

WYROK
z dnia 12 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka
Andrzej Niwicki
Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 grudnia 2017 r.**, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2017 r. przez wykonawcę **Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

2

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., dalej: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Projekt i zabudowa urządzeń sterowania ruchem i sygnalizacji oraz urządzeń kolejowej sieci telekomunikacyjnej na odcinku Poznań Główny*

- Wronki

(LCS Poznań Główny III) w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E 59 na odcinku Poznań Główny - Szczecin Dąbie. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp” lub „PZP”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2017/S 220-457769) w dniu 16 listopada 2017 r.

W dniu 27 listopada 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł wykonawca **Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, dalej: „Odwołujący”. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 29 ust. 1, ust. 2 oraz 3b w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16) PZP oraz art. 353 i art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 PZP, poprzez zawarcie w SIWZ tom II (tj. Warunki Umowy) w SubKLAUZULI.10:

- a) zastrzeżenia, zgodnie z którym Wykonawca przekazuje Zamawiającemu prawa własności wraz z majątkowymi prawami autorskimi do wszystkich „utworów” w rozumieniu ustawy o prawach autorskich i prawach pokrewnych powstałych w związku z realizacją umowy lub jej części, a w konsekwencji wprowadzenie do SIWZ zastrzeżeń naruszających zasady uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności i wynikające z tego nadużycie prawa podmiotowego w zakresie kształtowania warunków umowy;
- b) zastrzeżenia odnośnie do wykorzystywania ww. „utworów” przez Zamawiającego na polach eksploatacji na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej wraz z szerokim prawem do wykonywania i zezwalania na wykonywanie zależnych praw autorskich, podczas gdy na potrzeby wykonania zamówienia udzielanego w ramach „utworów” w granicach Postępowania wystarczające wykorzystywanie określonych terytorialnie zadaniem pod nazwą Projekt i zabudowa urządzeń sterowania ruchem i sygnalizacji oraz urządzeń kolejowej sieci telekomunikacyjnej na odcinku Poznań Główny - Wronki (LCS Poznań Główny III), a w konsekwencji

3

wprowadzenie do SIWZ zastrzeżenia naruszającego zasady proporcjonalności i wynikające z tego nadużycie prawa podmiotowego w zakresie kształtowania warunków umowy;

- c) niejednoznacznych i nie wyczerpujących postanowień, polegających na braku zdefiniowania pojęcia „utwór” na potrzeby interpretacji tomu II (tj. Warunki Umowy) przy jednoczesnych daleko idących skutkach, jakie przewidział Zamawiający, tj. przejścia własności do „utworów” i majątkowych praw autorskich dotyczących „utworów” na rzecz Zamawiającego a w konsekwencji wprowadzenie do SIWZ zastrzeżeń naruszających zasady uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności i wynikające z tego nadużycie prawa podmiotowego w zakresie kształtowania warunków umowy.

2. Naruszenie art. 29 ust. 1, ust. 2 oraz 3b w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16) PZP oraz art. 353 i art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 PZP poprzez zawarcie w SIWZ tom III (tj. Program Funkcjonalno - Użytkowy) w pkt. 3.1.1.3.7.:

- a) obowiązku przeniesienia na rzecz Zamawiającego prawa własności, w tym (zdaniem Odwołującego) majątkowych praw autorskich do specyfikacji interfejsów, podczas gdy na potrzeby wykonania zamówienia udzielanego w ramach Postępowania oraz na potrzeby ochrony interesu publicznego wystarczające jest udzielenie licencji, a w konsekwencji wprowadzenie do SIWZ zastrzeżeń naruszających zasady uczciwej konkurencji i proporcjonalności i wynikające z tego nadużycie prawa podmiotowego w zakresie kształtowania warunków umowy;
- b) obowiązku przeniesienia na rzecz Zamawiającego prawa własności, w tym (zdaniem Odwołującego) majątkowych praw autorskich do specyfikacji interfejsów, które stanowią tzw. urządzenia kluczowe i jednocześnie istotną część przedsiębiorstwa wykonawcy, przez co Zamawiający, jako podmiot o pozycji dominującej na rynku systemów sterowania ruchem kolejowym, uzyska wyłączne prawa do korzystania ze specyfikacji interfejsów, co znacząco ograniczy, jeśli nie wyeliminuje konkurencję na rynku właściwym, a w konsekwencji wprowadzenie do SIWZ zastrzeżeń naruszających zasady uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności i wynikające z tego nadużycie prawa podmiotowego w zakresie kształtowania warunków umowy;
- c) obowiązku przeniesienia na rzecz Zamawiającego prawa własności, w tym (zdaniem Odwołującego) majątkowych praw autorskich do specyfikacji interfejsów, które stanowią tzw. urządzenia kluczowe i jednocześnie istotną część przedsiębiorstwa wykonawcy, bez przewidzenia w SIWZ procedury zgłoszenia do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zamiaru koncentracji polegającego na nabyciu części przedsiębiorstwa, a w konsekwencji wprowadzenie zastrzeżenia

4

naruszającego zasadę uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności i wynikające z

