

**WYROK**  
z dnia 25.08.2017 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Emil Kawa  
Marek Koleśnikow  
Piotr Kozłowski  
**Protokolant:** Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 11 i 22 sierpnia 2017 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28.07.2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: G. A. S. I. v. T. A. Ś., M. Ł. S.A., G. Sp. z o.o., (...)**, w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., (...)**,

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: A. S.p.A., T. S.A., (...)**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: E.-S. Spółka Akcyjna, P. B. D. i M. Sp. z o. o., (...)**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka**

- 1. oddala odwołanie**
- zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000,00 (dwadzieścia tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
- Zasądza od odwołującego Konsorcjum: G. A. S. I. v. T. A. Ś., M. Ł. S.A., G. Sp. z o.o., (...) na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., (...), kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

## UZASADNIENIE

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., (...), dalej zwane „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: *Opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizację robót budowlanych w formule „Projektuj i Buduj” w ramach projektu POIiŚ 5.1-15 „Udrożnienie Ł. Węzła Kolejowego (TEN-T), etap II, odcinek Ł. (...) – Ł. (...)”*, nr postępowania: 6060/ICZ6/26012/09895/16/P .

W dniu 18 lipca 2017 roku Zamawiający poinformował konsorcjum wykonawców: G. A. S. I. v. T. A. S. M. Ł S.A., G. Sp. z o.o., (...) o odrzuceniu ich oferty.

Wobec takiej czynności Zamawiającego wykonawca ten, dalej zwany „Odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 90 PZP ust. 1 pkt 1)** Pzp (ewentualnie wyłącznie art. 7 ust. 1 PZP) przez błędną wykładnię przejawiającą się w uznaniu za niedopuszczalne konkurowanie przez wykonawców oryginalnością projektu i rozwiązaniami technicznymi na etapie składania oferty co spowodowało prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie Zamówienia, nieuwzględniający także specyfiki zamówienia w formule „projektuj i buduj”;

2. **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** poprzez jego błędne zastosowanie wyrażające się w uznaniu, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy prawidłowo Zamawiający winien był uznać, że oferta w całości odpowiada treści SIWZ, co skutkowałoby brakiem możliwości jej odrzucenia;

3. **art. 31 ust. 2 i ust 3 Pzp** w zw. § 15 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z dnia 2 września 2004 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 1129) (dalej „Rozporządzenie”) przez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że nakłada ono na wykonawcę obowiązek sporządzenia oferty na podstawie niewiążących zapisów PFU, podczas gdy Rozporządzenie określa jedynie sposób i zakres przygotowania PFU, a jego adresatem jest zamawiający, a nie wykonawca;

4. **art. 38 ust 1 Pzp** przez jego niezastosowanie, co skutkowało pominięciem treści wyjaśnień udzielonych w Postępowaniu na potrzeby ustalenia treści SIWZ i doprowadziło do ustalenia niniejszej treści SIWZ z pominięciem tych wyjaśnień, podczas gdy prawidłowe zachowanie Zamawiającego, tj. uwzględnienie treści udzielonych odpowiedzi, skutkowałoby niewątpliwie potwierdzeniem założeń sformułowanych w PFU o niewiążącym dla wykonawców charakterze technologii, w tym metody wykonania tuneli;

5. **art. 140 ust 1 Pzp i art. 83 kc** poprzez ich niezastosowanie i przyjęcie, że wykonawca zobowiązany jest złożyć jedynie ofertę pozorną, co do której z góry zakłada i wie, że nie będzie jej realizował na etapie wykonania zamówienia, zaś niedopuszczalne są jakiegokolwiek zmiany do założeń do projektu (szczególnie nieważących postanowień PFU).

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o:

1. przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego, w tym dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu:

1) z opinii prywatnej dr hab. inż. M. L. na okoliczność:

a) braku obiektywnych uwarunkowań skutkujących niemożliwością założenia wykonania tunelu w technologii TBM;

b) istnienia warunków przemawiających za wykorzystaniem technologii TBM przy realizacji inwestycji;

2) z opinii prywatnej P.-P. sp. z o.o. podpisanej przez dr inż. K. W. na okoliczność:

a) braku obiektywnych uwarunkowań skutkujących niemożliwością założenia wykonania tunelu w technologii TBM;

b) istnienia warunków przemawiających za wykorzystaniem technologii TBM przy realizacji inwestycji;

c) podjęcia przez Odwołującego badań i przygotowań zmierzających do przygotowania koncepcji realizacji inwestycji, w tym wstępnych prac projektowych, jeszcze przed złożeniem oferty z uwagi na zamówienie realizowane w formule „projektuj i buduj”;

3) dokumentu w postaci oświadczenia Ł. M. na okoliczność:

a) iż rozpoczął on prace nad projektem wymaganym w celu wykonania zamówienia objętego Postępowaniem jeszcze przed złożeniem oferty,

b) iż rozpoczęcie prac projektowych było niezbędne przed złożeniem oferty z uwagi na fakt, iż zamówienie ma zostać udzielone w formule „projektuj i buduj”;

4) dokumentu w postaci oświadczenia E. P. sp. z o.o.

podpisanego przez mgr inż. R. S. - Projektanta Branży Mostowej na okoliczność:

a) braku obiektywnych uwarunkowań skutkujących niemożliwością założenia wykonania tunelu w technologii TBM;

b) istnienia warunków przemawiających za wykorzystaniem technologii TBM przy realizacji inwestycji;

5) zeznań świadka Ł. M., na okoliczność:

a) iż rozpoczął on, wraz z innymi członkami zespołu, prace nad projektem wymaganym w celu wykonania zamówienia objętego Postępowaniem przed złożeniem oferty,

b) iż rozpoczęcie prac projektowych było niezbędne przed złożeniem oferty z uwagi na fakt, iż zamówienie ma zostać udzielone w formule „projektuj i buduj”;

6) zeznań świadka dr inż. K. W. na okoliczność:

a) braku obiektywnych uwarunkowań skutkujących niemożliwością założenia wykonania tunelu w technologii TBM;

b) istnienia warunków przemawiających za wykorzystaniem technologii TBM przy realizacji inwestycji;

7) zeznań świadka B. O. na okoliczność:

a) rozpoczęcia prac koncepcyjnych i projektowych jeszcze przed złożeniem oferty z uwagi na zamówienie realizowane w formule „projektuj i buduj”;

b) doświadczenia wykonawcy i znajomości przez niego branży wykonania tuneli;

c) braku obiektywnych uwarunkowań skutkujących niemożliwością założenia wykonania tunelu w technologii TBM;

d) istnienia warunków przemawiających za wykorzystaniem technologii TBM przy realizacji inwestycji;

8) z **opinii biegłego** z zakresu budownictwa (jeżeli to możliwe -posiadającego wiedzę i doświadczenie w budowie tuneli) na okoliczność:

a) braku obiektywnych uwarunkowań skutkujących niemożliwością założenia wykonania tunelu w technologii TBM;

b) istnienia warunków przemawiających za wykorzystaniem technologii TBM przy realizacji inwestycji;

c) konieczności podjęcia prac projektowych (w tym przyjęcia założeń co do metody wykonania elementów zamówienia) jeszcze przed złożeniem oferty w przypadku zamówienia w formule „projektuj i buduj”

2. nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oferty Odwołującego - Wykonawcy i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego;

3. w oparciu o art. 189 ust. 6 Pzp wnoszę o wyłączenie jawności rozprawy w całości, a to z uwagi na możliwość ujawnienia informacji stanowiącej tajemnicę chronioną, tj. tajemnicę przedsiębiorstwa;

4. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz Odwołującego według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa.

Odwołujący na wstępie uzasadniania zarzutów odwołania wskazał na potrzebę objęcia większości treści odwołania, załączonych do niego załączników tajemnicą przedsiębiorstwa. Równocześnie wniósł – jak w zarzucie 4, o wyłączenie jawności rozprawy w całości.

Izba na posiedzeniu w oparciu o wnioski zgłoszone przez Przystępujących dokonała analizy treści tej części odwołania o których objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wnosił Odwołujący i równocześnie zobowiązała Odwołującego do wykazania dlaczego wnioskowana treść odwołania spełnia wymagania zarówno art. 8 ust. 3 Pzp jak i wykazywania istnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 u.z.n.k., w odniesieniu do zastrzeganych informacji.

Odwołujący po analizie powyższej kwestii oświadczył, że „zdejmuje klauzulę tajemnicy przedsiębiorstwa z całego odwołania łącznie z załącznikami”.

