

Sygn. akt KIO/UZP 970/09

WYROK
z dnia 10 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Barbara Bettman

Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Łukasz Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 sierpnia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum – Tomisławice w składzie: FEROCO S. A., Energopol – Południe S. A., 60-324 Poznań, ul. Marcelińska 92/94** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kopalnia Węgla Brunatnego „Konin” w Kleczewie Spółka Akcyjna, 62-540 Kleczew, ul. 600-lecia 9** protestu z dnia **26 czerwca 2009 r.**

~~przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX – po stronie zamawiającego*.~~

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu załączenie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia programu funkcjonalno – użytkowego.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Kopalnia Węgla Brunatnego „Konin” w Kleczewie Spółka Akcyjna, 62-540 Kleczew, ul. 600-lecia 9**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum – Tomisławice w składzie: FEROCO S. A., Energopol – Południe S. A., 60-324 Poznań, ul. Marcelińska 92/94**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 174 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Kopalnia Węgla Brunatnego „Konin” w Kleczewie Spółka Akcyjna, 62-540 Kleczew, ul. 600-lecia 9** na rzecz **Konsorcjum – Tomisławice w składzie: FEROCO S. A., Energopol – Południe S. A., 60-324 Poznań, ul. Marcelińska 92/94** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum – Tomisławice w składzie: FEROCO S. A., Energopol – Południe S. A., 60-324 Poznań, ul. Marcelińska 92/94**

U z a s a d n i e n i e

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum FEROCO S.A. i Energopol – Południe S.A. występujący pod nazwą „Konsorcjum – Tomisławice” złożył protest wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Kopalnię Węgla Brunatnego „Konin”, w trybie negocjacji z ogłoszeniem na „Budowę kolejowej trasy węglowej Odkrywki Tomisławice z infrastrukturą towarzyszącą”.

W proteście, a następnie w odwołaniu wniesionym od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 57 ust. 5 w zw. z art. 36 ustawy Pzp poprzez załączenie do zaproszenia do składania ofert wstępnych SIWZ w treści i formie naruszającej postanowienia tych przepisów,

art. 31 ust. 2 Pzp oraz par. 15 rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2.09.2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 ze zm.) poprzez nie przekazanie wraz ze SIWZ wymaganego tymi

przepisami opisu przedmiotu zamówienia w formie programu funkcjonalno użytkowego, a przekazanie jedynie koncepcji do projektu wielobranżowego oraz części ekonomicznej.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia winna spełniać wymagania określone przepisem art. 36 pzp z uwzględnieniem, w odniesieniu do negocjacji z ogłoszeniem, art. 57 ust. 2 zd. 2 ustawy. Z przepisów wynika, że Zamawiający ma obowiązek zawarcia w treści SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, natomiast zgodnie z art. 58 ust. 2 pzp prowadzi się negocjacje w celu doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał również na art. 59 ust. 2, zgodnie z którym nie jest możliwe po przeprowadzeniu negocjacji dokonywanie zmian prowadzących do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że w trybie negocjacji z ogłoszeniem Zamawiający jest obowiązany zawrzeć w SIWZ opis przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający przepisom prawa. Nieuzasadnione i niezgodne z prawem jest zatem przedłożenie wraz zaproszeniem do składania ofert wstępnych SIWZ zawierającej opis przedmiotu zamówienia w wersji ogólnej. Z treści rozstrzygnięcia protestu Odwołujący wnioskuje, że Zamawiający zamierza prowadzić negocjacje tak, aby doprowadziło to do stworzenia opisu przedmiotu zamówienia, co w świetle art. 59 ust. 2 Pzp jest niedopuszczalne.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp w treści SIWZ musi być zawarty jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia. Powołał przepis art. 31 ust. 2 Pzp, z którego wynika, iż przypadku , gdy przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Program ten obejmować powinien opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. Dokonanie opisu w tej formie służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych. Program funkcjonalno-użytkowy jest zatem dokumentem pozwalającym wykonawcy na prawidłowe sporządzenie oferty i dokładne obliczenie jej ceny.

Zastosowany tryb postępowania nie zwalnia zamawiającego z obowiązku dołączenia do SIWZ programu funkcjonalno-użytkowego zgodnie z przepisami ustawy i powołanego rozporządzenia Ministra Infrastruktury.

Tymczasem Zamawiający załączył do SIWZ wyłącznie koncepcję do projektu wielobranżowego oraz część ekonomiczną zawierającą zdaniem Odwołującego nieścisłości i są ze sobą sprzeczne. Odwołujący zarzucił brak niezbędnych z punktu widzenia realizacji zamówienia oświadczeń i informacji.