- tego nadużycie prawa podmiotowego w zakresie kształtowania warunków umowy;
- d) obowiązku przekazania dokumentów w zakresie przekraczającym związany z wykonaniem zamówienia udzielanego w ramach Postępowania, a w konsekwencji wprowadzenie do SIWZ zastrzeżenia niezapewniającego zachowania uczciwej konkurencji oraz naruszającego zasady proporcjonalności i wynikające z tego nadużycie prawa podmiotowego w zakresie kształtowania warunków umowy;
- e) obowiązku zapewnienia, iż przekazana dokumentacja techniczna (specyfikacja interfejsu) urządzeń/systemów będzie spełniać określone wymagania Zamawiającego, tj. będzie zawierać informacje i dane niezbędne dla powiązania i integracji urządzeń/systemów zabudowanych w ramach niniejszego zadania z urządzeniami/systemami sterowania ruchem kolejowym, które będą mogły potencjalnie współpracować, zaś okres zgłaszania wad dla każdej części tej dokumentacji rozpoczyna się w dniu jej odbioru przez Zamawiającego i kończy się po 120 miesiącach od daty wydania Świadectwa Przejęcia Robót, przy jednoczesnym zagwarantowaniu dokonywania modyfikacji tej dokumentacji przez Zamawiającego, mimo że dokumentacja ta jest objęta certyfikatem bezpieczeństwa wystawionym na rzecz każdego z wykonawców (w tym Odwołującego), a zatem dokonanie zastrzeżenia, zgodnie z którym wykonawca ma ponosić odpowiedzialność za modyfikacje w specyfikacji interfejsu, których nie dokonał i które nie muszą zależeć od wykonawcy w okresie przekraczającym okres gwarancyjny, a w zastrzeżeniu zasady konsekwencji wprowadzenie naruszającego proporcjonalności i wynikające z tego nadużycie prawa podmiotowego w zakresie kształtowania warunków umowy;
- oraz naruszenie art. 29 ust. 1, ust. 2 oraz 3b w zw. z art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 PZP poprzez:
- f) zastrzeżenie obowiązku przeniesienia własności i majątkowych praw autorskich do specyfikacji interfejsów, a w tym także przeniesienie dokumentów w postaci tzw. „otwartych protokołów”, które to „otwarte protokoły” nie są własnością Odwołującego czy też innych wykonawców, zaś niedopuszczalne jest przenoszenie większej ilości praw niż się posiada, a w konsekwencji wprowadzenie postanowienia noszącego znamiona nieważności.

Przedstawiając powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;

5

-
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania odpowiedniej zmiany postanowień SIWZ, w sposób szczegółowo opisany i wykazany poniżej w uzasadnieniu odwołania w zakresie poszczególnego z zarzutów;
 - 3) zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według faktury przedstawionej na rozprawie, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający, kształtując SIWZ na potrzeby niniejszego Postępowania, dokonał tego z naruszeniem opisanych przez Odwołującego przepisów ustawy PZP. W konsekwencji może to uniemożliwić uzyskanie Zamówienia przez Odwołującego, Zamawiający w szczególności pominął istotę dokumentacji projektowej (specyfikacji interfejsów) robiąc błędne założenie, że jest ona sporządzana wyłącznie na potrzeby Zamówienia. Tymczasem specyfikacja interfejsów ma uniwersalne zastosowanie i jest podstawą do koordynowania sprawności wszystkich urządzeń sterowania ruchem kolejowym (dalej jako „SRK”) na terytorium Polski, oferowanych przez danego wykonawcę, w tym Odwołującego (zarówno dla warstwy podstawowej, jak również ERTMS/ETCS).

Podpisanie umowy w brzmieniu zaproponowanym przez Zamawiającego oznaczałoby *de facto* uniemożliwienie dalszego prowadzenia działalności gospodarczej przez wykonawców stale prowadzących działalność na rynku zabudowy urządzeń SRK, również w zakresie wykonywania umów zawartych w wyniku postępowań o zamówienia publiczne (w tym Odwołującego, który m.in. utraciłby możliwość wykonania zadania udzielonego Odwołującemu przez Zamawiającego w innym postępowaniu pn. „Prace na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Warszawa - Otwock -

Dęblin - Lublin, odcinek Otwock - Lublin w km 26,050-175,850", oznaczonego numerem postępowania: 6060/ICZ3/17240/06867/15/P, bowiem Odwołujący utraciłby prawo do posługiwania się stworzoną przez siebie specyfikacją interfejsów konieczną na potrzeby ww. zadania).

Wykonawcy stale uczestniczący w ryku zabudowy urządzeń SRK (w tym Odwołujący) zostaliby także pozbawieni możliwości ubiegania się o wykonanie innych analogicznych zamówień udzielanych przez Zamawiającego związanych z zabudową SRK, bowiem bez praw do specyfikacji interfejsów zostaną pozbawieni wymaganych zdolności technicznych. Obrazuje to daleko antykonkurencyjny charakter tego zastrzeżenia.

Te same uwagi zachowają aktualność dla wymogu Zamawiającego do przeniesienia własności i majątkowych praw autorskich do wszystkich utworów wytworzonych w związku z realizacją Zamówienia. Jest to żądanie za daleko idące, nadmierowe, przekraczające podstawowy cel zobowiązania.

6

Jednocześnie jednak, Odwołujący w ramach niniejszego odwołania przystaje - zamiast na przeniesienie prawa własności do utworów i majątkowych praw autorskich do nich - na udzielenie licencji: zarówno na korzystanie w określonym zakresie ze specyfikacji interfejsów, jak też pozostałych utworów powstałych w związku z realizacją Zamówienia.

