

STOSOWANIE USTAWY – PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH DO ZAMÓWIEŃ NA  
PEŁNIENIE NADZORU AUTORSKIEGO NAD REALIZACJĄ PROJEKTU  
ARCHITEKTONICZNO-BUDOWLANEGO

[Serwis informacyjny](#) > [Zagadnienia merytoryczne](#) > [Prawo krajowe](#) > [Opinie prawne](#) > [Dotyczące ustawy PZP](#) >  
Stosowanie ustawy – Prawo zamówień publicznych do zamówień na pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją projektu architektoniczno-budowlanego

1) Wymagania ustawy PZP dotyczące opisu przedmiotu zamówienia publicznego.

Stosownie do postanowienia art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) – zwanej dalej „ustawą PZP” – przedmiot zamówienia publicznego opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W świetle przywołanego przepisu ustawy PZP opis przedmiotu zamówienia winien być zupełny, tj. powinien uwzględniać wszystkie aspekty związane z jego wykonaniem, co w szczególności odnosi się do wymogu pełnego określenia zakresu czynności, które ma wykonać wykonawca w ramach danego zamówienia. Określenie zakresu prac wchodzących w zakres danego zamówienia (zakres przedmiotowy) jest podstawowym wyznacznikiem dla sporządzenia oferty przez wykonawcę. Tak więc wykonawca zainteresowany danym zamówieniem ma mieć pełną informację co do zakresu czynności, które będzie zobowiązany wykonać w ramach danego zamówienia publicznego. Na podstawie tej informacji wykonawca ocenia czy jest zdolny do wykonania zamówienia, przewiduje konieczny nakład pracy w celu prawidłowego wykonania zamówienia i stosownie do tego kalkuluje swoje wynagrodzenie (cenę oferty).

Przywołaną regulację art. 29 ust. 1 ustawy PZP należy postrzegać jako jeden z podstawowych „filarów” gwarantujących zachowanie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego fundamentalnych zasad tego postępowania, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy PZP). Warunkiem zachowania zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców jest bowiem zapewnienie, aby wykonawcy mieli pełną informację na temat zamówienia publicznego. Udostępnianie niepełnej informacji o zamówieniu stwarza niebezpieczeństwo poważnych nadużyć oraz pole do powstawania zmów pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami w celu wywołania bezprawnego wpływu na wynik postępowania.

Celem procedur udzielania zamówień publicznych jest zagwarantowanie równego traktowania wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyeliminowanie zjawisk o charakterze korupcyjnym i w konsekwencji ochrona rynku, który powinien być zorganizowany przy zachowaniu zasady równości wszystkich uczestniczących w nim podmiotów (zob. wyrok SN z dnia 21 listopada 2003 r., V CK 474/02, Lex nr 106593). Nieprzestrzeganie przez zamawiających wymogów wynikających z art. 29 ust. 1 ustawy PZP niweczy możliwość realizacji powyższych celów oraz godzi w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, jakimi są zasada uczciwej konkurencji i zasada równego traktowania wykonawców. Powyższe przepisy realizują także zasadę przejrzystości zawartą w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, która zgodnie z orzecnictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej polega na zapewnieniu wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu upublicznienia informacji umożliwiającego rynkowi otwarcie na konkurencję oraz kontrolę bezstronności procedur.

2) Sprawowanie nadzoru autorskiego przez projektanta.

Wykonywanie czynności nadzoru autorskiego przez projektanta nad realizacją projektu architektoniczno-budowlanego, którego jest autorem, wiąże się w sposób immanentny z rolą twórcy takiego projektu. Stosownie bowiem do postanowienia art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118, z późn. zm.) 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. Tak więc pochodną opracowania projektu architektoniczno-budowlanego jest obowiązek projektanta do pełnienia nadzoru autorskiego. Należy przy tym wskazać, iż obowiązek ten ma charakter obowiązku ustawowego.

Powyższe wynika z samego faktu opracowania projektu architektoniczno-budowlanego. Przy czym należy wskazać, iż nadzór autorski może być sprawowany przez projektanta będącego twórcą danego projektu (arg. z art. 16 pkt 5 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych - Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631, z późn. zm. oraz art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane).