Wobec powyższego Izba uznała za niezasadne prezentowania stanowisk stron i przystępujących w tej sprawie

Uzasadniając podniesiony zarzut braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołujący podał, że pismem z dnia 18 lipca 2017 roku Zamawiający odrzucił jego ofertę. Jako uzasadnienie takiej czynności Zamawiający wskazał następujące przesłanki jej podjęcia:

a) Zamawiający odwołał się do IDW (tom I SIWZ). Przytoczył postanowienia: pkt. 13.1 *„Podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu Zamówienia oraz podatek od towarów i usług (nie dotyczy Wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w Polsce)”,* oraz pkt. 13.3 *„Cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie wymagania oraz czynności i badania składające się na ich wykonanie, określone w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, w tym roboty tymczasowe i prace towarzyszące konieczne dla wykonania tych robót”*

b) z § 15 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno- użytkowego, wynika, że PFU to kluczowy dokument, stanowiący podstawę przygotowania oferty, który zapewnić ma, że oferty złożone w postępowaniu będą porównywalne;

c) Zamawiający przywołał orzeczenie KIO z dnia 25 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 661/17, w którym Izba wskazała, że *„nie jest tak, że w zamówieniu typu «zaprojektuj i wybuduj» na etapie kalkulacji ceny oferty wykonawca ma pełną dowolność w ustaleniu zakresu prac do wyceny z uwagi na fakt, że projekt nie jest jeszcze opracowany. Zamawiający w tego rodzaju zamówieniach określa w SIWZ wymagania minimalne, jak*

również założenia, które być może ulegną zmianie w toku wykonywania zamówienia, tym niemniej należy je uwzględnić dla potrzeb kalkulacji ceny i w celu zapewnienia porównywalności ofert'.

Na podstawie powyższych przesłanek Zamawiający wysnuł wniosek, iż „zastosowanie innej metody wykonania tuneli, niż określone w PFU spowodowało, że oferty są nieporównywalne, ponieważ nie odnoszą się do tego samego przedmiotu zamówienia, który Zamawiający określił w PFU, a tym samym oferta jest niezgodna z treścią SIWZ” i Zamawiający odrzucił ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp.

Zdaniem Odwołującego czynność Zamawiającego jest nieprawidłowa ze względu na: sprzeczność wniosków Zamawiającego ze specyfiką zamówienia „projektuj i wybuduj” i zasadami uczciwej konkurencji, gdyż:

1) niewiążący charakter SIWZ w części dotyczącej opisu metody (technologii) wykonania tuneli, która - jako metoda zasygnalizowana przez Zamawiającego - z tego też względu nie stanowiła przedmiotu zamówienia;

2) nieuwzględnienie w treści SIWZ treści wyjaśnień Zamawiającego złożonych w trybie art. 38 ust 1 PZP;

3) nieuzasadnione przyjęcie, że z przepisów PZP i wydanych na jego podstawie aktów wykonawczych wynika obowiązek złożenia oferty pozornej, której uczestnik przetargu nie zamierza wykonywać;

4) nieuzasadnione przyjęcie, iż oferta złożona przez Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, tj. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP;

5) sprzeczność z zasadami prawidłowej gospodarki finansowej, która prowadzi do naruszenia dyscypliny finansów publicznych i skutkuje narażaniem Zamawiającego na stratę o łącznej kwocie 200.000.000,00 zł.

Odnosząc się do formuły „zaprojektuj i wybuduj” wskazał, że rzecz fundamentalną dla niniejszego postępowania, tj. na fakt, iż dotyczy ona zamówienia, które realizowane jest w formule „projektuj i wybuduj”. Jest to o tyle istotne, gdyż - jak przyjmuje się w orzecznictwie - dla tego typu postępowań „wspólnym mianownikiem będzie cel, który ma zostać osiągnięty, ale już niekoniecznie metody jego osiągnięcia” (tak: wyrok WSA w Łodzi z 23 lutego 2017 roku, III SA/Łd 860/ 16). Tym samym, postępowania takie ukierunkowane są przede wszystkim na zamierzone efekty, a nie szczegółowe rozwiązania ich wykonania.

Tak też miało to miejsce w niniejszym Postępowaniu. Zamawiający w sposób jasny określił co jest przedmiotem zamówienia - tunele o określonych parametrach. Nie narzucił w sposób wiążący metody wykonania, czemu dał wyraz w odpowiedziach na pytania wykonawców. Dlatego też, uwzględniając jasny dla wszystkich wykonawców cel (budowa tuneli), stanowisko Zamawiającego o nieporównywalności ofert z uwagi na różne metody ich

wykonania, należy uznać za całkowicie chybione. Jakże ma bowiem znaczenie, czy rów zostanie wykopany łopatą, czy szuflą, skoro ostatecznie zostanie wykopany?!

Dodał, że wybranie formuły „projektuj i buduj” przez Zamawiającego wynika bowiem z: 1) braku dokładnej i całościowej wizji wykonania inwestycji objętej zamówieniem i jednoczesnej chęci optymalizacji rozwiązania; 2) oczekiwania wykorzystania wiedzy, doświadczenia i know-how przez poszczególnych wykonawców; 3) oczekiwania, że wykonawcy w większym stopniu konkurować będą wybranymi rozwiązaniami technicznymi i oryginalnością projektu. Zamawiający wybiera formułę „zaprojektuj i wybuduj”, kiedy nie jest on w stanie w sposób szczegółowy i w pełni merytoryczny opisać swojego zamówienia; Dlatego też przedstawia „jedynie” ogólną koncepcję w postaci programu funkcjonalno-użytkowego. W niniejszym przypadku oczywista była dla Odwołującego możliwość wykorzystania technologii TBM do budowy tuneli nie tylko tam, gdzie taką możliwość przewiduje Zamawiający, ale też i w innych lokalizacjach. To właśnie brak doświadczenia Zamawiającego w budowie tuneli spowodował, że zaproponował on niewiąząco, jako metodę wykonania części tunelu w technologii ścian szczelinowych. Z kolei Odwołujący, który sam wybudował już około 200 km różnych tuneli, w tym również 16 kilometrów na terenie Polski, w warunkach tej konkretnie sprawy już na pierwszy rzut oka dostrzegł możliwość zmiany sugerowanej metody wykonania tuneli. W ten sposób mógł zaproponować inne rozwiązanie, które przynosiło znaczące (200.000.000,00) złotych oszczędności.

Podkreślił, że jego zdaniem Wykonawca przy formule „zaprojektuj i wybuduj” jest odpowiedzialny nie tyle za proste wykonanie zamówienia, w całości zdefiniowanego przez zamawiającego a raczej - wykorzystując własne zdolności - za kreatywne zaproponowanie rozwiązań. Przywołał w tym zakresie wyrok KIO z 19 stycznia 2017 roku (KIO 47/17), w którym stwierdzono, że *„w sytuacji realizacji w systemie «zaprojektuj i wybuduj» zamawiający ma prawo oczekiwania indywidualnego podejścia (...) to wykonawcy składając ofertę w systemie «zaprojektuj i wybuduj» są zobligowani w zależności od posiadanego potencjału finansowego, osobowego, sprzętowego, technologicznego określić swoje możliwości wykonania zadania.*

Zamawiający w formule „zaprojektuj i wybuduj” nie kupuje zatem wykonania określonej ilości robót za określoną cenę częściową bądź ryczałtową, ale gotowe rozwiązanie. Wykonawca ma przy tym za zadanie odpowiednio dobrać materiał oraz sposób (w tym technologię) wykonania, a przede wszystkim wskazać interesujące dla Zamawiającego rozwiązania. Odwołujący dysponuje szerokim know-how w zakresie budowy tuneli, co wynika już choćby z wcześniej wskazanego faktu wybudowania 200 km tuneli.

Wskazał, że - jak wynika z treści opinii dr hab. M. L. Odwołujący jest wskazywany jako pionier, jeśli chodzi o budowę tuneli, w tym z użyciem metody TBM. Uwzględniając to, w pełni uzasadniona jest teza, że to właśnie Odwołujący (biorąc pod uwagę jego



doświadczenie), a nie Zamawiający, jest uprawniony do ostatecznego określenia, czy w danych warunkach użycie metody TBM jest uzasadnione. Tymczasem Zamawiający, ignorując powyższe uważa, że na tym etapie należy złożyć ofertę z pominięciem tego doświadczenia i niewolniczo (oraz bezzasadnie, w zakresie wydatkowania środków publicznych) wykorzystać sugerowane rozwiązania PFU.

