposób – przez to jaki jest zakres zobowiązania wykonawcy, którego się podejmuje składając wiążącą ofertę. Postanowienia SIWZ powinny być tak ukształtowane, aby jednoznaczna i pełna odpowiedzialność za efekt prac obciążała wykonawcę. Mechanizmy kontrolne zapewniają zamawiającemu prawidłowy system sprawowania nadzoru autorskiego i inwestorskiego poprzez projektanta i inżyniera kontraktu, wynikający z przepisów odrębnych, które powinny być właściwie wypełniane. Zamawiający zgodnie z art. 429 Kodeksu cywilnego w swoich działaniach ma posługiwać się podmiotami, które w zakresie swojej działalności zawodowej trudnią się wykonywaniem odnośnych czynności. Natomiast w przypadku zamówienia realizowanego w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, to na wykonawcy spoczywa obowiązek sporządzenia dokumentacji oraz uzyskania pozwolenia na budowę i ten wykonawca jest odpowiedzialny za osiągnięcie efektu końcowego w postaci wybudowanego obiektu. Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za ewentualne błędy projektanta, tym bardziej te, które nie są ujawnione na etapie składania oferty. Trudno wymagać od wykonawcy, aby jeszcze przed złożeniem oferty w takim stopniu zweryfikował dokumentację projektową, żeby mógł ocenić jej prawidłowość i brak ewentualnych błędów, które mogą ujawnić się dopiero w toku wykonywania robót. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie na każdym etapie postępowania, bez stosowania jakiegokolwiek dyskryminacji bezpośredniej lub pośredniej, a więc stwarzanie wykonawcom zdolnym do należytej realizacji usługi budowlanej równego dostępu do zamówienia<sup>11)</sup>.

**dr nauk prawnych Mariusz Filipek**  
**radca prawny z Kancelarii Prawnej Filipek & Kamiński sp.k.**

Zdjęcia: fotolia.com

<sup>1)</sup> Dz.U. z 2015 r., poz. 2164

<sup>2)</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 9 stycznia 2009 r. KIO/UZP 1480/08 cyt. „Przepis art. 31 ust. 1 Pzp w sposób jednoznaczny nakłada na Zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót. Nie można uznać, że wystarczająca jest specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, ustawodawca wyraźnie rozróżnia te dokumenty i mówi o nich jako o dokumentach niezależnych i niezbędnych, a nie ewentualnie zamiennych, alternatywnych”.

<sup>3)</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 26 stycznia 2017 r. KIO 75/17 cyt. „Sporządzanie opisu przedmiotu zamówienia należy do wyłącznych uprawnień oraz obowiązków zamawiającego i jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wskazuje na rzeczywiste potrzeby zamawiającego. Zamawiający jest gospodarzem postępowania i ma prawo, wyznaczając cel, jaki zamierza zrealizować, tak określić przedmiot zamówienia, aby móc go opisać adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm w formułowaniu opisu swoich potrzeb. Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który umożliwi przygotowanie oferty przez wykonawców, jakkolwiek nie oznacza, że każdy uczestnik rynku w przedmiotowej branży może z powodzeniem złożyć ważną ofertę. Okoliczność, iż nie wszystkim wykonawcom opis dokonany przez zamawiającego nie odpowiada powodować musi, co najwyżej, podjęcie decyzji przez wykonawców, co do chęci uczestniczenia w przedmiotowym postępowaniu”.

<sup>4)</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 5 lipca 2016 r. KIO 1101/16 cyt. „Wynikający z art. 29 ust. 1 Pzp obowiązek zamawiającego szczegółowego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia nie ma charakteru nieograniczonego. W przypadku zamówień publicznych dotyczących robót budowlanych przy analizie poprawności dokonanego opisu należy uwzględnić konsekwencje wynikające z przyjętego przez zamawiającego charakteru wynagrodzenia, które uzyska wykonawca. Brak przesądzenia rozmiaru prac albo nieujęcia wszystkich elementów kosztotwórczych w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego nie musi pozostawać w sprzeczności z art. 29 ust. 1 Pzp. Jeśli do przedmiotu zamówienia albo jego części odnoszą się przepisy prawa albo normy wyznaczające standard opisu, pewne niezbędne minimum, to co do zasady uznać należy, że zadośćuczynienie tym wymaganiom, oznacza spełnienie wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia wynikającemu z Pzp. Wykonawca powinien tak obliczyć cenę swojej oferty, aby ryzyko związane z obowiązkiem wykonania umowy znalazło odzwierciedlenie w spodziewanym zysku. To bowiem wysokość wynagrodzenia wykonawcy jest elementem niwelującym swoistą nierówność stron stosunku zobowiązaniowego, gdzie wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtu za osiągnięcie umówionego rezultatu”.