Podkreślenia przy tym wymaga, iż w odniesieniu do tej kategorii utworów, którymi są projekty architektoniczno-budowlane, w przedmiocie określenia zasad sprawowania nadzoru autorskiego nad tymi utworami, art. 60 ust. 5 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych odsyła wprost do przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane. W tym zakresie ujawnia się istotna różnica pomiędzy nadzorem autorskim sprawowanym przez twórców w stosunku do innych kategorii utworów, w odniesieniu do których sprawowanie nadzoru autorskiego jest wyłącznie prawem osobistym autora, a nie jego obowiązkiem.

Obowiązek sprawowania nadzoru autorskiego przez projektanta, o którym mowa w art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, uzależniony jest od decyzji samego inwestora. W myśl bowiem postanowienia art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, inwestor może zobowiązać projektanta do sprawowania nadzoru autorskiego. W takim przypadku projektant jest zobowiązany wykonywać czynności związane z pełnieniem nadzoru autorskiego. Przy czym należy wskazać, iż projektant nie może samodzielnie uchylić się od powyższego obowiązku, bez zgody samego inwestora.

Poza powyższym przypadkiem obowiązek sprawowania nadzoru autorskiego przez projektanta może wynikać również z decyzji właściwego organu. Stosownie bowiem do postanowienia art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, 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 projektant, twórca projektu, również będzie zobowiązany do wykonywania czynności związanych z pełnieniem nadzoru autorskiego.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż pochodną opracowania projektu architektoniczno-budowlanego jest obowiązek projektanta do pełnienia nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub właściwego organu. Obowiązek ten wynika z samego faktu opracowania projektu budowlanego, a jego źródłem jest przepis prawa (art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy – Prawo budowlane).

3) Sprawowanie nadzoru autorskiego oraz opracowanie projektu z uwagi na integralny związek powinno stanowić jeden przedmiot zamówienia publicznego.

Mając na uwadze ustawowy obowiązek projektanta – twórcy projektu do sprawowania nadzoru autorskiego, określony w art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy – Prawo budowlane, należy stwierdzić, iż pełnienie nadzoru autorskiego przez projektanta wchodzi w zakres samego zamówienia na prace projektowe, albowiem jest nierozdzielnie związane z opracowaniem samego projektu, a w konsekwencji z osobą projektanta. Przy czym, to czy w danym przypadku projektant będzie zobowiązany do sprawowania nadzoru autorskiego zależy od decyzji samego inwestora (zamawiającego). Tylko w niektórych przypadkach inwestor będzie zobowiązany do ustanowienia takiego nadzoru na skutek decyzji właściwego organu wyrażonej w decyzji o pozwoleniu na budowę.

Pełnienie nadzoru autorskiego jest związane z przyjęciem na siebie roli projektanta. Innymi słowy projektant przyjmując zamówienie na opracowanie projektu architektoniczno-budowlanego (zamówienie na prace projektowe) przyjmuje również na siebie obowiązek pełnienia nadzoru autorskiego. Tak więc okoliczność, iż projektant będzie mógł być zobowiązany do sprawowania nadzoru autorskiego jest już znana na etapie przyjęcia samego zamówienia na prace projektowe, niezależnie od tego czy rzeczywiście będzie taki nadzór wykonywał, i niezależnie, czy żądanie sprawowania takiego nadzoru będzie wynikało z własnej decyzji inwestora, czy też związane będzie z decyzją właściwego organu. Powyższe stanowi istotną okoliczność mającą wpływ na sporządzenie oferty (kalkulację wynagrodzenia projektanta). Z tych względów to już na etapie zamówienia na prace projektowe zamawiający ma obowiązek na podstawie przepisów art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 ustawy PZP określić zasady i warunki sprawowania nadzoru autorskiego.