Licencja z jednej strony zapewniłaby prawidłowe wykonanie Zamówienia i możliwość dalszego funkcjonowania wykonawcy na rynku, a jednocześnie zagwarantowałaby Zamawiającemu posiadanie wymaganej wiedzy i informacji odnośnie sposobu wykonania przedmiotu Zamówienia, jak również umożliwiłaby Zamawiającemu lub działającemu w jego imieniu wykonawcy, korzystanie ze specyfikacji interfejsu i innych utworów oraz dokonywanie niezbędnych utworów zależnych w celu wykraczającym poza zakres Zamówienia, tj. w celu modyfikacji i utrzymania urządzeń zabudowywanych w ramach Zamówienia, ich rozbudowy, przebudowy, modernizacji i naprawy, a także umożliwienia dostosowania oprogramowania innych wykonawców do tych urządzeń.

Żądanie wskazane przez Odwołującego jest zatem ze wszech miar uzasadnione i ma charakter kompromisowy. Spełnia ono także kryteria proporcjonalności, pozytywnie wpływa na konkurencyjność na rynku SRK oraz zapewnia równe traktowanie wykonawców zainteresowanych uzyskaniem Zamówienia.

W pierwszej kolejności Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1, ust. 2 oraz 3b w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zawarcie w SIWZ tom II (tj. Warunki Umowy) SubKLAUZULI 1.10 zastrzeżenia, zgodnie z którym Wykonawca przekazuje Zamawiającemu prawa własności wraz z przeniesieniem majątkowych praw autorskich do wszystkich utworów powstałych w związku z wykonywaniem umowy zawartej w ramach Postępowania lub jej części.

Zamawiający w tym zakresie wykreślił wzorcową klauzulę FIDIC 1.10 wprowadzając w to miejsce własną treść postanowienia. Zdaniem Odwołującego, obecne brzmienie jest za daleko idące. Zamawiający sformułował wymaganie nadmierowe i nieadekwatne do celu, jakiemu ma służyć.

Wzorcowa klauzula 1.10 FIDIC przewiduje, że w stosunkach między stronami, wykonawca zachowa prawa autorskie i inne prawa do własności intelektualnej w dokumentach wykonawcy i innych dokumentach projektowych sporządzanych przez wykonawcę (lub na jego rzecz). Jednocześnie, przewiduje ona udzielenie bezterminowej, zbywalnej, niezastrzeżonej, wolnej od opłat licencji na kopiowanie i używanie i przekazywanie dokumentów wykonawcy, włącznie z dokonywaniem i używaniem modyfikacji w nich. Tytułem wstępu można także wskazać, że Odwołujący (jako jeden

7

z podmiotów często wykonujących roboty na rzecz Zamawiającego z branży SRK) po raz pierwszy styka się z tak daleko idącym żądaniem Zamawiającego odnośnie do przekazania majątkowych praw autorskich do utworów, nie mającym ograniczenia przedmiotowego do zakresu zamówienia oraz w szczególności biorąc pod uwagę fakt braku zdefiniowania pojęcia „utworu” na potrzeby SIWZ.

Zamawiający co do zasady ma zapobiegać stawianiu nadmiernych i nieuzasadnionych wymogów, które utrudniałyby dostęp do zamówienia i tym samym ograniczały albo eliminowały konkurencyjność postępowania. Jednocześnie dużą wagę przykładają do przestrzegania zasady proporcjonalności, nakazującej zamawiającemu podejmować działania i stawiać

wymogi adekwatne do przedmiotu i zakresu zamówienia.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż zgodnie z art. 139 PZP do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy PZP nie stanowią inaczej. Oznacza to, iż umowy o zamówienie publiczne podlegają interpretacji zgodnie z regułami prawa cywilnego, jednak przy tym jedna z naczelných zasad - zasada swobody umów, wyrażona w art. 353 ¹ Kodeksu cywilnego, doznaje na gruncie PZP poważnych ograniczeń - w tym także fakt, iż to zamawiający kształtuje zarówno treść SIWZ, jak i samej umowy.

Biorąc pod uwagę dorobek orzecznictwa TSUE można powiedzieć, że ocena proporcjonalności warunku wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. W tym zakresie wielokrotnie wypowiadały się organy orzecznicze takie jak TSUE oraz Trybunał Konstytucyjny i choć tezy ujęte w orzeczeniach tych organów dotyczą innego poziomu normatywnego, jakim jest zgodność przepisów bezwzględnie obowiązującego prawa i norm usytuowanych hierarchicznie znacznie wyżej to mają one charakter uniwersalny i pozwalają bez trudu na ich przeniesienie na poziom oceny postanowień ogłoszenia o zamówieniu, czy SIWZ.

Zamawiający przedstawia nadmierne żądanie przeniesienia na własność wszystkich utworów wytworzonych przez wykonawcę w rezultacie umowy wraz ze związanymi majątkowymi prawami autorskimi, mimo że absolutnie wystarczającym rozwiązaniem jest udzielenie licencji na korzystanie i modyfikowanie utworów objętych prawami autorskimi w odpowiednim zakresie.

Analizując cel uzyskania praw przez Zamawiającego do posługiwania się utworami wytworzonymi przez wykonawcę Zamówienia - z punktu widzenia należytego wykonania umowy - wydaje się uzasadnione, aby Zamawiający dysponował tymi utworami w przypadku, gdyby konieczne okazało się dokonywanie określonych modyfikacji i utrzymania urządzeń

zabudowywanych w ramach Zamówienia, ich rozbudowy, przebudowy, modernizacji i naprawy, a także umożliwienia dostosowania oprogramowania innych wykonawców do tych urządzeń. Zgodnie z testem proporcjonalności, konieczne jest jednak dobranie odpowiedniego środka do realizacji tego celu. Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych wskazuje, że osoby trzecie mogą dysponować autorskimi prawami majątkowymi na podstawie umowy. W tym zakresie ustawa wyróżnia dwa rodzaje typów umów dotyczących autorskich praw majątkowych, umowy przenoszące autorskie prawa majątkowe, oraz umowy upoważniające do korzystania z utworu, tzw. licencje.