<sup>5)</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 27 marca 2015 r. KIO 496/15 cyt. „Użyty w treści przepisu art. 29 ust. 2 Pzp zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zwrotów opisujących sposób realizacji zamówienia. Stosownie do dyspozycji art. 29 ust. 1 Pzp podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. W SIWZ nie mogą być postawione wymogi tylko po to, aby ograniczyć dostęp do zamówienia większej liczbie odbiorców, lecz muszą zawsze wynikać z obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego zmierzających do umożliwienia mu wyboru wykonawcy, który najlepiej i najpewniej wykona zamówienie”.

<sup>6)</sup> Art. 29 ust. 1 i 3 Pzp, art. 30 ust. 4 Pzp

<sup>7)</sup> Art. 36 ust. 1 pkt 10 i 13 Pzp

<sup>8)</sup> Dz.U. nr 202, poz. 2072, z późn. zm.

<sup>9)</sup> Dz.U. z 2010 r., nr 121, poz. 809, z późn. zm.

<sup>10)</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 30 sierpnia 2011 r.

KIO 1805/11 cyt. „Autorowi (twórcy) projektu, niezależnie od tego, czy faktycznie sprawuje on nadzór autorski, przysługują osobiste prawa autorskie do jego projektu, których to praw, zgodnie z art. 16 Ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, nie może przenieść na inne osoby, w tym na innych projektantów albo na inwestorów. Zakazu przenoszenia tych praw nie należy mylić z upoważnieniem innych osób (projektantów) do ich wykonywania, co znajduje swą formalną podstawę w przepisach Prawa budowlanego. Sprawowanie nadzoru nad utworami architektonicznymi odbywa się według przepisów Prawa budowlanego, ta z kolei ustawa ustanawia funkcję projektanta, którego jednym z obowiązków jest sprawowanie nadzoru autorskiego. Żaden z przepisów Prawa budowlanego nie nakłada obowiązku sprawowania nadzoru autorskiego przez autora (twórcę) projektu (utworu), więc w świetle Prawa budowlanego okoliczność autorstwa projektu jest indyferentna. Na gruncie Prawa budowlanego projektant, a więc osoba legitymująca się uprawnieniami budowlanymi uzyskuje uprawnienie do sprawowania nadzoru autorskiego, inwestor zaś może również powierzyć nadzór innemu projektantowi. Nadzór autorski wykonywany zgodnie z Prawem budowlanym przez projektanta, który nie jest jednocześnie autorem projektu sprowadza się jedynie do wykonywania czynności, o których mowa w art. 20 ust. 1 pkt 4 Prawa budowlanego, zaś w sytuacji, gdy sprawuje go twórca projektu osobie tej przysługują jednocześnie uprawnienia wynikające z autorskich praw osobistych”.

<sup>11)</sup> Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 2 lutego 2010 r. KIO/KD 8/10 cyt. „Formułowanie postanowień specyfikacji technicznych, skutkujących uprzywilejowaniem lub eliminacją pewnych produktów, jak też dostawców, nie jest dopuszczalne. Ochrona rozciąga się na produkty i producentów bezpośrednio nie ubiegających się o zamówienie, będących wytwórcami elementów lub technologii zawartych w nabywanym produkcie finalnym. Dopuszczenie w opisie przedmiotu zamówienia możliwości składania ofert równoważnych prawidłowo spełnia swą funkcję, gdy równoważność odnosi się do określonych z nazwy produktów lub wyrobów, zgodnie z art. 29 ust. 3 Pzp, jako przykładowych. Poprzestanie jedynie na dodaniu słów „lub równoważnych” jest niewystarczające, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest szczegółowe opisanie warunków owej równoważności, w sposób umożliwiający późniejszą ocenę ofert proponujących inne materiały”.