Podał, że rozwiązania techniczne i oryginalny projekt Odwołującego stanowią o jego sile konkurencyjnej, której wyrazem jest złożona oferta. Potwierdza to jego zdaniem treść art. 90 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający, oceniając cenę zaoferowaną przez Wykonawcę, bierze pod uwagę takie czynniki jak: „oszczędności metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, koszty pracy...”. Tym samym ustawodawca daje do zrozumienia, że wykonawcy konkurują nie tylko samą ceną, ale właśnie także wybranymi rozwiązaniami technicznymi, oryginalnością projektu, co Zamawiający powinien uwzględnić i to już na etapie ofertowania, a nie wykonania zamówienia.

Podkreślił, że z treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wynika, iż zdaniem Zamawiającego, możliwość zastosowania własnych rozwiązań powstanie dopiero na etapie późniejszym. Efektem takiego stanowiska Zamawiającego jest wyłączenie konkurencji, która sprowadza się w rzeczywistości do porównania cen za konkretne rodzaje robót budowlanych. Nadto z treści uzasadnienia odrzucenia wynika, że inni wykonawcy nie dysponowali tą samą metodą (technologią) wykonania tuneli, co Odwołujący. Cena zaoferowana przez Odwołującego, będąca wypadkową koncepcji przyjętej przez Odwołującego, uwzględniającej wymagania Zamawiającego, doświadczenie i know-how Odwołującego, była efektem wolnej konkurencji w granicach prawa i SIWZ. Bezpodstawne odrzucenie oferty oparto na ograniczających konkurencję założeniach i wykładni przepisów PZP, zatem czynność Zamawiającego pozostaje nieprawidłowa.

Podnosząc argumenty wobec jego zdaniem niewiążącego charakteru postanowień PFU dotyczących technologii wykonania tuneli i naruszenie art. 38 ust. 1 Pzp podał, iż w rzeczywistości Zamawiający uznawał szereg postanowień PFU za niewiążące. Nie dotyczyło to tylko metody (technologii) wykonania tuneli, ale wielu innych aspektów i obiektów zamówienia. W opinii Odwołującego w istocie nie budzi wątpliwości niewiążący charakter PFU w zakresie metod (technologii osiągnięcia zamierzonego przez Zamawiającego celu. Okoliczność ta wynika bowiem tak z 1) treści PFU; 2) treści wyjaśnień oraz 3) treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego. Zwrócił uwagę na postanowienia Pkt. 5.4 PFU dotyczące budowy tuneli, gdzie Zamawiający posługuje się określeniami „planuje się”, „przewidziano”, które oznaczają tylko jedną z możliwości, jakie mogą zaistnieć w przyszłości.

Odwołując się do jednoznaczności pojęć, wskazać tu należy, że nielogiczna byłaby wykładnia, iż Zamawiający uznał za obowiązujące postanowienia SIWZ, co do których nie sformułował ich w sposób jednoznacznie wiążący (tak, jak to wyjaśnił w wyżej cytowanych wyjaśnieniach). Tylko bowiem jednoznacznie brzmiące określenia, a nie wskazujące na alternatywne rozwiązania, należy uznawać za wiążące.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z doktryną i orzecznictwem wszelkie wątpliwości należy rozstrzygać na rzecz Wykonawcy. Jak znajdujemy bowiem w wyroku z dnia 19 grudnia 2011 r. KIO 2584/11: *Jeżeli Zamawiający nie doprecyzował niektórych kwestii w SIWZ to wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji takiego opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym brak jest podstaw aby skutkami nieprecyzyjnego opisu sposobu opisu przedmiotu zamówienia obciążać wykonawców*.

Podniósł, że powyższe twierdzenia o niewiążącym charakterze SIWZ w zakresie metod (technologii) wykonania tuneli znajdują swoje potwierdzenie w wyjaśnieniach Zamawiającego, gdzie Zamawiający w odpowiedzi na szereg tego typu pytań podał, że *„Inwestycja jest realizowana w systemie «Projekt - budowa», a rozwiązanie podaje Wykonawca*”. Podkreślił, że nie jest przy tym tak, jak stara się tego dowodzić Zamawiający, że wskazane w PFU dane miały obowiązywać wykonawców dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty. Zdaniem Odwołującego po pierwsze, wyłączyłoby to konkurowanie rozwiązaniami, czego negatywne skutki zostały już opisane przez Odwołującego. Po drugie, określenie, że *„wszystkie zaproponowane elementy tunelu i jego wyposażenia są jedynie wstępnymi założeniami na etapie wykonywania SW i PFU* wskazuje na niewiążący charakter tych danych. Sam Zamawiający określił je jako „wstępne założenia”. Co więcej, etap wykonania PFU i SW następuje przed ogłoszeniem i wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia.

Jako przykład wskazał na pytanie nr 573, gdzie zapytano Zamawiającego: *Występują rozbieżności dotyczące długości tuneli i poszczególnych sekcji według dokumentacji: opis geotechniczny, przekroje konstrukcyjne, opis PFU, opis USW, w każdym z tych opracowań kilometrą, metoda wykonywania nie są spójne. Według, którego z tych opracowań należy przygotować ofertę?*

Odpowiedź Zamawiającego: *Wszystkie zaproponowane elementy tunelu i jego wyposażenia są jedynie wstępnymi założeniami na etapie wykonywania PFU. Powinny one zostać zweryfikowane przez Wykonawcę w trakcie wykonywania kolejnych etapów dokumentacji. Wykonawca zobowiązany jest do przygotowania koncepcji projektowej, w celu zatwierdzenia przez Inwestora, obejmującej wszystkie wymagane prawem i przepisami technicznymi urządzenia i instalacje oraz zapewnienie ich zgodności z obowiązującymi przepisami i uzyskanie wszystkich niezbędnych warunków technicznych, uzgodnień i decyzji.*

W zakresie opisu w PFU sposobu wykonania tuneli wskazał na odpowiedź na pytanie 497: „PFU opisuje technologię budowy (metoda odkrywkowa, technologia TBM *metoda górnicza*) w odniesieniu do konkretnych kilometraży wzdłuż torów kolejowych, Zwracamy się z prośbą do Zamawiającego o potwierdzenie, że wspomniane kilometraże służą tylko do celów informacyjnych, a technologia wykonania zastosowana do konkretnych kilometraży zostanie szczegółowo określona przez Wykonawcę poprzez przygotowanie projektu podczas realizacji przedmiotu zamówienia w ramach umowy. Odpowiedź Zamawiającego: *Zamawiający potwierdza powyższe.*

Tak więc, zdaniem Odwołującego Zamawiający wprost potwierdził, iż metoda (technologia) wykonania tuneli pozostawiona została do wyboru wykonawcy. Szczegółowe określenie metody wykonania może nastąpić jedynie na etapie projektu. Jednak czym innym jest szczegółowy projekt, czym innym założenia i wstępna koncepcja wykonania umowy, niezbędna do sporządzenia oferty uwzględniającej wiedzę i doświadczenie wykonawcy oraz oryginalność metody wykonania usługi. Powyższe wyjaśnienie Zamawiającego w żaden sposób nie zakazuje przyjęcia na potrzeby oferty innych założeń co do metody i technologii wykonania tuneli.

W tym zakresie stwierdził, że według jego wiedzy nie ma przeszkód technicznych dla zastosowania technologii drążenia tuneli TBM w osiach nr 17, 18, 21 i 22 - po drugie - wybór tej technologii już na etapie ofertowania jest w sposób naturalny możliwy i nie wymaga wykonania jakichkolwiek badań, analiz czy prac projektowych. Natomiast rodzaj użytego urządzenia TBM oraz inne kwestie techniczne, w tym jego dokładna średnica, rodzaj tarczy oraz określenie szczegółowej lokalizacji komór startowych i końcowej, zostaną ostatecznie określone w projekcie budowlanym wykonawczym.

Odnosząc się do zadawanych Zamawiającemu pytań i udzielanych na nie odpowiedzi podał, że w tych wyjaśnieniach Zamawiający nie wprowadza żadnych ograniczeń co do momentu, w którym wykonawca może dokonać zmiany metody (technologii) wykonania tuneli. Dodał, że wszystkie zadane pytania i uzyskane na nie odpowiedzi, ostatecznie wskazują, że treść PFU w spornym między stronami zakresie nie wiązała wykonawców. Jak wskazano bowiem, gdyby tak było, a oferenci byli zobowiązani do ich uwzględnienia przy wycenie oferty, Zamawiający powinien w sposób jednoznaczny określić rozbieżne w dokumentacji treści. Zamawiający nic takiego nie uczynił, przerzucając na wykonawców obowiązek przyjęcia pewnych założeń. Co więcej, sam wskazywał na informacyjny charakter danych.