Przeniesienie prawa ma za zadanie umożliwić zmianę podmiotu uprawnionego z tego prawa. Umowy, na podstawie których dokonuje się owego przeniesienia, prowadzą do transformacji podmiotowych i powodują, że w miejsce dotychczas uprawnionego wstępuje inny podmiot. Umowę o przeniesienie autorskich praw majątkowych (obecnie wprowadzoną do SIWZ przez Zamawiającego) można zatem porównać do umowy sprzedaży mieszkania. Po jej podpisaniu jedyną osobą uprawnioną do korzystania z utworu staje się nabywca (analogicznie — po sprzedaży mieszkania nie możemy już w nim mieszkać). Pierwotny uprawniony po jej podpisaniu traci wskazane w umowie prawa majątkowe na wskazanych polach eksploatacji i nie może z nich korzystać. W praktyce umowa o przeniesienie ma charakter ostateczny i nieodwołalny.

Z drugiej strony umowa licencyjna (zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy Prawo autorskie i prawa pokrewne) upoważnia licencjodawcę do korzystania z tych praw na określonych polach eksploatacji, dokonywania modyfikacji i praw zależnych, zaś licencjodawca zachowuje te prawa jako swoją własność. W przyszłości może zatem z nich korzystać (np. uczestnicząc w innych zadaniach wykonywanych dla Zamawiającego) bez ryzyka narażenia się na zarzut naruszenia praw autorskich.

Już przez to krótkie porównanie widać, że licencja, w sposób tożsamy do przeniesienia własności, może zapewnić Zamawiającemu należyte wykonanie obydwu jest eksploatacji, Zamówienia. W przypadkach konieczne określenie pól co dodatkowo potwierdza, że w obydwu wariantach Zamawiający i tak od razu wskazuje, w jakim celu potrzebny jest mu dany utwór oraz na jakim obszarze zamierza z niego korzystać. Konieczne jest - zgodnie z testem proporcjonalności - dobranie do tego celu odpowiedniego środka.

Jedyna różnica jaka realnie wynika z przeniesienia majątkowych praw autorskich do utworu lub udzielenia licencji jest w tym, że w pierwszym przypadku wykonawca traci uprawnienia do korzystania z takich utworów na rzecz Zamawiającego, co może dla takiego wykonawcy oznaczać w najlepszym razie znaczące ograniczenie zakresu działalności

9

ze wszelkimi tego konsekwencjami, a w najgorszym nawet eliminację z rynku, zaś w drugim, to wykonawca w dalszym ciągu pozostaje właścicielem utworów i jest upoważniony do decydowania o zakresie i sposobie korzystania z nich.

O ile dla wykonawcy odebranie mu praw autorskich do utworów może być katastroficzne w skutkach, o tyle dla Zamawiającego uzyskanie własności nie jest niezbędne dla realizacji celów zamówienia i zagwarantowania bezpieczeństwa trakcji kolejowej. Stąd też wynika, że żądanie przeniesienia majątkowych praw autorskich do wszystkich utworów powstałych przy realizacji umowy w tak szerokim zakresie jak zostało to zapisane obecnie w SIWZ jest nieproporcjonalne, a wręcz zbędne do osiągnięcia celu Zamawiającego i tym samym narusza podstawowe zasady jakimi powinien kierować się Zamawiający przy sporządzaniu SIWZ (tj. zachowanie proporcjonalności i dbanie o konkurencję na rynku). Wskazać należy dodatkowo, że w przypadku oprogramowania Zamawiający uznał (w tej samej SubKLAUZULI 1.10 tomu II SIWZ), że wystarczającym będzie udzielenie licencji na korzystanie z oprogramowania i to w ograniczonym zakresie.

Dodatkowo Odwołujący podnosi, że Zamawiający nie sporządził SIWZ w sposób jednoznaczny, bowiem nie zdefiniował pojęcia „utworu”. W konsekwencji, wykonawcy nie mogą mieć pewności co do tego, co i w jakim zakresie zostałyby potencjalnie przeniesione na podstawie zaskarżonego postanowienia. Brak jednoznacznego wskazania przedmiotu przeniesienia majątkowych praw autorskich może nawet stanowić o bezwzględnej nieważności takiego postanowienia na podstawie art. 41 ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Ponadto, z brzmienia przedstawionego postanowienia wynika, że przeniesienie majątkowych praw autorskich upoważnia Zamawiającego do dysponowania utworami w zakresie w jakim zostaną nabyte bez ograniczeń terytorialnych, natomiast licencja na korzystanie z oprogramowania upoważnia do korzystania z takiego oprogramowania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, co jest w sposób oczywisty żądaniem nadmiernym, bowiem Zamówienie nie jest realizowane na obszarze całej Rzeczypospolitej Polskiej. Potwierdza to jednoznacznie pkt 11.2.3) ogłoszenia o Zamówieniu, zgodnie z którym główne miejsce lub lokalizacja realizacji to Linia kolejowa E 59 na odcinku Poznań Główny - Wronki (LCS Poznań III). Wszelkie przeniesienie lub korzystanie z majątkowych praw autorskich powinno zatem zostać ograniczone do określonego obszaru pokrywającego się z zakresem realizacji umowy.