W proteście Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie wyjaśnił, czy roboty przygotowawcze np. wycinka lasu objęte są przedmiotem zamówienia. Wskazał również na brak informacji technicznych zakresie i technologii wykonania robót, takich, jak: wzmocnienie podłoża gruntowego pod linię kolejową, określenie ilości i głębokości pali posadowienia obiektu mostowego na rzeką Noteć, danych dotyczących budynku nastawni dysponującej „Tomisławice” , informacji o rozbiórkach obiektów kubaturowych. Brak również decyzji o realizacji rampy czołowo – bocznej na stacji Tomisławice.

Odwołujący podniósł również brak oświadczeń i informacji niezbędnych z punktu widzenia przedmiotu zamówienia:

- 1/ oświadczenie o posiadaniu prawa do dysponowania gruntem na cele budowlane w pasie przewidywanej trasy węglowej (100 0 140 m),
- 2/ oświadczenie w zakresie przebudowy dróg powiatowych i gminnych (pas poprzeczny do pasa trasy węglowej – max długość ok. 730 m),
- 3/ oświadczenie o przeprowadzeniu wywłaszczeń z wykupem gospodarstw rolnych w zakresie likwidacji i wyburzeń,
- 4/ badania geologiczne i geotechniczne terenu pasa trasy węglowej,
- 5/ opracowania środowiskowe co do wymogów ochrony środowiska dla trasy węglowej lub odkrywki węgla jako całości,
- 6/ informacje, czy Zamawiający dysponuje mapą numeryczną aktualną do celów projektowych i decyzji o jej przekazaniu wykonawcy wybranemu do opracowania dokumentacji projektowej z wyznaczonym ostatecznie przebiegiem trasy węglowej w układzie współrzędnych,
- 7/ informacja, czy Zamawiający posiada decyzję dla trasy węglowej.

Odwołujący wskazał, że do tych zarzutów Zamawiający nie odniósł się w rozstrzygnięciu protestu zapowiadając, że kwestie te będą przedmiotem negocjacji i nie są niezbędne wykonawcom na etapie składania ofert.

Odwołujący powołując wyrok KIO/UZP 1480/08 stwierdził, że Zamawiający nie ma dowolności w opisie przedmiotu zamówienia, ale zobowiązany jest do przyjęcia jednej albo drugiej metody opisu tj. albo poprzez załączenie programu funkcjonalno-użytkowego albo poprzez załączenie pełnej dokumentacji projektowej.

Odwołujący wskazał także, że dopuszczalne zgodnie z art. 59 modyfikacje SIWZ mogą być dokonywane przez Zamawiającego w zależności od takiej potrzeby.

Przedstawiając zarzuty dotyczące wzoru umowy Odwołujący zwrócił uwagę na zachwianie równowagi stron w załączonej do SIWZ umowie kwestionując jej postanowienia.

Szczegółowości zakwestionował następujące postanowienia:

- 1/ ustalenie w § 2 ust. 1, że wynagrodzenie będzie miało formę zryczałtowaną, mimo że kwestia ta może stanowić przedmiot negocjacji,

- 2/ nieprecyzyjne określenie w § 3 ust. 3 okoliczności, w jakich wykonawca będzie zobowiązany do dokonania na własny koszt czynności dla usunięcia zagrożenia niedotrzymania terminów,
- 3/ ustalenie płatności kwartalnych i to jedynie do 70% wartości robót danego etapu rozliczeniowego (§ 4 ust. 2),
- 4/ treść § 6 ust. 7 umowy, w którym stwierdza się, że Zamawiający pozostaje właścicielem wszelkich materiałów i urządzeń inwestycji, podczas gdy ryzyko ich utraty lub uszkodzenia spoczywa w całości na Wykonawcy,
- 5/ nieprecyzyjne sformułowanie postanowień § 6 ust. 8 umowy, w których mowa o zagrożeniach realizacji inwestycji ze strony Wykonawcy,
- 6/ postanowienia, zgodnie z którym to na wykonawcy spoczywać będą wszelkie obowiązki w zakresie uzyskania zezwoleń, pozwoleń, zatwierdzeń (np. § 1 ust. 8 i § 10 ust. 10 umowy),
- 7/ sformułowanie § 13 umowy w ten sposób, że kary umowne zostały zastrzeżone w zasadzie wyłącznie dla Zamawiającego, a zwolnić Wykonawcę z obowiązku zapłaty kary może wyłącznie wina Zamawiającego.