Jedynie logiczne wyjaśnienie powyższych odpowiedzi oznacza zatem, że Wykonawca ma pełną dowolność w wyborze technologii wykonania tuneli i nie jest tu w żaden sposób związany PFU - postanowienia PFU są w tym zakresie niewiążące. Mimo tego, w ocenie Zamawiającego, oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

Nawiązując do wskazanych podstaw odrzucenia oferty podniósł, że Zamawiający wskazał, iż *„zastosowanie innej metody wykonania tuneli, niż określone w PFU spowodowało, że oferty są nieporównywalne, ponieważ nie odnoszą się do tego samego przedmiotu zamówienia”*.

Odnosząc się do powyższego podał, że - czym innym jest metoda wykonania zamówienia, czym innym jest jego przedmiot. Pojęcia te nie są w żaden sposób zamienne (tożsame). Porównywalności ofert w żaden sposób nie zagraża inna metoda wykonania przedmiotu zamówienia - usługi budowlanej. Wskazał, że w każdej sytuacji przedmiot zamówienia zostanie wykonany. Przedmiotem zamówienia nie jest „wykonanie tunelu w technologii ściany szczelinowej”, a wykonanie drugiego etapu udroźnienia węzła kolejowego w formule „projektuj i buduj”. Na co ofertę złożył Odwołujący. W związku z tym oferty pozostają porównywalne.

Podsumowując podał, iż na skutek braku wiążących postanowień PFU w zakresie metody budowy tuneli, co wynika z formuły „projektuj i buduj”, oferta nie jest sprzeczna z treścią SIWZ .

Odnosząc się do odrzucenia oferty wskazał na art. 140 ust. 1 Pzp i art. 83 kc poprzez ich niezastosowanie i przyjęcie, że wykonawca zobowiązany jest złożyć jedynie ofertę pozorną podał, że Odwołujący wnioskuje, iż w przekonaniu Zamawiającego Odwołujący winien na etapie ofertowania złożyć pozorną ofertę na realizację przedmiotu zamówienia zgodną z niewiązącymi postanowieniami PFU, nawet jeżeli ma pewność, że zamówienie wykona inaczej (inną uzasadnioną metodą). Dopiero zaś po uzyskaniu zamówienia może dokonać zmiany projektu i zaoferować wykonanie przedmiotu zamówienia w inny sposób. Takie rozumowanie, wynikające z użytej przez Zamawiającego argumentacji, jest głęboko sprzeczne z samą podstawą i elementarnymi zasadami prawa zamówień publicznych, jak również z art. 140 ust. 1 Pzp i prowadzi do narażenia Zamawiającego na ogromną i rażącą stratę, a w konsekwencji niegospodarność w zakresie wydatkowania pieniędzy publicznych (pochodzących z dofinansowania).

W tym zakresie Odwołujący podkreślił, że metoda wykonania tuneli nie jest objęta ofertą jako element, który nie jest przedmiotowo istotny. Zgodnie z art. 140 ust. 1 Pzp, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Oznacza to jednocześnie, że wykonawca winien złożyć ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodną z rzeczywiście planowanym sposobem i zakresem wykonania. W każdym innym przypadku oferta nie spełnia wymagań art. 140 ust. 1 Pzp. Przyjęcie stanowiska Zamawiającego, iż wykonawca składa ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia, który - jak zakłada z góry - rzeczywiście zamierza wykonać w inny sposób lub w innym zakresie, prowadzi do konkluzji, iż wykonawca winien dokonać czynności pozornej złożenia oferty, której i tak nie zamierza ostatecznie zrealizować, a to jedynie dla przykrycia

innej czynności złożenia innej, realnej oferty. W takim jednak przypadku, zgodnie z przytoczonym powyżej przepisem, dokonaną przez Wykonawcę czynność (ofertę) należy oceniać jako pozorną, przykrywającą jedynie inną -realną, a przez to nieważną. Zatem wszystkie oferty wykonawców, rzeczywiście planujących wykonanie zamówienia w inny sposób niż zapisano w PFU, a składających ofertę jedynie po to, by wykazać zgodność z zamysłem Zamawiającego (bez zmian - w tym technologii - na etapie oferty), winny zostać odrzucone. Należy je bowiem uznać za nieważne i w rzeczywistości również naruszające PFU, skoro wykonanie zamówienia i tak w ostateczności nastąpić ma w inny sposób.

Z uwagi na te skutki, tj. możliwe uznanie oferty za pozorną, uznać należy, że każdy rozsądny Wykonawca złoży ofertę w kształcie, w jakim zamierza ją realizować. Tak jak uczynił to Odwołujący. Odstąpienie od treści oferty zgodnej z zawartą umową, w realnym kształcie jak ma być ona realizowana, powinno być wyjątkiem, a nie regułą, jak zakłada to Zamawiający.

Winę za powyższy stan rzeczy wynikający z takiego opisu PFU ponosić musi Zamawiający, który poprzez swoje działania dopuścił hipotetycznie taką możliwość (złożenia pozornej oferty). Nie mówiąc już o tym, że w istocie Zamawiający właśnie złożenia ofert pozornych, a więc czynności sprzecznej z prawem i z mocy prawa nieważnej - wymaga. Wskazać przy tym trzeba na doniosłe i negatywne konsekwencje stanowiska Zamawiającego. Otóż Zamawiający nie oczekuje dokonania przez Wykonawców czynności pozornych, jedynym logicznym sposobem pozwalającym na uniknięcie problemu pozorności jest przyjęcie, że na obecnym etapie, (w celu zapewnienia konkurencyjności i w związku z brakiem związania PFU), Odwołujący mógł założyć wykonanie tuneli inną metodą. Natomiast na etapie wykonywania zamówienia, zostaną doprecyzowane „jedynie” szczegóły metody (technologii) wykonania tuneli. Innymi słowy, na etapie składania ofert Odwołujący mógł założyć pewne rozwiązania, które będą później uszczegółowione.

Ponownie zwrócił uwagę na wyjaśnienia zawarte w odpowiedzi na pytanie 720, które niewątpliwie dotyczyło danych niezbędnych do przygotowania oferty, na co wskazuje sama jego treść (*„w celu przygotowania tańszej oferty*). Zamawiający odpowiedział, że *„ostateczna decyzja należy do wykonawcy jednocześnie wskazując, że „technologie wykonania tuneli określa PFU”*. PFU określa wiele metod (technologii) wykonania, z których jedną jest TBM. Zamawiający, wiedząc że pytanie dotyczy etapu ofertowania, nie wprowadził przy tym żadnych ograniczeń (wytycznych), co do momentu, w którym można (należy) przyjąć rozwiązania odnoszące się do technologii wykonania (jak w np. w pytaniu 96).

Podniósł, że metoda (technologia) wykonania robót nie jest elementem przedmiotowo istotnym. Przedmiotowo istotnymi elementami zamówienia jest w zakresie materialnego desygnatu jego przedmiot - czyli zakres wykonanych prac. Ułożone tory. Wybudowane perony. Wydrążony tunel. Sygnalizacja ruchu. Nie jest nim natomiast użyta do wykopów

koparka. Nie jest nim model urządzenia do kładzenia torów i nie jest nim metoda drążenia tuneli. Oczywiście, dotyczy to tego zamówienia - w formule „projektuj i buduj”.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego (Dz.U. z 2004 r., Nr 202, poz. 2072 z późn. zm) podał, że adresatem Rozporządzenia jest Zamawiający, który ma obowiązek wykonania PFU zgodnie z Rozporządzeniem. Nie jest nim natomiast Odwołujący. Nadto zarówno art. 31 Pzp, jak i Rozporządzenie nie przewidują możliwości ustalenia wymagań technologicznych. W sytuacji, w której zamówienie realizowane jest w formule „buduj” (wg projektu), szczegóły technologii wynikają z wyboru projektanta i projektu. Powołał się w tym zakresie na opinię UZP, z której wynika, że *” program funkcjonalno-użytkowy zawiera jedynie ogólne wytyczne dotyczące robót budowlanych oraz zakładane funkcjonalności obiektu, jakie zamawiający chciałby uzyskać. Szczegółowe rozwiązania techniczno-materiałowe, w zgodności z odrębnymi przepisami i normami, powinny pozostać w gestii wykonawcy (przy czym zapewnieniu odpowiedniego stopnia kontroli ze strony zamawiającego) i znaleźć odzwierciedlenie w projekcie budowlanym, określającym dokładne parametry techniczne obiektu”*

Tym samym zdaniem Odwołującego zadaniem Zamawiającego nie jest określenie technologii wykonania elementów zamówienia, jest to zadanie Wykonawcy. Dodał, że PFU służy do *„przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty”* nie wynika jeszcze, że oferta w formule „projektuj i buduj” ma być zgodna z niewiązującymi założeniami PFU. W szczególności nie oznacza to, że oferta musi być zgodna z każdym szczegółem opisanym w PFU.