Stąd też, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ poprzez wykreślenie SubKLAUZULI 1.10 tomu II SIWZ i wprowadzenie w to miejsce postanowienia:

Usuwa się treść SubKLAUZULI i zastępuje następującą treścią:

10

1. Wykonawca oświadcza, że wykonując Umowę będzie przestrzegał przepisów ustawy o Prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz nie naruszy majątkowych oraz osobistych praw osób trzecich, a w szczególności, iż:

- a) w chwili przedstawienia do odbioru przedmiotu Umowy lub jego części będą przysługiwały mu majątkowe prawa autorskie i prawa zależne do każdego z utworów powstałych w związku z realizacją Umowy lub jej części w zakresie ustalonym niniejszą Umową, na podstawie odpowiednich umów zawartych w formie pisemnej;*
- b) nie istnieją żadne ograniczenia, które uniemożliwiłyby Wykonawcy udzielenie licencji na korzystanie z autorskich praw majątkowych i praw zależnych w zakresie opisanym w lit. a) powyżej do utworów powstałych w związku z realizacją Umowy lub jej części, w szczególności utwory takie nie są obciążone prawami osób trzecich;*
- c) zapewnił sobie, a w przypadku jeśli tego nie uczynił, to będzie dysponował zapewnieniem twórcy utworów powstałych w związku z realizacją Umowy lub jej części, w chwili odbioru przedmiotu Umowy lub jego części przez Zamawiającego,*

iż w przypadku powstania nowych pól eksploatacji przedmiotu Umowy lub jego części nieznanymi w chwili zawarcia Umowy; licencja udzielona Zamawiającemu zostanie rozszerzona o prawo do eksploatacji przedmiotu Umowy lub jego części na tych polach o ile będą one niezbędne do prawidłowej realizacji Umowy lub jej części

W przypadku naruszenia przez Wykonawcę któregokolwiek z wymienionych wyżej zobowiązań czy też oświadczeń, Wykonawca zobowiązany będzie do pokrycia szkód poniesionych przez Zamawiającego z tego tytułu.

2. Z chwilą odbioru przez Zamawiającego utworów powstałych w związku z realizacją Umowy lub jej części, Wykonawca w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej:

a) udziela Zamawiającemu niewyłącznej, odpłatnej (w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej), licencji na cały okres użytkowania infrastruktury kolejowej znajdującej się na odcinku linii kolejowej E 59, Poznań Główny - Wronki (LCS Poznań Główny III), ale maksymalnie na okres 25 lat od odebrania prac przez Zamawiającego, na następujących polach eksploatacji ograniczonych w każdym przypadku do realizacji, użytkowania, utrzymania i rozbudowy infrastruktury kolejowej znajdującej się na odcinku linii kolejowej E 59, Poznań Główny - Wronki (LCS Poznań Główny III):

(i) użytkowania utworów przez Zamawiającego, spółki z Grupy PKP lub podmioty trzecie działające na zlecenie Zamawiającego,

(ii) utrwalenia utworów na wszelkich rodzajach nośników, a w szczególności

11

na nośnikach video, taśmie światłoczułej, magnetycznej, dyskach komputerowych oraz wszystkich typach nośników przeznaczonych do zapisu cyfrowego (CD, DVD, Blue-ray, pendrive),

(iii) zwielokrotniania utworów dowolną techniką w dowolnej ilości, w tym techniką magnetyczną na kasetach video, techniką światłoczułą i cyfrową, techniką zapisu komputerowego na wszystkich rodzajach nośników dostosowanych do tej formy zapisu, wytwarzanie jakiegokolwiek techniką egzemplarzy utworu, w tym techniką drukarską, reprograficzną, zapisu magnetycznego oraz techniką cyfrową,

(iv) wprowadzania utworów do pamięci komputera na dowolnej liczbie stanowisk komputerowych oraz do sieci multimedialnej, telekomunikacyjnej, komputerowej,

(v) wymiany nośników, na których utwór utrwalono,

(vi) sporządzenia wersji obcojęzycznych utworów, zarówno przy użyciu napisów, jak i lektora,

(vii) udzielanie dalszej niewyłącznej i ograniczonej licencji podmiotom trzecim działającym na zlecenie Zamawiającego w zakresie użytkowania, utrzymania lub rozbudowy infrastruktury kolejowej znajdującej się na odcinku linii kolejowej E 59, Poznań Główny - Wronki (LCS Poznań Główny HI), na wykorzystanie w zakresie nie szerszym niż licencja udzielona Zamawiającemu,

(viii) wielokrotne wykorzystywanie do realizacji inwestycji objętej Umową,

b) zezwala na wykonywanie i zezwala na wykonywanie praw zależnych do utworów - na odpowiedzialność Zamawiającego -, w szczególności poprzez zezwolenie Zamawiającemu na dokonywanie opracowań i zmian utworów, na korzystanie z opracowań utworów oraz ich przeróbek oraz na rozporządzanie tymi opracowaniami wraz z przeróbkami na potrzeby wykonania Umowy oraz w związku z realizacją, użytkowaniem, utrzymaniem i rozbudową infrastruktury kolejowej znajdującej się na odcinku linii kolejowej E 59, Poznań Główny - Wronki (LCS Poznań Główny III)

3. Wykonawca ma prawo do wypowiedzenia licencji w czasie jej obowiązywania tylko z ważnych powodów, do których będzie należało w szczególności udostępnienie utworów przez Zamawiającego lub spółki z Grupy PKP podmiotom trzecim w celach nie związanych z realizacją Umowy i Robót, użytkowaniem, utrzymaniem i rozbudową infrastruktury kolejowej znajdującej się na odcinku linii kolejowej E 59, Poznań Główny - Wronki (LCS Poznań Główny III).