Odwołujący zauważył, że aktualne brzmienie SIWZ i umowy nie określa, które postanowienia mają charakter ostateczny i wiążący, a które mogą ulec jeszcze modyfikacji. Brak wiedzy w tym zakresie uniemożliwia zdaniem Odwołującego, złożenie prawidłowej oferty wstępnej i znacznie utrudnia przygotowanie stanowiska negocjacyjnego.

W toku rozprawy Odwołujący stwierdził że część zarzutów odwołania dotyczących postanowień umowy, ma charakter jedynie informacyjny. Wynika to z faktu częściowego uwzględnienia protestu, kiedy to zamawiający przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zawiadomił wykonawców, że nie mają obowiązku akceptować warunków umowy w sposób ostateczny. Odwołujący stwierdził, że niesporny jest fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu nie opracowano programu funkcjonalno – użytkowego. Wskazuje, że przepisy ustawy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, wymagają dla zamówienia typu „zaprojektuj i buduj” zastosowania do art. 31 ust. 2 ustawy PZP, który przewiduje opracowanie programu, jako obowiązek zamawiającego. Koncepcja, którą posługuje się zamawiający, nie spełnia warunków programu funkcjonalno – użytkowego.

Wskazując zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1/ zmiany SIWZ i dostosowania jej do wymogów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- 2/ załączenia do SIWZ opisu przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający wymogom określonym w art. 36 Pzp, w tym poprzez załączenie programu funkcjonalno – użytkowego.

Rozstrzygając protest Zamawiający nie zgodził się z zarzutem naruszenia art. 57 ust. 2 w zw. z art. 36 Pzp. Wskazał, że na podstawie art. 57 ust. 5 w SIWZ nie stosuje się przepisów art. 36 ust. 1 pkt 5, 6, 9 i 11 ustawy. W związku z tym w przekazanej wykonawcom SIWZ zaznaczył wyraźnie, że termin związania ofertą dotyczy oferty, a z uwagi na zastosowany tryb postępowania, z oczywistych względów termin związania ofertą nie może dotyczyć oferty wstępnej.

Zamawiający nie zgodził się również zarzutem naruszenia art. 31 ust. 2 i przepisu rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2.09.2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej ...(...). Wskazał, że chociaż zgodnie z art. 134 ustawy nie stosuje przesłanek do zastosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem, to wybrał ten tryb dlatego, że nie był w stanie z góry określić szczegółowych cech przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby umożliwić wybór najkorzystniejszej oferty w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego i w konsekwencji opracować i dołączyć do SIWZ programu funkcjonalno-użytkowego zgodnego z przepisami ww rozporządzenia.

Wskazał, że przesłanki sformułowane w art. 55 pzp, w tym ust. 1 pkt 3 oraz art. 56 – 60 Pzp wskazują w jego ocenie, że co do zasady wolą ustawodawcy było stosowanie trybu negocjacji z ogłoszenie w przypadkach, w których nie jest możliwe doprecyzowanie przedmiotu zamówienia już na etapie podjęcia decyzji o przeprowadzeniu postępowania w trybie ustawy, tj w sytuacji, w jakiej znajduje się Zamawiający.

Stwierdził, że rolę opisu technicznego przedmiotu zamówienia pełni przede wszystkim „Koncepcja...(...)” stanowiąca załącznik nr 3 do SIWZ, która została stworzona w oparciu o aktualną na danym etapie postępowania wiedzą co do przebiegu i warunków użytkowych trasy węglowej odstawy węgla z Odkrywki Tomisławice.

Zdaniem Zamawiającego treść koncepcji umożliwia wykonawcom złożenie oferty wstępnej, która nie zawiera przecież ceny. Zamawiający zauważył, że na tym etapie postępowania zbędna jest Zamawiającemu i wykonawcom wycena usług i robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia, nie jest również z uwagi na ogólny opis przedmiotu zamówienia zastosowany w SIWZ - możliwa.

Zastosowany tryb postępowania, w tym zgłasza faza negocjacji, ma służyć wyjaśnieniu wszystkich wątpliwości.

Zamawiający stwierdza, że prowadzone negocjacje będą miały na celu doprecyzowanie lub uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia, rozumianego jako całokształt warunków składających się na przyszłe świadczenie wykonawcy, lub warunków umowy.