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż pełnienie nadzoru autorskiego nie stanowi odrębnego i niezależnego przedmiotu zamówienia od samego zamówienia na prace projektowe. O ile zatem kwestia sposobu pełnienia nadzoru autorskiego i wynagrodzenia za jego sprawowanie w obrocie powszechnym może być przedmiotem swobodnych ustaleń stron w każdym czasie, o tyle w przypadku zamówień publicznych zasady pełnienia nadzoru autorskiego i wynagrodzenia winny być określone już na etapie udzielenia zamówienia na prace projektowe. Powyższe stanowisko znajduje normatywne uzasadnienie w treści art. 29 ust. 1 ustawy PZP oraz w konieczności zachowania zasad z art. 7 ust. 1, art. 10 ust. 1 oraz przejrzystości na etapie zlecenia zamówienia na prace projektowe. Wiedza wykonawcy na temat sprawowania nadzoru autorskiego może mieć istotny wpływ na treść jego oferty złożonej w postępowaniu na wykonanie dokumentacji projektowej, a tym samym wynik tego postępowania (konkursu).

4) Udzielenie zamówienia na wykonanie dokumentacji projektowej oraz sprawowanie nadzoru

autorskiego w jednym postępowaniu przetargowym.

Ustalenie, że pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją projektu architektoniczno-budowlanego wchodzi w zakres zamówienia na prace projektowe rodzi istotne konsekwencje dla samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na prace projektowe.

Po pierwsze, wartość świadczeń związanych z pełnieniem nadzoru autorskiego winna być uwzględniona w wartości szacunkowej zamówienia na prace projektowe (arg. z art. 32 ust. 1 ustawy PZP). Stanowią one bowiem, obok samych kosztów prac projektowych, element tego wynagrodzenia.

Po drugie, w opisie przedmiotu zamówienia należy określić zasady i warunki wykonywania czynności związanych z pełnieniem nadzoru autorskiego, w sposób umożliwiający wykonawcom należytą kalkulację ceny oferty. Opis ten winien uwzględniać uwarunkowania w jakich sprawowany jest nadzór autorski (np. wpływ czasu od wykonania dokumentacji projektowej do etapu realizacji obiektu na podstawie tej dokumentacji), z uwzględnieniem słuszych interesów zamawiających, jak i samych wykonawców.

Po trzecie, wybór projektanta powołanego do pełnienia nadzoru autorskiego, jako że związany jest z równoczesnym wyborem autora dokumentacji projektowej, następuje w drodze otwartych i konkurencyjnych postępowań (przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego), w ramach których zamawiane są usługi na prace projektowe.

5) Uwzględnienie w konkursie na realizację projektu zlecenia projektantowi sprawowania nadzoru autorskiego.

Podobnie ustalenie, że pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją projektu architektoniczno-budowlanego wchodzi w zakres zamówienia na prace projektowe rodzi istotne konsekwencje dla postępowania konkursowego prowadzonego na podstawie art. 110 ustawy PZP. Jeżeli zatem przedmiotem konkursu jest wykonanie i przeniesienia prawa do wybranej pracy konkursowej z zakresu planowania architektoniczno-budowlanego, to w sytuacji, gdy nagrodą w konkursie jest zaproszenie do negocjacji (w trybie zamówienia z wolnej ręki lub w trybie negocjacji bez ogłoszenia) autora (autorów) wybranej (wybranych) pracy konkursowej, to wówczas przedmiotem takiego zamówienia, wraz ze szczegółowym opracowaniem pracy konkursowej, jest pełnienie nadzoru autorskiego przez autora wybranej pracy konkursowej (art. 111 ust. 2 ustawy PZP). Powyższe powinno być uwzględnione w opisie zakresu szczegółowego opracowania pracy konkursowej stanowiącego przedmiot nagrody w postaci zamówienia udzielanego w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki, zawartym w regulaminie konkursu (arg. z art. 116 ust. 2 pkt 5 ustawy PZP). W konsekwencji przy określaniu wartości konkursu na podstawie art. 111 ust. 4 ustawy PZP należy brać pod uwagę również wartość świadczeń związanych z pełnieniem nadzoru autorskiego.

6) Nie spełnienie przesłanek do udzielenia zamówienia na sprawowanie nadzoru autorskiego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust.1 pkt 1 lit. b) ustawy PZP w przypadku nieuwzględnienia sprawowania tego nadzoru w ramach postępowania przetargowego na wykonanie dokumentacji projektowej.