4. W przypadku wystąpienia przez jakąkolwiek osobę trzecią w stosunku

z realizacją Umowy przez Wykonawcę, Wykonawca:

- a) przyjmie na siebie pełną odpowiedzialność za powstanie oraz wszelkie skutki powyższych zdarzeń;
- b) w przypadku skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego, o czym Zamawiający jest zobowiązany niezwłocznie powiadomić Wykonawcę, Wykonawca wstąpi do procesu po stronie Zamawiającego i pokryje wszelkie koszty związane z udziałem Zamawiającego w postępowaniu sądowym, w tym koszty obsługi prawnej postępowania;
- c) poniesie wszelkie uzasadnione koszty związane z ewentualnym pokryciem roszczeń majątkowych i niemajątkowych związanych z naruszeniem praw autorskich majątkowych lub osobistych osoby lub osób zgłaszających roszczenia pod warunkiem, że Zamawiający poinformuje Wykonawcę o takim roszczeniu na piśmie w terminie 3 dni. Zamawiający nie jest uprawniony do podejmowania jakichkolwiek wiążących decyzji dążących do załatwienia sprawy, w tym zawarcia ugody, lub ustalających kierunek w jakim spór ma być prowadzony lub załatwiony, bez uprzedniej pisemnej zgody Wykonawcy.

5. Zamawiający udziela Wykonawcy niewyłącznej licencji na czas wykonywania Umowy w celu niezbędnym do realizacji Robót, do korzystania na terenie Rzeczypospolitej Polskiej z Wymagań Zamawiającego oraz materiałów dołączonych do SIWZ, które stanowią utwory w rozumieniu ustawy o Prawie autorskim i prawach pokrewnych, na polach eksploatacji wskazanych w Załączniku Nr 4 do Warunków Szczególnych.

6. W przypadku oprogramowania Wykonawca udziela Zamawiającemu z chwilą podpisania Kontraktu bezterminowej, niezbywalnej, niewyłącznej, za wynagrodzeniem uwzględnionym w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej licencji na kopiowanie, używanie i udzielanie sublicencji na oprogramowanie. Niniejsza licencja będzie używana wyłącznie w celu budowy, rozbudowy, remontu, użytkowania i modyfikacji infrastruktury kolejowej znajdującej się na odcinku linii kolejowej E 59, Poznań Główny - Wronki (LCS Poznań Główny HI).

Przedmiotowa Licencja uprawnia w szczególności do:

- (i) trwałego lub czasowego zwielokrotnienia programu komputerowego w całości lub w części jakimikolwiek środkami i w jakiegokolwiek formie;
- (ii) rozpowszechniania w formie użyczenia, dzierżawy lub najmu, programu komputerowego lub jego kopii.

Oprogramowanie, do którego prawa posiada Wykonawca nie będzie bez zgody

Wykonawcy używane, kopiowane czy przekazywane stronie trzeciej za wyjątkiem spółek z Grupy PKP, przez Zamawiającego (lub w jego imieniu) do celów innych, niż te które są dozwolone według niniejszej SubKLAUZULI.

W drugiej kolejności Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1, ust. 2 oraz 3b w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zawarcie w SIWZ tom III (tj. Program Funkcjonalno - Użytkowy) w pkt. 3.1.1.3.7. zastrzeżenia do przekazania prawa własności do specyfikacji interfejsów, w tym (zdaniem Odwołującego) majątkowych praw autorskich przysługującego każdemu z wykonawców, w tym także Odwołującemu, podczas gdy na potrzeby wykonania zamówienia udzielanego w ramach Postępowania wystarczające jest udzielenie licencji, a w konsekwencji wprowadzenie do SIWZ zastrzeżenia naruszającego zasady proporcjonalności.

Jedynie tytułem wstępu Odwołujący wskazuje, że przyjmuje założenie, iż specyfikacja interfejsu stanowi utwór w rozumieniu ustawy o Prawo autorskim i prawach pokrewnych. Gdyby przyjąć odmiennie, specyfikacja techniczna będzie mogła zostać przekazana Zamawiającemu z zastrzeżeniem jej jako tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego. Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że (w przypadku podpisania umowy w ramach Postępowania) zamierza korzystać z niej w taki sam sposób, jak robił to dotychczas.

Odwołujący wyjaśnia, że jego zdaniem wadliwość zaskarżanego obecnie postawienia SIWZ tomu III (tj. Programu Funkcjonalno-Użytkowego) wynika z błędnego przyjęcia przez Zamawiającego, iż specyfikacja interfejsu jest przygotowywana indywidualnie i każdorazowo na potrzeby konkretnego przetargu. Jest to założenie błędne.

Specyfikacja interfejsu ma charakter uniwersalny. Jest przygotowana przez Odwołującego do obsługi wszystkich urządzeń SRK zabudowywanych przez Odwołującego. Dokumentacja ta - zdaniem Odwołującego - nie ma zatem *stricte* technicznego rozwiązania sporządzanego na konkretne zamówienie. Jest to autorski zbiór rozwiązań Odwołującego, czy też każdego z potencjalnych wykonawców ubiegających się o tego typu Zamówienie.

Jest pewne, że każdy z wykonawców potencjalnie zainteresowanych udziałem w niniejszym Postępowaniu dysponuje własnym, analogicznym systemem rozwiązań opracowanych w ramach specyfikacji interfejsu (bez pełnej specyfikacji interfejsu, nie byłoby możliwe wykonywanie zadań w ramach zabudowy SRK).