Wskazując w kolejnym zarzucie naruszenia przez Zamawiającego naruszenia przepisu art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp podniósł, że niedwuznacznie z treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wynika, że w ocenie Zamawiającego oferta Odwołującego jest nieporównywalna do innych ofert. Natomiast większość wyjaśnień Zamawiającego, ograniczyła się do sformułowania wskazującego na formułę „zaprojektuj i buduj” i stwierdzenia, że *„rozwiązanie podaje Wykonawca”*, co jasno wskazuje, że założenia można zmieniać. Oznacza to, że Zamawiający przewiduje, iż część założeń można zmienić od razu. Doświadczenie życiowe wskazuje, że zawsze znajdzie się choćby jeden wykonawca, który przyjmie inne założenia, niż pozostali, gdy ma dowolność ich poczynienia. Jednak wówczas, zgodnie z logiką Zamawiającego, oferty pozostaną nieporównywalne. Wykonawcy mają możliwość dowolnego wykonania ogromnej części zamówienia. Jeżeli jeden w wykonawców przyjmie, że wykop wykona spychaczem, drugi, że zrobi to koparką, a trzeci, że zatrudni stu czy dwustu ludzi do kopania zwykłymi łopatami - to czy oferty będą nieporównywalne? Czy

jeżeli jeden z wykonawców będzie używał dźwigu samojezdnego, drugi helikoptera, a trzeci siły ludzkich mięśni do montażu elementów to ich oferty będą nieporównywalne? Bez głębszej analizy nasuwa się wniosek, że będą jak najbardziej porównywalne. A co będzie, jeżeli zgodnie z wyjaśnieniem 673 wykonawcy przyjmą inne ilości szybów odwadniających. Czyżby oferty pozostały nieporównywalne? Będą jak najbardziej porównywalne - we wszystkich tych przypadkach bowiem Zamawiający ostatecznie otrzyma ten sam produkt - udrożniony węzeł kolejowy, który ma poprawnie funkcjonować zgodnie z wymogami PFU i na to funkcjonowanie nie ma wpływu poprawnie założona i zaprojektowana ilość szybów, tak samo jak nie ma wpływu kształt przekroju i metoda wykonania tunelu.

Nadto z ostrożności podał, że jeżeli choćby teoretycznie przyjąć, iż postanowienia dotyczące wykonania tuneli były wiążącymi, ku czemu brak podstaw i ich zmiana możliwa byłaby jedynie na etapie projektu, do czego również brak podstaw, to również i w tej sytuacji nie można uznać dokonanej przez Odwołującego zmiany technologii wykonania tunelu za sprzeczną z SIWZ. Wbrew bowiem niewyrażonym wprost założeniom Odwołującego, proces projektowania nie zaczyna się po podpisaniu umowy. Skoro bowiem PFU nie opisuje wielu parametrów zamówienia, już na etapie przed przygotowaniem oferty dochodzi do rozpoczęcia prac projektowych. Na tej podstawie jedynie możliwe jest przygotowanie oferty.

Wskazał także, że takie postępowanie Zamawiającego stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych i działanie na szkodę Skarbu Państwa, gdyż Zamawiający zobowiązany jest do przestrzegania dyscypliny finansów publicznych oraz zasad wydatkowania środków publicznych określonych w ustawie o finansach publicznych. Natomiast odrzucenie oferty, która oferuje wykonanie zamówienia za kwotę ponad 200 ml złotych niższą powoduje nieuzasadniony wydatek Zamawiającego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego oraz oddalenie wniosków dowodowych w postaci zeznań świadków jako nieprzydatnych do stwierdzenia okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia i zmierzających jedynie do wydłużenia postępowania.

Podał, że podstawą odrzucenia oferty było stwierdzenie jej niezgodności z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a w szczególności z postanowieniami programu funkcjonalno – użytkowego (PFU), to stanowiło podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wskazał, że dokument PFU określa zakres przedmiotowy przyszłej umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, a błędy w programie funkcjonalno- użytkowym mogą stanowić podstawę do składania roszczeń. Zgodnie bowiem z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, zakres świadczenia wykonawcy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, która to oferta została przygotowana w oparciu o program funkcjonalno - użytkowy stanowiący element treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W związku z powyższym, wykonawca realizujący roboty budowlane będzie zobowiązany do wykonania tylko i wyłącznie takiego zakresu, który został opisany w programie funkcjonalno - użytkowym, a ewentualne roboty, które nie mieszczą się w tym opisie, mogą stanowić podstawę do udzielenia zamówienia dodatkowego bądź zmiany postanowień umowy.

Podał, że Postanowienia §§ 16 i 17 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, zawierają wytyczne w zakresie elementów niezbędnych, które winny znaleźć się w programie funkcjonalno - użytkowym, przy czym z punktu widzenia zamawiającego i wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, najistotniejsze informacje dot. programu funkcjonalno - użytkowego znajdują się w § 18, który stanowi bezpośrednie nawiązanie do art. 31 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez uszczegółowienie, co musi zawierać część opisowa programu funkcjonalno - użytkowego, a więc część, która de facto stanowi opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu. Wskazane w § 18 elementy części opisowej, zostały uznane przez prawodawcę za wystarczające do właściwego określenia przedmiotu zamówienia tj. w sposób umożliwiający wykonawcom przygotowanie oferty uwzględniającej oczekiwania zamawiającego. Dodał, że w zakresie części opisowej ma zastosowanie również ogólna zasada wynikająca z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, z której wynika, że przedmiot zamówienia 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 oraz, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający, stosując się do wskazanych powyżej przepisów prawa, przygotował Opis Przedmiotu Zamówienia, w którym wskazał, na pewne technologie wykonania określonych robót budowlanych. Z treści wyjaśnień Odwołującego, składanych w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wprost wynikało, że Wykonawca ten nie zamierza zastosować się do wytycznych Zamawiającego, lecz zastosować odmienną technologię.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów podał, że Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniami Odwołującego, że formuła zamówienia tj. „Projektuj i buduj” oraz odpowiedzi Zamawiającego udzielane w toku postępowania o udzielenie zamówienia dopuszczają możliwość przyjęcia innych niż wskazane w PFU rozwiązań do przygotowania ofert.

Przyjęte w PFU metody drążenia tuneli miały swoje uzasadnienie technologiczne w oparciu o wykonane badania geologiczno-inżynierskie i hydrologiczne, specyfikę terenu (ścista zabudowa - metoda drążenia za pomocą tarczy TBM, tereny zielone i ogródków działkowych - metoda ścian szczelinowych i m. górnicza). Natomiast w razie braku określenia metody, każdy z Wykonawców mógłby złożyć odwołanie w zakresie braku



jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, co uniemożliwia przygotowanie oferty, a ponadto wskazanie odmiennej metody niż podane w PFU i przyjęcie takiej oferty może doprowadzić do sytuacji, w której wykonanie tunelu taką metodą będzie niemożliwe.

Zwrócił uwagę, że zaproponowana przez Odwołującego zmiana technologii wykonania tuneli już na etapie ofertowania może doprowadzić do sytuacji, że zamiast oszczędności, które wskazuje Odwołujący przy akceptacji jego metody drążenia tuneli, Zamawiający poniesie znacznie wyższe koszty niż np. cena drugiej na liście rankingowej oferty. Przyjęcie oferowanej technologii bez wykonania dodatkowych badań gruntu może ona spowodować sytuację iż wykonanie tuneli w technologii podanej przez Odwołującego będzie niemożliwe i trzeba będzie wykonać tunele w technologii podanej w PFU, a to de facto może doprowadzić do kosztu wykonania wyższego niż druga w kolejności oferta.