Negocjacje z wykonawcami będą dotyczyły określenia wymagań technicznych, architektonicznych, materiałowych, funkcjonalnych i jakościowych przedmiotu zamówienia oraz określenia szczegółowych cech usług i robót, w tym obowiązku uzyskania pozwoleń

niezbędnych do realizacji inwestycji, a także treści umowy, z wyłączeniem ceny. Zamawiający stwierdził, że wszelkie wątpliwości co do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ oraz treści umowy wykonawcy będą mogli poruszyć na etapie negocjacji. Właśnie ta faza postępowania, zgodnie z logiką ustawy przyczyni się do sformułowania SIWZ w taki sposób, by opis przedmiotu zamówienia i postanowienia umowy nie budziły wątpliwości wykonawców i odpowiadały zamierzeniu Zamawiającego, jakim jest budowa trasy odstawy węgla. W ocenie Zamawiającego ostateczny kształt, jaki przybierze SIWZ po negocjacji umożliwi złożenie wykonawcom porównywalnych ofert i właściwą ocenę ryzyka związanego z tą inwestycją. Zamawiający wskazał również, że interes wykonawców będzie chroniony zgodnie z treścią art. 58 ust. 4 Pzp.

W złożonej do Prezesa UZP odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i odnosząc się do zarzutów podniósł, co następuje.

Wyjaśnił, że przekazana wykonawcom koncepcja wraz z SIWZ nie jest koncepcją do projektu wielobranżowego, lecz „Koncepcją kolejowej trasy węglowej odkrywki Tomiśławice wraz z szacunkowym kosztem wykonania inwestycji” uzupełnioną o odpowiedzi i wyjaśnienia stanowiące załącznik nr 1 do Koncepcji oraz mapę ze zmianą przebiegu trasy węglowej stanowiącą załącznik nr 2 do Koncepcji.

Zamawiający wskazał na okoliczności gospodarcze planowanej inwestycji i przewidywane terminy realizacji. Wskazał, iż na obecnym etapie nie ma możliwości spełnić wymogów przewidzianych dla programu funkcjonalno-użytkowego. Stwierdził, iż gdyby mógł spełnić takie wymogi, to zdecydowałby się na inny tryb postępowania tj. przetarg nieograniczony. W ocenie Zamawiającego, w prowadzonym obecnie trybie negocjacji z ogłoszeniem, nie jest on zobligowany do opisu przedmiotu zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego, a przynajmniej nie jest zobligowany uczynić tego w SIWZ przekazywanej wykonawcom wraz zaproszeniem do składania ofert wstępnych. Wskazał na § 15 rozporządzenia zgodnie z którym program służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, a oferta wstępna nie zawiera przecież ceny, co oznacza, że brak tego programu nie może utrudniać wykonawcy złożenia oferty wstępnej. Zamawiający uznał, że w sytuacji, gdy obiektywnie nie ma możliwości stworzenia programu funkcjonalno-użytkowego, a jednocześnie negocjacje pozwolą wypracować treść opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ obejmującą zgodnie z art. 31 ust. 3 ustawy opis zadania budowlanego z podaniem przeznaczenia ukończonych robót oraz stawiane im wymagania, a opis przedmiotu zamówienia będzie spełniał wymogi ustawy, to SIWZ będąca efektem negocjacji nie będzie mogła być skutecznie oprotestowana z tego tylko powodu, że nie odpowiada przepisom rozporządzenia regulującym formę i treść programu funkcjonalno-użytkowego.

Zamawiający wskazał także, że w toku postępowania udzielił ponad dwustu trzydziestu odpowiedzi na pytania wykonawców. Odpowiedzi te umożliwiły wykonawcom zorientowanie się w stanie prawnym przedsięwzięcia, wyjaśniły wątpliwości dotyczące kwestii technicznych zawartych w Koncepcji, która pełni rolę opisu przedmiotu zamówienia. Wskazano również na zapisy umowy, które będą przedmiotem negocjacji. Wskazał, że tym samym zrealizował wnioski w tym zakresie zawarte w proteście i odwołaniu. Zamawiający stwierdził, że prowadzone negocjacje doprowadzą do doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia i warunków umowy. W wyniku negocjacji dojdzie do sformułowania SIWZ w taki sposób, aby opis przedmiotu zamówienia i postanowienia umowy nie budziły wątpliwości uczestników postępowania.

W toku rozprawy Zamawiający wskazał, że załączona do SIWZ koncepcja stanowi opis jego zamierzeń. Jego zdaniem na etapie składania ofert wstępnych, w tym postępowaniu, nie jest konieczne dysponowanie programem funkcjonalno – użytkowym. Stwierdził, że równolegle toczą się postępowania związane z przygotowaniem terenu pod inwestycje, w tym procedury wykupu nieruchomości i zmierzającego do zyskania wymaganych decyzji administracyjnych. W ocenie zamawiającego nie jest możliwe przygotowanie programu funkcjonalno – użytkowego w takim terminie, aby wykonanie całego przedsięwzięcia mogło nastąpić w wiążącym go terminie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu sprawy na rozprawie oraz uwzględniając dokumentację postępowania ustaliła i zważyła, co następuje.