Tak skonstruowane zastrzeżenie umowne ma charakter antykonkurencyjny. Przede wszystkim, wykonawcy godząc się na udział w Postępowaniu i wybór własnej oferty

14

oraz podpisanie umowy w kształcie zaproponowanym przez Zamawiającego, zasadniczo utracą prawo do posługiwania się własną specyfikacją interfejsu - stosowaną w ramach różnych zadań, a nie tylko w ramach niniejszego Postępowania.

Pozbawienie praw własności i majątkowych praw autorskich do specyfikacji interfejsu - koniecznej do obsługi urządzeń i tworzenia połączeń między urządzeniami (takich jak nastawnie czy lokalne centra sterowania) zabudowywanymi przez danego wykonawcę, tj. podstawowego „narzędzia” dla wykonawców robót SRK, oznacza zasadniczo wykluczenie z rynku SRK.

Na polskim rynku SRK realnie funkcjonują 3-4, z czego 2 to podmioty będące globalnymi przedsiębiorcami, które standardowo biorą udział w postępowaniach ogłaszanych przez Zamawiającego. Bariery wejścia na taki rynek są bardzo wysokie, jako że łączą się między innymi z koniecznością poniesienia wysokich kosztów na budowę i certyfikację różnego rodzaju rozwiązań technologicznych i technicznych, w tym autorskich oprogramowań, interfejsów i ich dokumentacji. Wykluczenie choćby jednego podmiotu z rynku, poprzez odebranie mu praw do korzystania z wypracowanych rozwiązań objętych ochroną wyłączną w postaci praw autorskich lub praw własności przemysłowej, albo też chronionych jako know-how objęty tajemnicą przedsiębiorstwa, doprowadzi do znacznego ograniczenia konkurencji, a nawet jej eliminacji na takim rynku.

Odnosząc się do tego zagadnienia jeszcze dobitniej, podpisanie umowy z Zamawiającym na wykonanie Zamówienia uniemożliwiłoby wykonanie przez Odwołującego, jak i jego konkurentów, innych umów zawartych w wyniku postępowań o analogiczne zamówienia publiczne. W przypadku Odwołującego byłoby to m.in. zadanie udzielone Odwołującemu przez Zamawiającego w innym postępowaniu pn. „Prace na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Warszawa - Otwock - Dęblin - Lublin, odcinek Otwock - Lublin w km 26,050-175,850”, oznaczonego numerem postępowania: 6060/ICZ3/17240/06867/15/P. Oznacza to, że tak skonstruowane postanowienie jest wyraźnie antykonkurencyjne i narusza zasady proporcjonalności.

W dalszej kolejności należy wskazać, że specyfikacja interfejsu może zostać zakwalifikowana jako tzw. „urządzenie kluczowe” w rozumieniu doktryny wykształconej w ramach prawa konkurencji. A zatem jako „urządzenie”, bez którego nie jest możliwe świadczenie usług lub wykonanie pewnych prac na określonym rynku powiązany z takim urządzeniem. W realiach przedmiotowej sprawy, specyfikacja interfejsu jest niezbędną do tego, aby zagwarantować możliwość realizacji prac na wszystkich projektach SRK w Polsce i na świecie, m.in. ze względu na wyjątkowo wysoki koszt i czasochłonność odtwarzania w/w dokumentacji, które powodują że wytworzenie nowej dokumentacji

15

interfejsów jest faktycznie wykluczone.

W znaczeniu gospodarczym, takie urządzenie kluczowe stanowi zatem o sile

przedsiębiorstwa, którego udział w rynku powiązany jest niezbędny. Zamawiający, żądając przeniesienia prawa własności i majątkowych praw autorskich do specyfikacji interfejsu w zakresie określonym w kwestionowanym postanowieniu nabędzie prawa wyłącznego dysponowania urządzeniem kluczowym, które stanowi o sile przedsiębiorstwa wykonawcy. W ten sposób Zamawiający doprowadzi do wykluczenia takiego wykonawcy z rynku, zawężając tym samym konkurencję na rynku.

Co więcej, zakres specyfikacji interfejsu, który ma zostać przekazany Zamawiającemu na podstawie kwestionowanego postanowienia, uzasadnia przyjęcie, że na jej podstawie osoba o odpowiednich kwalifikacjach i wykształceniu będzie zdolna do odtworzenia interfejsu i oprogramowania wraz z kodami źródłowymi. Te elementy, jak zostało wskazane powyżej, stanowią o realnej sile przedsiębiorstwa na rynku i są w stanie samodzielnie generować obrót. W ocenie Odwołującego obrót taki mógłby przekroczyć próg, od którego zależy obowiązek dokonania zgłoszenia zamiaru koncentracji do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. SIWZ natomiast nie przewiduje przeprowadzenia takiej procedury.

Powyższe okoliczności dodatkowo potwierdzają brak proporcjonalności i antykonkurencyjny charakter wspomnianego postanowienia.