Odnosząc się do kwestii pytań i odpowiedzi składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający wskazał, że Odwołujący w sposób wybiórczy przedstawia stan faktyczny w tym zakresie. Odwołujący całkowicie pomija fakt, że w odpowiedzi na pytania nr 611 i 612, Zamawiający wprost wskazał, że zmiana technologii drążenia tuneli będzie możliwa dopiero na etapie realizacji zamówienia, jeżeli warunki terenowo - gruntowe będą to umożliwiały. Powyższe jednoznacznie wskazuje na to, że oferta winna uwzględniać rozwiązania podane przez Zamawiającego, gdyż może okazać się, że drążenie tuneli inną metodą nie będzie możliwe. Można wyobrazić sobie sytuację, w której Odwołujący po stwierdzeniu, że jednak warunki nie pozwalają na wykonanie tunelu wskazaną przez siebie w ofercie metodą złoży oświadczenie o cofnięciu swojego oświadczenia o zawarciu umowy z powodu wprowadzenia w błąd przez Zamawiającego, co do możliwości wykonania tuneli określoną metodą.

Reasumując, powyższe podkreślił, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający absolutnie nie dopuścił zastosowania odmiennych niż określone w PFU metod drążenia tuneli, a jedynie potwierdził, że na etapie realizacji zamówienia, jeżeli warunki gruntowe na to pozwolą, Wykonawca będzie mógł zmienić metodę drążenia.

Oдноśnie pozorności oferty, wskazać należy na błąd logiczny tego zarzutu, a tym samym jego całkowitą bezzasadność. Jeżeli bowiem Wykonawca nie planuje w ogóle wykonywać drążenia tuneli metodami wskazanymi w PFU, tylko wskazaną przez siebie w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i powołuje się przy tym na to, że zakres świadczenia - zgodnie z art. 140 ustawy Pzp - musi być zgodny ze zobowiązaniem zawartym w ofercie, to w sytuacji, gdy nie będzie mógł - z przyczyn technicznych, gruntowych - zastosować wskazanej przez siebie metody, nie będzie mógł też zastosować innej metody, gdyż będzie to niezgodne z jego zobowiązaniem.

Odnosząc się natomiast do przedstawionych opinii, Zamawiający wskazuje, że oświadczenia tam zawarte można traktować jedynie jako oświadczenie strony, bez

nadawania im mocy dowodowej. Dodatkowo podnieść należy, że oświadczeń tych nie można traktować jako wiarygodnych.

Odnosząc się do opinii p. dr hab. Inż. M. L., w akapicie 3 wskazano: *..Stwierdzam, że trasa tunelu na wszystkich odcinkach poprowadzona jest na głębokości bezpiecznej C...1.Odpowiednie obliczenia uszczegółowią tę opinię na etapie projektu budowlanego i wykonawczego, ponieważ w omawianym projekcie zachowane zostały wszystkie wytyczne dotyczące głębokości przebiegu trasy tunelu w stosunku do jego średnicy, opisane w podręcznikach.* Podkreślenia wymaga fakt, że autor w tym miejscu swojej opinii zakłada jednak wykonanie obliczeń i badań uszczegóławiających „tę opinię”, czyli wybraną metodę drążenia i sposób prowadzenia tunelu.

Podkreślił, że według przywołanych opracowań wszystkie prace projektowe i obliczeniowe związane z wykonywaniem robót tunelowych mają za zadanie zapewnić bezpieczeństwo prowadzenia robót, poprzez m.in. uwzględnienie specyfikacji zagrożeń i ocen ryzyka i są niezbędne, aby wyeliminować lub maksymalnie ograniczyć niebezpieczeństwo. W związku z powyższym, wbrew twierdzeniom Odwołującego istnieją obiektywne czynniki uniemożliwiające wykonanie drążenia tunelu określoną metodą.

Podobne zastrzeżenia wniósł również w odniesieniu do opinii dr inż. K. W., stwierdzając, że aby uzyskać ostateczną odpowiedź na pytania jaką technologią jest możliwe wykonanie tuneli objętych tym zamówieniem to należy przeprowadzić odpowiednie badania hydrologiczne i geologiczno – inżynierskie.

Podkreślił, że podane w PFU metody drążenia tuneli w danym kilometrażu miały swoje uzasadnienie w przygotowanym Studium Wykonalności. Metody przyjęte przez Zamawiającego były właściwe, a wykonanie robot metodą określoną przez Odwołującego może być niewykonalne, co oznacza, że oferta ta nie tylko z przyczyn formalnych, ale również materialnych jest niezgodna z treścią SIWZ.

Odnosząc się do przedłożonych wraz z odwołaniem wniosków dowodowych podał, że jego zdaniem nie mają żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Natomiast Zamawiający na etapie pytań i odpowiedzi wskazał jednoznacznie, że zmiana metody drążenia tuneli będzie możliwa, ale tylko i wyłącznie, gdy warunki geotechniczne na to pozwolą; na obecnym etapie żaden z Wykonawców nie ma wiedzy, czy możliwa będzie zmiana metody drążenia tuneli.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy Konsorcjum: A. S.p.A., T. S.A., (...), oraz Konsorcjum: E.-S. Spółka Akcyjna, P. B. D. i M. Sp. z o. o., (...), którzy w złożonych pismach procesowych jak i stanowiskach prezentowanych na rozprawie poparli stanowisko Zamawiającego zarówno co do zasadności wnioskowania o oddalenie odwołania jak i wnioskowanych dowodów. Treść złożonych pism procesowych w

znacznym zakresie stanowi odzwierciedlenie stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie na rozprawie, uwzględniając dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępujących wyrażone na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

**Odwołanie nie jest zasadne i zostaje oddalone.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła nadto, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust.1 Pzp.

Na wstępie wskazać należy także, iż część treści odwołania objętego tajemnicą przedsiębiorstwa jak i stanowisk Zamawiającego i Przystępujących w tym zakresie, została przez Izbę pominięta w prezentowanym stanie faktycznym, gdyż na etapie posiedzenia Odwołujący oświadczył, że *zdejmuje klauzulę tajemnicy przedsiębiorstwa z całego odwołania łącznie z załącznikami*. Nie była ona również przedmiotem oceny Izby.

Przedmiotowe postępowanie jest prowadzone w formule "zaprojektuj i wybuduj". Niewątpliwym jest zdaniem Izby, że szereg kwestii spornych, które wystąpiły w tym postępowaniu wynika właśnie z przyjęcia takiej formuły wykonania zamówienia. Przyjęta w tym postępowaniu formuła „projektuj i buduj” bardziej sprawdza się w wykonywaniu robót typowych, jak budowa dróg, budynków, boisk piłkarskich itd.

W okolicznościach, gdy przedmiotem postępowania jest zaprojektowanie oraz wykonanie robót budowlanych w formule „projektu i buduj” zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno - użytkowego, obejmującego opis zadania budowlanego, który stanowi przedmiot zamówienia (art. 31 ust. 2 i 3 Pzp). W PFU inwestor wyznacza zakres dopuszczalnych rozwiązań projektowych czy technicznych, a także precyzuje swoje oczekiwania dotyczące przeznaczenia prowadzonych robót oraz wymogi, jakie nowy obiekt będzie musiał spełniać – techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. Jakość sporządzonego przez Zamawiającego programu PFU jest jednym z głównych czynników decydujących o powodzeniu kontraktu. Jest oczywiste, że PFU w zamówieniach realizowanych w tej formule stanowi opis przedmiotu zamówienia o którym mowa w przepisie art. 29 ust.1 Pzp. Zamawiający przygotowuje dokument PFU w którym opisuje przedmiot zamówienia oraz koncepcje planowanej inwestycji, a także jeżeli uznaje za słuszne to także sposób jego wykonania.

Wskazać należy, że to zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia, którego celem jest realizacja uzasadnionych jego potrzeb. Wykonawca nie może narzucać Zamawiającemu, jakie wymagania winien postawić co do przedmiotu zamówienia i technologii jego wykonania.

To czy wskazana w PFU technologia wykonania zamówienia jest np. droższa od innych dostępnych na rynku, czy też zamówienie można zrealizować w inny sposób i innej formule niż oczekuje tego Zamawiający nie może być przedmiotem oceny przez KIO, chyba, że dokonany opis narusza przepis art. 29 Pzp. Powyższe kwestie podlegają ewentualnej ocenie podmiotów sprawujących funkcje nadzorcze nad zamawiającym.

