

radca prawny Kamil Stolarski¹⁾

OpenBIM kompatybilny z prawem

DOI: 10.15199/33.2018.03.34

Jesteśmy w przededniu powołania polskiego oddziału buildingSMART, który powinien podejmować działania mające na celu odpowiednie ukształtowanie polskiego prawa i związanej z nim praktyki rynkowej przede wszystkim na rynku zamówień publicznych. W jakim kierunku powinny one iść? Czego można się spodziewać po buildingSMART Polska?

Oddział ten nie będzie działał w próżni. Jeśli mówimy o dążeniu do ukształtowania prawa i związanej z nim praktyki rynkowej, **dwie czynniki wyznaczają kierunek działania polskiego oddziału buildingSMART:**

- kształt polskiego i europejskiego prawa, ze szczególnym uwzględnieniem prawa zamówień publicznych;
- cele buildingSMART International i kierunki działania tej międzynarodowej organizacji.

Cele statutowe buildingSMART International

BuildingSMART International jest jednostką organizacyjną prawa brytyjskiego (pełna nazwa – buildingSMART International Limited). Jego funkcjonowanie i podstawowe cele definiuje statut przyjęty 23 czerwca 2004 r. i publicznie dostępny na stronach buildingSMART International (<https://www.buildingsmart.org/members/become-a-member/policies-agreements/>). Zgodnie ze statutem podstawowym celem działalności buildingSMART International jest **wspieranie środowiska zrównoważonego budownictwa przez rozwijanie inteligentniejszych systemów wymiany informacji i komunikacji**. Organizacja ta dba o rozwój i zarządzanie otwartymi międzynarodowymi standardami dotyczącymi BIM oraz wspieranie interoperacyjności rozwiązań stosowanych na rynku budowlanym.

openBIM

Statut jest podstawowym dokumentem określającym cele i kierunki działania buildingSMART International, ale nie jedynym zawierającym zasady istotne z punktu widzenia funkcjonowania tej organizacji. W przypadku polskiego oddziału kluczowe będzie przestrzeganie zawartego z nią porozumienia, którego wzór jest publicznie dostępny na stronach internetowych buildingSMART International. Nawiązuje on wprost do idei *openBIM*, która jest kluczowa dla tej organizacji. Zastosowanie się do niej jest niezbędnym warunkiem współpracy z buildingSMART International i przystąpienia do tej organizacji w charakterze oddziału. W praktyce to idea *openBIM* będzie określać sposób i kierunki działania buildingSMART Polska, także w sferze prawnej.

BuildingSMART International definiuje *openBIM* jako *uniwersalne podejście do opartego o współpracę (collaborative) projektowania, realizacji i zarządzania obiektami budowlanymi na bazie otwartych standardów i procesów przepływu pracy (workflows)* (<https://www.buildingsmart.org/standards/technical-vision/>). Podejście to zakłada wspieranie transparentnych i otwartych procesów przepływu pracy (workflows), dostępnych dla wszystkich uczestników procesu budowlanego – niezależnie od tego, jakie wykorzystują oni oprogramowanie. *OpenBIM* pozwala na opracowanie wspólnego języka pozwalającego budownictwu i władzom państwowym na zamawianie projektów wg transparentnych zasad, a następnie ewaluację sposobu ich realizacji przez wykonawców w sposób porównywalny dla każdego wykonawcy.

Prawo zamówień publicznych

Wszystko to, co związane jest z *openBIM*, wpisuje się w wymagania, jakie przed zamawiającym publicznym stawia europejskie i polskie prawo. Przede wszystkim dotyczy to prawa zamówień publicznych, które reguluje proces udzielania zamówień na podstawie otwartych standardów, transparentności i zapewnienia uczciwej konkurencji. Właściwie można pokusić się o stwierdzenie, że europejskie i polskie prawo zamówień publicznych wymaga realizacji idei *openBIM*. Na poziomie europejskim kwestie sposobu udzielania zamówień publicznych regulują dwie dyrektywy:

- **2014/24/UE** z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE. L z 2014 r., nr 94, s. 65, ze zm.; dalej Dyrektywa Klasyczna);
- **2014/25/UE** z 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U. UE. L z 2014 r., nr 94, s. 243, ze zm.).

Racjonalne jest czynienie tego w nawiązaniu do regulacji polskich, czyli ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.; dalej: Ustawa Pzp), która implementuje rozwiązania przyjęte przede wszystkim w Dyrektywie Klasycznej i pozostaje z nimi co do zasady zgodna.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości*. Przepis ten normuje podstawowe w przypadku prawa zamówień publicznych zasady:

- zachowania uczciwej konkurencji;
- równego traktowania wykonawców;
- proporcjonalności;
- przejrzystości.