Prowadzone przez zamawiającego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy zamówienia sektorowego uregulowanego przepisami Rozdziału 5 Działu III ustawy prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 134 ustawy Pzp dokonanie wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem przez zamawiającego sektorowego jest w wyłącznej kompetencji zamawiającego i nie wymaga spełnienia przesłanek określonych w art. 55 ustawy Pzp.

W pozostałym zakresie w prowadzonym postępowaniu w trybie negocjacji z ogłoszeniem obowiązują przepisy Oddziału 3 Rozdziału 3 Działu II ustawy tj. art. 54 i 55 – 60 ustawy Pzp. Powyższe oznacza, że w zakresie objętym rozpoznaniem w niniejszej sprawie, na etapie zaproszenia wykonawców do składania ofert wstępnych Zamawiający musi dysponować specyfikacją istotnych warunków zamówienia, którą przekazuje wykonawcom wraz z zaproszeniem. Przekazywana specyfikacja ma zawierać informacje określone w przepisie art. 36 ustawy z wyłączeniem, stosownie do dyspozycji art. 57 ust. 2 Pzp, informacji o których mowa w art. 36 ust. 1 pkt 5, 6, 9 i 11 ustawy Pzp. Tym samym specyfikacja musi zawierać opis przedmiotu zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 3).

Specyfikację istotnych warunków zamówienia zamawiający opracowuje przed wszczęciem postępowania na zasadach określonych w przepisach o przygotowaniu postępowania (R. 2 Działu II ustawy). Wynika to również z treści art. 59 ustawy dopuszczającego doprecyzowanie lub uzupełnienie istniejącej SIWZ w zakresie, w jakim była ona przedmiotem negocjacji. W ustępie 2 powołanego przepisu zakazano zmiany prowadzącej do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia to część SIWZ którą zamawiający jest zobowiązany opisać (art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp). Natomiast sposób opisu przedmiotu zamówienia dokonuje się na ogólnych zasadach, zgodnie z art. 29 – 31 ustawy Pzp. W tym zakresie ustawodawca nie przewiduje odrębnych regulacji dla postępowania prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem.

W rozpoznawanej sprawie przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane. Zgodnie z jednoznaczną normą art. 31 ust. 2 i 3 ustawy taki przedmiot zamówienia opisuje się za pomocą programu funkcjonalno – użytkowego, który obejmuje opis zadania budowlanego z podaniem przeznaczenia ukończonych robót budowlanych oraz stawianych im wymagań technicznych, ekonomicznych, architektonicznych, materiałowych i funkcjonalnych.

W toku postępowania dowodowego ustalono bezspornie, że w przedmiotowym postępowaniu nie opracowano programu funkcjonalno – użytkowego, gdyż załączona do SIWZ *„Koncepcja kolejowej trasy węglowej O/Tomisławice wraz szacunkowym kosztem wykonania inwestycji; nr projektu 1013.1207.001”* za taki program nie może być uznana. Okoliczność tę potwierdził również Zamawiający stwierdzając m. in., że na obecnym etapie nie ma możliwości spełnić wymogów przewidzianych dla programu funkcjonalno – użytkowego.

W świetle powołanego przepisu brak jest podstaw do uwzględnienia stanowiska Zamawiającego, że w prowadzonym trybie negocjacji z ogłoszeniem, nie jest on zobligowany do opisu przedmiotu zamówienia za pomocą programu funkcjonalno – użytkowego i nie jest zobligowany uczynić tego w SIWZ przekazywanej wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych.

Skład orzekający stwierdza ponadto, że powołany przez Zamawiającego przepis art. 55 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp jako posiłkowa przesłanka dokonania wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem i uzasadnienie braku obowiązku dokonania opisu przedmiotu zamówienia nie może mieć w żadnej mierze zastosowania, gdyż przepis ten dotyczy wyłącznie usług. Mowa jest w nim o takich usługach, których szczegółowych cech nie da się z góry określić w sposób umożliwiający wybór najkorzystniejszej oferty. Chodzi zatem o świadczenia, które nie są robotami budowlanymi lub dostawami. Z tego względu nie można, nawet per analogiam, zastosować tego przepisu w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, którym jest projektowanie i wykonanie robót budowlanych. Nie można również, w świetle jednoznacznej

treści przepisów odwoływać się do niesprecyzowanego pojęcia „logiki ustawy” jako uzasadnienia faktu nie zastosowania przepisów.

W świetle dokonanych ustaleń orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Konsorcjum – Tomisławice w składzie: FEROCO S. A., Energopol – Południe S. A., 60-324 Poznań, ul. Marcelińska 92/94 w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Koninie

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....