Pominięcie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na prace projektowe nadzoru autorskiego, który może być sprawowany przez projektanta wybranego w toku takiego postępowania, nie uprawnia następnie zamawiającego do udzielenia takiemu projektantowi zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy PZP. Pominięcie przez zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na prace projektowe nadzoru autorskiego nie prowadzi bowiem do ziszczenia się przesłanki „przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów”. W takim bowiem przypadku ochrona praw wyłącznych ma charakter wtórny do faktu wcześniejszego udzielenia zamówienia na prace projektowe (por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 14 października 2005 r., III SA/Wa 2091/05, Lex nr 197315 oraz wyrok NSA z dnia 6 kwietnia 2006 r., II GSK 7/06, LEX nr 202405). Powyższe w żadnym stopniu nie pozostaje w sprzeczności ze stwierdzeniem, że nadzór autorski może być sprawowany przez projektanta, albowiem jak wskazano powyżej, zamawiający na etapie zamówienia na prace projektowe ma możliwość zastrzeżenia obowiązku sprawowania nadzoru autorskiego przez twórcę projektu.

Przyjęcie powyższego kierunku wykładni art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy PZP jest usprawiedliwione nie tylko w świetle art. 29 ust. 1 ustawy PZP, ale w szczególności w świetle art. 7 ust. 1 ustawy PZP i wynikających z niego podstawowych zasad systemu zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców. Przyjęcie odmiennego stanowiska oznaczałoby w istocie zakwestionowanie sensu

normatywnego art. 29 ust. 1 ustawy PZP i niweczyłoby cel i istotę instytucji prawnej zamówień publicznych.

Należy przy tym wskazać, iż zastosowanie trybu niekonkurencyjnego jakim jest tryb zamówienia z wolnej ręki ma charakter wyjątkowy (arg. z art. 10 ust. 1 i 2 ustawy PZP). Powyższe oznacza, iż wykładnia przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy PZP musi być ścisła. Tym samym, przepis ten może znaleźć zastosowanie jedynie do przypadków, gdy wyłączną przyczyną powodującą potrzebę udzielenia zamówienia konkretnemu wykonawcy jest konieczność ochrony praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Przyczyny tej nie mogą zatem stanowić inne okoliczności (np. brak pełnego opisu pierwotnego przedmiotu zamówienia). Praktyka tworzenia zasady z udzielania zamówienia na nadzór autorski w trybie zamówienia z wolnej ręki nie tylko podważa istotę nadzoru autorskiego, ale może również prowadzić do wypaczenia wyniku postępowania na dokumentację projektową, w którym kwestie dotyczące tego nadzoru nie są uwzględnione. W omawianych okolicznościach niedopuszczalne jest również to, iż zasadą udzielania zamówień na nadzór autorski staje się stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki pomimo tego, iż w świetle ustawy PZP stosownie tego trybu jest odstępstwem od zasady udzielania zamówień publicznych w trybach przetargowych.

Rekapitulując powyższe należy stwierdzić, że pomimo faktu, iż nadzór autorski nad realizacją projektu architektoniczno-budowlanego powinien być w pewnych okolicznościach sprawowany przez projektanta, nie są spełnione przesłanki do udzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego w trybie zamówienia z wolnej ręki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy PZP. Obowiązek pełnienia nadzoru autorskiego przez projektanta powinien być bowiem określony już na etapie zamówienia na prace projektowe.

7) Nie spełnienie przesłanek do udzielenia zamówienia na sprawowanie nadzoru autorskiego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy PZP w przypadku nieuwzględnienia sprawowania tego nadzoru w ramach konkursu na wykonanie dokumentacji projektowej.

Podobnie pominięcie na etapie konkursu z zakresu planowania architektoniczno-budowlanego nadzoru autorskiego w opisie zakresu szczegółowego opracowania pracy konkursowej (art. 116 ust. 2 pkt 5 ustawy PZP) w przypadkach, o których mowa w art. 111 pkt 2 i 3 ustawy PZP, nie uzasadnia zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, czy też trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, do zamówienia na usługi nadzoru autorskiego.

Wymogi w zakresie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wymagają, aby przedmiot zamówienia w zakresie szczegółowego opracowania wybranej pracy konkursowej, stanowiącego nagrodę w konkursie (art. 111 pkt 2 i 3 ustawy PZP), był zupełny i wyczerpujący (arg. z art. 111 ust. 2 w zw. z art. 116 ust. 2 pkt 5 ustawy PZP).