¹⁾ Partner w SMW Legal Stolarski, Majewski i Współpracownicy Kancelaria Radców Prawnych sp.p., działa aktywnie na rzecz utworzenia buildingSMART Polska; kamil.stolarski@smw.legal

Są to zasady wynikające także z prawa europejskiego. Zgodnie bowiem z motywem 90 Dyrektywy Klasycznej *zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów zapewniających przestrzeganie zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania, z myślą o zagwarantowaniu obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, tak aby ustalić – w warunkach efektywnej konkurencji – która z ofert jest najkorzystniejsza ekonomicznie*. Obowiązek przestrzegania wymienionych zasad znajduje swój wyraz w przepisach odnoszących się do poszczególnych instytucji i rozwiązań ustawowych [1]. W tym przypadku kluczowe są **przepisy dotyczące sposobu formułowania opisu przedmiotu zamówienia**, który powinien być przygotowany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 Ustawy Pzp). Tak też, zgodnie z art. 29 ust. 2 Ustawy Pzp, *przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję*. Natomiast art. 29 ust. 3 Ustawy Pzp zakazuje co do zasady takiego kształtowania opisu przedmiotu zamówienia, który wskazywałby znaki towarowe, patenty, pochodzenia lub źródło szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty czy usługi dostarczone przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Z zastosowaniem technologii BIM wiąże się ryzyko doprowadzenia przez zamawiającego, zarówno publicznego, jak i prywatnego, do tzw. zamknięcia technologicznego. Jest to sytuacja, w której *nabywca zaczyna być uzależniony w określonym zakresie od produktów lub usług konkretnego dostawcy* [2]. Zastosowanie BIM wiąże się bowiem z wyborem technologii informatycznych, w tym odpowiedniego oprogramowania. To sprawia, że każdy kupujący narażony jest na wystąpienie zjawiska określanego mianem *vendor lock-in* (z ang. uzależnienie od dostawcy).

Warto zauważyć, że w związku z przepisami prawa zamówień publicznych dochodzi do rodzaju napięcia między stosowaniem zasady niedyskryminacji wykonawców a koniecznością zapewnienia możliwie otwartych rozwiązań i przeciwdziałania zamknięciu technologicznemu. Nie każde bowiem rozwiązane przeciwdziałające zjawisku *vendor lock-in* będzie zgodne z Ustawą Pzp (wyrok KIO z 7 czerwca 2017 r., sygn. akt: KIO 1043/17). Niemniej, jeśli to tylko możliwe, należy postulować zastosowanie takich rozwiązań, metod i technologii, które ograniczą zamknięcie technologiczne zamawiającego.

Inne regulacje

Ustawa Pzp nie jest jedynym aktem prawnym, który reguluje obowiązki podmiotów publicznych w kontekście zamawiania usług, dostaw i robót budowlanych. Zamawiający powinni uwzględnić także przepisy ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 2077), szczególnie art. 44 ust. 3 wskazujący, że wydatki publiczne powinny być dokonywane:

■ w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskania najlepszych efektów z danych nakładów oraz za-

sady optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów;

■ w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;
■ w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Ponadto, podmioty publiczne powinny dążyć do wykorzystania systemów teleinformatycznych zapewniających interoperacyjność systemów na zasadach określonych w Krajowych Ramach Interoperacyjności (art. 13 ust. 1 ustawy z 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne; tj. Dz.U. z 2017 r., poz. 570). Sposób osiągnięcia interoperacyjności określa § 4 ust. 1 rozporządzenia z 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dotyczących rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (tj. Dz.U. z 2017 r., poz. 2247). Zgodnie z tym przepisem: *Interoperacyjność osiąga się przez: 1) ujednolicenie, rozumiane jako zastosowanie kompatybilnych norm, standardów i procedur przez różne podmioty realizujące zadania publiczne, lub 2) wymiennność, rozumianą jako możliwość zastąpienia produktu, procesu lub usługi bez jednoczesnego zakłócenia wymiany informacji pomiędzy podmiotami realizującymi zadania publiczne lub pomiędzy tymi podmiotami a ich klientami, przy jednoczesnym spełnieniu wszystkich wymagań funkcjonalnych i pozafunkcyjnych współpracujących systemów, lub 3) zgodność, rozumianą jako przydatność produktów, procesów lub usług przeznaczonych do wspólnego użytkowania, pod specyficznymi warunkami zapewniającymi spełnienie istotnych wymagań i przy braku niepożądanego oddziaływania*.

Podsumowanie

Jak wykazano, **obowiązujące w Polsce przepisy prawa są zbieżne z ideą openBIM**. Jej zastosowanie w zamówieniach publicznych ma szansę znacznie przyczynić się m.in. do zapewnienia zachowania zasady niedyskryminacji, uniknięcia *vendor lock-in*, czy też zwiększenia interoperacyjności rozwiązań przyjętych przez zamawiającego. W artykule skupiono się przede wszystkim na inwestorach publicznych, ale nie należy ograniczać przedstawionych stwierdzeń wyłącznie do nich. Idea openBIM znajduje szersze zastosowanie, a kierowanie się nią przynosi wiele korzyści także inwestorom prywatnym. Polski oddział buildingSMART powinien nie tylko stać na straży stosowania openBIM, jako idei pozwalającej na przeprowadzenie przetargów publicznych zgodnie z obowiązującym prawem, ale także dążyć do jej upowszechnienia na rynku prywatnym.

Literatura

- [1] Dzierżanowski Włodzimierz, Jarosław Jerzykowski, Małgorzata Stachowiak. 2018. „Komentarz do art. 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych”. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. LEX 10659.
[2] Sjoerdstra Bianca. 2016. *Dealing with Vendor Lock-in*, [w:] 7th IBA Bachelor Thesis Conference, University of Twente, s. 2, http://essay.utwente.nl/70153/1/Sjoerdstra_BA_BMS.pdf [dostęp: 17.12.2017 r.]

Przyjęto do druku: 31.01.2018 r.