Nie jest zasadne stanowisko Odwołującego, iż ustalenie realizacji zamówienia w formule „zaprojektuj i wybuduj”, ogranicza zamawiającego w możliwości ustalenia sposobu realizacji zamówienia, gdyż według Odwołującego o tych kwestiach winien samodzielnie decydować tylko wykonawca. Zamawiający sporządzając PFU winien dokonać opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami, mając na względzie przepis art. 29 Pzp. Oznacza to obowiązek opracowania przez zamawiającego szczegółowych wymagań dla wykonawcy, aby mógł na ich podstawie samodzielnie, biorąc za to odpowiedzialność, zaprojektować i wybudować objęty zamówieniem obiekt budowlany. Jednakże zamawiający w PFU nie powinien narzucać wykonawcy gotowych i ostatecznych rozwiązań projektowych, gdyż tym samym brałby odpowiedzialność za dotrzymanie zobowiązań umownych wykonawcy.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowego postępowania wskazać należy, iż Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w stopniu umożliwiającym wykonawcom sporządzenia wyceny przyjętej koncepcji projektowej niezbędnej dla złożenia oferty. Niewątpliwym jest, zdaniem Izby, że w odpowiedziach Zamawiającego na zadane około 850 pytań wykonawców występują odpowiedzi, które niekiedy zawierają na pozór sprzeczne informacje na co zwracał w treści odwołania Odwołujący.

W oparciu o przebieg rozprawy Izba uznała, że sama okoliczność stanowiąca podstawę odrzucenia oferty jest między stronami bezsporna, istotą sprawy i kwestią sporną, pomimo wielości zarzutów stawianych w odwołaniu, jest kwestia, czy w postępowaniu, którego przedmiotem jest wykonanie inwestycji w formule „Projektuj i Buduj”, wykonawcy mogli już na etapie składania ofert, przyjęc do kalkulacji swojej oferty inne rozwiązania w zakresie wykonywania robót budowlanych, niż określił to Zamawiający w Programie Funkcjonalno – Użytkowym. Czy też taka możliwość występowała dopiero na etapie realizacji zamówienia oraz po wykonaniu odpowiednich badań geologicznych i hydrologicznych.

Dlatego też biorąc pod uwagę zbieżną argumentację Odwołującego w zakresie większości podniesionych zarzutów, Izba uznała za zasadne dokonanie łącznej oceny

podniesionych zarzutów tj. naruszenia: (1) art. 7 ust 1 Pzp w zw. z art 90 Pzp ust 1 pkt 1 Pzp, (2) art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz (3) art. 31 ust. 2 i ust. 3 Pzp w zw. z § 15 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego.

Na wstępie wskazać należy na treść niektórych postanowień dokumentacji postępowania, składającej się z IV tomów. W Tomie I będącym instrukcją dla wykonawców Zamawiający opisując przedmiot zamówienia podał w pkt 2 IDW pkt 2.1 , że *„Przedmiotem niniejszego Zamówienia jest wybudowanie nowej linii kolejowej w podziemnym tunelu średnicowym pomiędzy dworcami Ł. (...), Ł. (...) oraz Ł. (...). Zakres projektu obejmuje również budowę dwóch punktów obsługi podróżnych w rejonie skrzyżowania ulic (...), oraz w rejonie skrzyżowania ulic (...). Tunele szlakowe zostaną wykonane metodą tarczy zmechanizowanej (tunel dwutorowy) oraz metodą odkrywkową i górniczą (tunele jednotorowe)„.*

W Tomie III zawierającym PFU Zamawiający ustalił w pkt 5.4 technologie wykonania tuneli: *„W zakresie obiektów inżynierskich zadanie obejmuje: Budowę tunelu wzdłuż osi 23 tunel liniowy przewiduje się wykonać metodą tarczową - w technologii TBM. Na początku oraz na końcu osi 23 zakłada się budowę komory startowej i demontażowej maszyny drążącej tunel w technologii ścian szczelinowych. Wzdłuż osi 23 przewidziano lokalizację dwóch przystanków osobowych: Ł. (...) i Ł. (...), których obudowa wykonana zostanie w technologii ścian szczelinowych. Wzdłuż osi 21,22,18 i 17 planuje się wykonanie tuneli w technologii ścian szczelinowych z krótkimi odcinkami wykonywanymi metodą górniczą. Wzdłuż projektowanych osi przewidziano wykonanie szybów wentylacyjnych, szybów odwodnieniowych oraz wyjść ewakuacyjnych, których wykonanie przewidziano w technologii ścian szczelinowych“.*

Z powyższego jednoznacznie wynika, że Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał technologie wykonania tuneli podając w sposób precyzyjny kilometrą w jakim dana technologia winna być zastosowana.

Taki wymóg Zamawiający uzasadniał tym, że metody drążenia tuneli w danym kilometrą miały swoje oparcie w przygotowanym Studium Wykonalności, z którego jednoznacznie wynikało, że założenie na tym etapie innych możliwości, bez wykonania badań szczegółowych, mogło doprowadzić do sytuacji, że drążenia tuneli inną metodą nie będzie możliwe lub obarczone byłoby obarczone bardzo dużym ryzykiem jego niewykonania. Zamawiający oceniając możliwości wykonania tuneli określoną metodą, wskazaną w PFU podał, że *„przyjęte w PFU metody drążenia tuneli miały swoje uzasadnienie technologiczne w oparciu o wykonane badania geologiczno-inżynierskie i hydrologiczne, specyfikę terenu*

*(ściśła zabudowa - metoda drążenia za pomocą tarczy TBM, tereny zielone i ogródków działkowych - metoda ścian szczelinowych i m. górnicza)".*

Nie wytrzyma również daniem Izby argumentacja Odwołującego, iż Zamawiający w odpowiedzi na szereg pytań nie przesądził, iż na etapie ofertowania przyjęta przez niego technologia wykonania tuneli jest obowiązkowa, a zmiana technologii będzie możliwa dopiero na etapie realizacji zamówienia. Jak przykład wskazać należy chociażby na stanowisko wynikające z odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego na pytanie o nr 497, cyt. „PFU opisuje technologię budowy (metoda odkrywkowa, technologia TBM metoda górnicza) w odniesieniu do konkretnych kilometrów wzdłuż torów kolejowych, Zwracamy się z prośbą do Zamawiającego o potwierdzenie, że wspomniane kilometraży służą tylko do celów informacyjnych, a technologia wykonania zastosowana do konkretnych kilometrów zostanie szczegółowo określona przez Wykonawcę poprzez przygotowanie projektu podczas realizacji przedmiotu zamówienia w ramach umowy.

**Odpowiedź Zamawiającego:** Zamawiający potwierdza powyższe.

Z powyższego Odwołujący wywodził, iż metoda (technologia) wykonania tuneli pozostawiona została do wyboru wykonawcy. Natomiast Izba uznaje, że z powyższego wynika, iż Zamawiającego jednoznacznie potwierdził, że w PFU zostały wskazane trzy metody wykonania tuneli, mające być wykonane w określonych w PFU kilometrów lub opisach stacji, a zmiana przyjętej technologii na danym odcinku będzie możliwa dopiero na etapie realizacji zamówienia. Podobna treść stanowiska Zamawiającego wynika z odpowiedzi na pytania nr 611 i 612, gdzie Zamawiający wprost wskazał, że zmiana technologii drążenia tuneli będzie możliwa dopiero na etapie realizacji zamówienia, jeżeli warunki terenowo - gruntowe będą to umożliwiały.

Za niezasadne należało uznać stanowisko Odwołującego, który wywodzi, że jeśli Zamawiający określonego postępowania wykonawcy nie zakazuje lub nakazuje przy użyciu odpowiednich zwrotów to wykonawca ma zupełną dowolność w sposobie realizacji zamówienia. Izba wskazuje, że SIWZ co do zasady nie zawiera zbioru nakazów czy zakazów kierowanych przez Zamawiającego do wykonawców. Nie można przyjmować, że jeśli Zamawiający nie użyje przy opisie przedmiotu zamówienia zwrotów np. „wykonawca jest bezwzględnie zobowiązany, wykonawca musi, wykonawcy nie wolno, zabrania się wykonawcy, itp.”, to tylko wtedy wykonawca jest zobowiązany zastosować się do stanowiska zamawiającego, a w innym przypadku ma zupełną dowolność w postępowaniu przy realizacji zamówienia. W SIWZ zamawiający podaje opis swoich oczekiwań wobec wykonawców, które winny zostać podjęte, dla prawidłowego wykonania zamówienia.