8) **Dopuszczalność** udzielenia zamówienia na sprawowanie nadzoru autorskiego w trybie przetargowym.

Zgodnie z Prawem autorskim do wykonanego utworu autorowi przysługują osobiste oraz majątkowe prawa autorskie. Jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, autorskie prawa osobiste chronią nieograniczoną w czasie i niepodlegającą zrzeczeniu się lub zbyciu więź twórcy z utworem, w tym prawo do nienaruszalności treści i formy utworu oraz jego rzetelnego wykorzystywania jak i prawo do sprawowania nadzoru nad korzystaniem z utworu (art. 16 Prawa autorskiego). Co do zasady prawa te są niezbywalne i autor nie może się ich zrzec. Jednakże użyty przez ustawodawcę zwrot „o ile ustawa nie stanowi inaczej” pozwala uznać, iż mogą istnieć wyjątki od przedmiotowej zasady. Wyjątkiem takim jest art. 60 ust. 5 Prawa autorskiego, którego treść stanowi, że sprawowanie nadzoru autorskiego nad utworami architektonicznymi i architektoniczno-urbanistycznymi regulują odrębne przepisy tj. przepisy Prawa budowlanego. Art. 44 ust. 1 pkt 3 Prawa budowlanego nakłada na inwestora obowiązek bezzwłocznego zawiadomienia właściwego organu o zmianie projektanta sprawującego nadzór autorski. Uznać zatem należy, iż ustawodawca *expressis verbis* dopuścił możliwość sprawowania nadzoru autorskiego, w zakresie określonym przepisami Prawa budowlanego, nie tylko przez samego autora dokumentacji projektowej, lecz także przez inne podmioty posiadające wymagane prawem uprawnienia do sporządzania projektów. Sprawowanie nadzoru autorskiego przez „nowego” projektanta doprowadzi co prawda do rozłamów pomiędzy autorem wykonanej dokumentacji projektowej a przysługującymi mu osobistymi prawami autorskimi, jednakże rozłam ten będzie zgodny z obowiązującymi przepisami prawa. Powyższe znajduje potwierdzenie w treści wyroku Krajowej Izby odwoławczej z dnia 7 czerwca 2011 r., 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 osobę nie będącą autorem projektu." Odnosnie zaś możliwości naruszenia majątkowych praw autorskich przy sprawowaniu nadzoru przez osobę nie będącą autorem utworu wyjaśnić należy, iż w oparciu o brzmienie art. 42 Prawa autorskiego, prawa te mogą być przedmiotem obrotu gospodarczego. Jeżeli zatem prawa te zostały przeniesione na zamawiającego na odpowiednich polach eksploatacyjnych, wówczas brak jest podstaw do uznania, iż zachodzą przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp uzasadniające udzielenie takiego zamówienia w trybie z wolnej ręki. Co więcej, możliwości przeprowadzenie zamówienia w trybie konkurencyjnym na pełnienie nadzoru autorskiego nie wyłącza także uprzedni brak umowy przenoszącej majątkowe prawa autorskie do utworu na zamawiającego. Jak bowiem zostało to już wyżej przedstawione, majątkowe prawa autorskie jako prawa zbywalne mogą być przedmiotem obrotu gospodarczego, a zatem istnieje realna możliwość ich nabycia w drodze umowy przez renegeccjacje umów zawartych z autorem (zob. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2010 r., KIO/KD 23/10).

Udzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego w trybie konkurencyjnym nie wyłącza także art. 46 Prawa autorskiego, który stanowi, iż twórca zachowuje wyłączne prawo zezwalania na wykonanie zależnego praw autorskiego, mimo że w umowie postanowiono o przeniesieniu całości autorskich praw majątkowych. Zgodnie bowiem z art. 49 ust. 2 Prawa autorskiego, następcą prawnym legitymowany jest do wprowadzania zmian w nabytym utworze bez konieczności pozyskiwania zgody autora projektu. Jednakże, warunkiem niezbędnym do wprowadzenia modyfikacji już istniejącego utworu jest ustalenie, iż zmiany te spowodowane są oczywista koniecznością, a twórca nie miałby słusznej podstawy się im sprzeciwić. Tym samym zakaz dokonywania zmian w utworze w rozumieniu Praw autorskiego przez inną osobę aniżeli przez samego autora, nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego, co podnosiła również Krajowa Izba Odwoławcza w ww. uchwale z dnia 7 stycznia 2010 r. Jeżeli zatem, zamawiający wyposażony został w instrumenty prawne umożliwiające mu zawarcie umowy na pełnienie nadzoru autorskiego z wykonawcą innym niż autor dokumentacji projektowej (bez jego uprzedniej zgody na dokonywanie zmian w utworze tj. na wykonanie zależnego prawa autorskiego) wybranym w trybie konkurencyjnym, to tym bardziej możliwość taka istnieje w sytuacji pozyskania dokumentu potwierdzającego zgodę autora na wykonanie zależnego prawa autorskiego.

Problematyka dopuszczalności udzielania zamówienia publicznego w trybie konkurencyjnym na usługę pełnienia nadzoru autorskiego była przedmiotem analizy Sądu Okręgowego w Poznaniu. W wyroku z dnia 15 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. akt X Ga 509/11, Sąd Okręgowy uznał, iż w pełni dopuszczalne oraz zgodne z powszechnie obowiązującym porządkiem prawnym jest udzielenie zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego w trybie przetargu nieograniczonego, w sytuacji gdy zamawiający posiadała autorskie prawa majątkowe do utworu oraz prawo do wykonywania utworów zależnych. Sąd Okręgowy nie podzielił tym samym stanowiska, iż osobiste prawa autorskie jako niepodlegające zbyciu lub zrzeczeniu się implikują sprawowanie nadzoru autorskiego jedynie przez twórcę dokumentacji projektowej. Jeżeli bowiem autor dokumentacji projektowej zgadza się na dokonywanie zmian w utworze w zależności od potrzeb zmian rozwiązań projektowych, to nie można uznać za nieuprawnioną ingerencję w treść dokumentacji projektowej innego wykonawcy wybranego w drodze przetargu nieograniczonego. Autor dokumentacji projektowej, zgadzając się na dokonywanie zmian w projekcie oraz udostępnianie go osobom trzecim celem wykonywania przez nie nadzoru nad wykonywaniem prac realizowanych na podstawie tego projektu, wyraża tym samym zgodę na wykonywanie nadzoru autorskiego nie osobiście lecz przez osoby trzecie, zachowując jednocześnie osobiste prawa autorskie do utworu.

Mając na uwadze powyższe zamawiający ma możliwość udzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją zadań inwestycyjnych w trybie przetargu podstawowego, zapewniającego zachowanie pełnej konkurencyjności, które to postępowanie może skutkować wyborem innego wykonawcy niż autor dokumentacji projektowej.

Na marginesie należy zaznaczyć, iż przyjęcie odmiennego stanowiska w zakresie dopuszczalności udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie usługi nadzoru autorskiego w trybie konkurencyjnym skutkowałoby możliwością udzielania zamówień publicznych w trybie z wolnej ręki do każdego zamówienia na usługi, której przedmiotem jest dzieło objęte prawem autorskim. Powyższej tezy nie sposób obronić w kontekście podstawowej idei Prawa zamówień publicznych tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Podsumowując:

1. Sprawowanie nadzoru autorskiego w świetle przepisów art. 7 ust. 1, art. 10 ust.1, art. 29 ust. 1 oraz zasady przejrzystości powinno być uwzględnione w postępowaniu przetargowym albo w konkursie dotyczącym zlecenia wykonania dokumentacji projektowej.
2. Zamówienie publiczne na sprawowanie nadzoru autorskiego nie może zostać udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy PZP, albowiem ochrona praw wyłącznych projektanta ma charakter wtórny w stosunku do wcześniej udzielonego zamówienia na prace projektowe.
3. W przypadku, gdy zamawiający nie uwzględnił w postępowaniu albo konkursie na

dokumentację projektową sprawowania nadzoru autorskiego może rozważyć zastosowanie trybu przetargowego do wyboru wykonawcy świadczącego usługę nadzoru inwestorskiego.