Odniesienia Izby wymaga także kwestia wpływu treści wyjaśnień Zamawiającego podanych w odpowiedzi na pytania wykonawców na treść postanowień SIWZ. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 18 grudnia 2002 roku sygn. akt V Ca 1311/02 wskazać

należy, że „wyjaśnienia udzielane wszystkim oferentom w trybie odpowiedzi na pytania każdego z nich, w zakresie odnoszącym się do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej Zamawiającego i uczestników przetargu”. Tym samym niewątpliwym jest, że wykonawcy składający ofertę winni brać pod uwagę treść wyjaśnień Zamawiającego. Taką zasadę przyjął także w tym postępowaniu Zamawiający, który w § 1 warunków umowy, ustalił, że ocena spełniania poprawności zaoferowanych rozwiązań będzie odczytywana oraz interpretowana, przy uwzględnieniu treści SIWZ i udzielonych odpowiedzi na pytania wykonawców.

Problematyka wyjaśniania i zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia została uregulowana w art. 38 Pzp. Przepis art. 38 Pzp. wyraźnie rozróżnia wyjaśnienia do SIWZ od zmiany treści SIWZ. Wyjaśnianie i zmiana treści SIWZ co do zasady są czynnościami o odmiennym celu i znaczeniu. Wskazać należy, że wyjaśnienia treści SIWZ należy traktować jako uszczegółowienie, ewentualnie doprecyzowanie opisu zawartego w SIWZ. Wyjaśnienie treści SIWZ bez jego zmiany nie może stanowić podstawy wprowadzenia przez wykonawcę innego wymagania, czy przyzwolenia niż wprost zawarte w treści SIWZ (por wyroki KIO z dnia 2 czerwca 2010 r. KIO 917/10; wyrok z dnia 6 maja 2011 r., KIO 836/11).

W przedmiotowym stanie tego postępowania Zamawiający odpowiedział na około 850 pytań wykonawców, jednakże nie została wykazana łącznie chociażby jedna odpowiedź Zamawiającego, z której wynikałaby zgoda, aby wykonawca na obecnym etapie postępowania przyjął do wyceny oferty inną metodę wykonania tuneli niż ta wskazana w PFU. Niewątpliwym jest, że w tym postępowaniu Zamawiający w PFU, w zakresie wielu obiektów wchodzących w skład tego zamówienia, nie określił technologii ich wykonania, wskazując tylko odpowiednie wymagania w tym zakresie np. mostu nad rzeką B. Natomiast Zamawiający jednoznacznie zarówno w PFU jak i w odpowiedziach na pytania stwierdził, że dopuścił możliwość zmiany technologii wykonania tuneli, jeśli warunki terenowo gruntowe, ustalone na etapie realizacji zamówienia na to pozwolą.

Powyższe stanowisko Zamawiającego potwierdza także postanowienie pkt. 5.4. PFU, gdzie wskazano, że (...) *W przypadku odmiennych uwarunkowań wykonania przedmiotu zamówienia niż wynikające z opisu stanu istniejącego PFU i dokumentów wiążących, jeżeli będą one miały wpływ na: wysokość Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, sposób wykonania zamówienia, urządzenia, materiały i technologię Robót, zakres rzeczowy zamówienia, zakres Etapu lub Etapów, zastosowanie znajdują postanowienia Umowy, w szczególności § 5 Aktu Umowy.*

Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że Zamawiający dopuścił zmianę technologii wykonania tuneli, ale pod dwoma warunkami, po pierwsze, że wykonawca

wykaże w oparciu o przeprowadzone badania geologiczne i hydrologiczne gruntu - do których jest zobowiązany między innymi przez postanowienie PFU pkt 5.4 ppkt.4, że taka zmiana jest możliwa, a ponadto uzyska w tym zakresie zgodę Zamawiającego w postaci zmiany umowy(aneksu). Tym samym że wykonawcy nie mieli możliwości, na etapie ofertowania, dokonywanie zmian technologii wykonania tuneli w kilometrażach określonych w PFU.

Powyższe postanowienie jednoznacznie wskazuje, że wykonawca nie mógł na etapie ofertowania zmieniać technologii wykonania tuneli we wskazanym kilometrażu.

Izba uznała, że Odwołujący zaferował zastosować technologię, co do której na etapie ofertowania nie ma wystarczającej wiedzy, iż jej zastosowanie będzie możliwe. W myśl PFU każdy z wykonawców, budując swoją ofertę, musiał oprzeć się na postanowieniach PFU, a nie na przyjmowaniu własnych założeń, co do technologii wykonania. Z postanowienia pkt 1.1 RCO, jednoznacznie wynika konieczność wyceny składanych ofert, w oparciu o technologie określone w PFU.

Niezasadnym jest również stanowisko Odwołującego prezentowane na rozprawie, gdzie Odwołujący wskazywał, że w złożonej ofercie nie przesądził technologii wykonania tuneli, gdyż założył tak jak Zamawiający różne technologie ich wykonania. Izba takie stanowisko uznaje za niezasadne, gdyż zarówno w dokonanej wycenie oferty, jak i z wyjaśnień Odwołującego jednoznacznie wynikało, iż technologie podane w określonym kilometrażu w PFU różnią się od wykazu podanego w wyjaśnieniach ceny ofertowej.

Zmiana technologii wykonania tuneli przez Odwołującego jednoznacznie wynika także z treści wyjaśnień Odwołującego złożonych Zamawiającemu w piśmie z dnia 14 lipca 2017 roku. Wystarczy zwykle porównanie metod wykonania tuneli w kilometrażach podany w PFU z wykazem podanym w ww. piśmie, aby stwierdzić, iż zakładana przez Odwołującego technologia wykonania metodą TBM jest zastosowana w dużo większym zakresie niż to ustalił Zamawiający w PFU.

Również za niezasadny Izba uznała zarzut co do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art 140 ust 1 PZP i art. 83 kc poprzez ich niezastosowanie i przyjęcie, że wykonawca zobowiązany był złożyć jedynie ofertę pozorną nieodpowiadająca rzeczywistej technologii wykonania tuneli. Niewątpliwym jest, że Zamawiający ustalił jednoznacznie w PFU technologię wykonania tuneli. Natomiast Odwołujący dokonując wybiórczej oceny treści odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców przyjął odmienną strategię realizacji zamówienia, wywodząc z tego faktu pozorność oferty.

Odnosząc się do wniosków dowodowych zgłoszonych przez Odwołującego Izba oddaliła wnioski o przesłuchanie świadków wskazanych w odwołaniu oraz powołania dowodu z opinii biegłego. Izba uznała, że wnioskowanie w tym zakresie miało na celu obejście jasnych postanowień SIWZ co do konieczności dokonania kalkulacji ceny oferty w oparciu o



wymagania PFU, tj. dotyczące przyjęcia do obliczenia ceny ofertowej technologii drążenia tuneli w podanym w PFU kilometrażu. KIO powołuje biegłego, kiedy potrzebuje wiadomości specjalnych by wyjaśnić okoliczności mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Natomiast w tej sytuacji zgłoszone zostały wnioski dowodowe Izba uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania. Ponadto miałyby one służyć wykazaniu możliwości realizacji innych metod wykonania tuneli, ponad jasno ustaloną dla tego etapu postępowania treść postanowień PFU-SIWZ.

Również złożone dowody w postaci oświadczeń czy opinii nie miały wpływu na treść orzeczenia Izby, gdyż wynikało z nich założenie, że jest ewentualnie możliwe wykonanie tuneli w technologii TBM także w innym kilometrażu niż to Zamawiający wskazał w PFU, czego nigdzie Zamawiający nie kwestionował, a tylko obwarował je potrzebą wykonania dodatkowych badań geologicznych. Z analizy przedłożonych opinii wynikały przypuszczenia o możliwości innego wykonania tuneli niż to wskazane zostało w PFU. Przykładowo w opinii dr inż. K. W., podano, że *aby uzyskać ostateczną odpowiedź na pytania jaką technologią jest możliwe wykonanie tuneli objętych tym zamówieniem to należy przeprowadzić odpowiednie badania hydrologiczne i geologiczno – inżynierskie.*

W tym stanie faktycznym odrzucenie odwołania było uzasadnione, sposób ofertowania, jaki przyjął Odwołujący, doprowadziłby do złożenia nieporównywalnych ofert, a nadto tworzyło sytuację niezgodności pomiędzy zaoferowaną technologią, a technologią narzuconą na etap ofertowania przez Zamawiającego w PFU.

Określenie w ofercie sposobu realizacji zamówienia w sposób odmienny od oczekiwań zamawiającego oraz skalkulowanie ceny z pominięciem wytycznych zamawiającego jest podstawą stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), co Zamawiający uczynił.

Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.1 i 7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....