W dalszej kolejności Odwołujący skarży zastrzeżenie do przekazania prawa własności do specyfikacji interfejsów w zakresie przekraczającym związany z wykonaniem zamówienia udzielanego w ramach Postępowania, tj. w zakresie, w jakim Zamawiający żąda przedstawienia części specyfikacji interfejsów wymienionych na stronach 43 oraz 44 PFU, tj.

a) W części tekstu rozpoczynającej się od słów: „W przypadku zabudowy stacyjnych urządzeń srk (nastawnica) Wykonawca dostarczy warunki techniczne dla umożliwienia współpracy z:”

- systemem stacyjnym srk (sąsiednia nastawnica)
- systemem zdalnego sterowania
- centrum utrzymania i diagnostyki (CUIID)
- systemem samoczynnej blokady liniowej (w tym na potrzeby współpracy z systemem
- ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC))
- systemem półsamoczynnej blokady liniowej (w tym na potrzeby współpracy z systemem
- ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC))

16

-
- systemem kontroli niezajętości
 - systemem zabezpieczenia ruchu na przejeździe kolejowo-drogowym
 - napędem zwrotnicowym
 - sygnalizatorem przytorowym

b) W części tekstu rozpoczynającej się od słów: „W przypadku zabudowy liniowych urządzeń srk Wykonawca dostarczy warunki techniczne dla umożliwienia współpracy z”

- systemem zdalnego sterowania
- centrum utrzymania i diagnostyki (CUIID)
- systemem stacyjnym srk (nastawnica) (w tym na potrzeby współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC))
- systemem ERTMS/ETCS poziom 1 (koder LEU)
- systemem kontroli niezajętości
- sygnalizatorem przytorowym

c) W części tekstu rozpoczynającej się od słów: „W przypadku zabudowy systemu zdalnego sterowania (nadrzędnym) Wykonawca dostarczy warunki techniczne dla umożliwienia współpracy z:

- systemem zdalnego sterowania sąsiednim •
centrum utrzymania i diagnostyki (CUIID)
- systemem ERTMS/ETCS poziom 1 (koder LEU)
- systemem stacyjnym srk (nastawnica) •
systemem samoczynnej blokady liniowej
- systemem półsamoczynnej blokady liniowej
- systemem zabezpieczenia ruchu na przejeździe kolejowo-drogowym

d) W części tekstu rozpoczynającej się od słów: „W przypadku zabudowy systemu

ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC) Wykonawca dostarczy warunki techniczne dla umożliwienia współpracy z

- wszystkich punktów, gdyż system ERTMS nie objęty zakresem zamówienia.

e) W części tekstu rozpoczynającej się od słów: „W przypadku zabudowy systemu zabezpieczenia ruchu na przejeździe kolejowo-drogowym Wykonawca dostarczy warunki techniczne dla umożliwienia współpracy z

- systemem zdalnego sterowania
- systemem stacyjnym srk (nastawnica)
- centrum utrzymania i diagnostyki (CUID)

17

-
- systemem ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC)
 - systemem ERTMS/ETCS poziom 1 (koder LEU)

f) W części tekstu rozpoczynającej się od słów: „W przypadku zabudowy urządzeń DSAT Wykonawca dostarczy warunki techniczne dla umożliwienia współpracy z:”

- systemem ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC)

g) W części tekstu rozpoczynającej się od słów: „W przypadku zabudowy urządzeń zewnętrznych (tj. napęd zwrotnicowy, system kontroli niezajętości, sygnalizator przytorowy) Wykonawca dostarczy warunki techniczne dla umożliwienia współpracy z:”

- systemem stacyjnym srk (nastawnica)
- systemem samoczynnej blokady liniowej

a w konsekwencji wprowadzenie do SIWZ zastrzeżenia niezapewniającego zachowania uczciwej konkurencji oraz naruszającego zasady proporcjonalności.

Zamawiający dokonał niezwykle szerokiego zastrzeżenia zakresu informacji koniecznych do przekazania przez Odwołującego. Zdaniem Odwołującego zakres informacji jest nadmierny. Biorąc uwagę zakres jedynie pod Zamówienia, racjonalne jest przedstawienie Zamawiającemu informacji (na podstawie licencji) w zakresie specyfikacji interfejsów:

- RBC-nastawnica
- RBC - system zdalnego sterowania
- RBC - liniowe urządzenia SRK
- RBC-RBC

Tylko tak skonstruowane postanowienie spełnia wymóg proporcjonalności (rozumianej jako relacja potrzeby Zamawiającego w celu zapewnienia poprawnego wykonania Zamówienia oraz zagwarantowania innym wykonawcom ewentualnej modyfikacji zabudowanych SRK przez Odwołującego w stosunku do obowiązków nałożonych na Odwołującego). W pozostałym zakresie, Zamawiający albo posiada już wymagane dokumenty, wiedzę oraz informacji, albo informacje te są zbędne z perspektywy realizacji Zamówienia.

Jedynie przykładowo można wskazać, że Zamawiający zastrzegł, że *W przypadku zabudowy systemu ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC) Wykonawca dostarczy warunki techniczne dla umożliwienia współpracy z:*

18

-
- systemem stacyjnym srk (nastawnica)
 - systemem zdalnego sterowania
 - centrum utrzymania i diagnostyki (CUID)
 - systemem ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC) (sąsiednim)
 - urządzeniami DSAT w przypadku zabudowy systemu zabezpieczenia ruchu na przejeździe kolejowo-drogowym

przy czym w ramach realizacji Zamówienia nie będzie budowane RBC.

Dodatkowo, Odwołujący skarży obowiązek przekazywania dokumentacji objętej certyfikatami bezpieczeństwa wraz z udzieleniem prawa do modyfikacji tej dokumentacji, przy jednoczesnym pozostawieniu odpowiedzialności za wszelkie przejawy jej wadliwości po stronie podmiotu, na rzecz którego wystawiono stosowny certyfikat bezpieczeństwa - w okresie przekraczającym okres gwarancyjny. Zdaniem Odwołującego jest to żądanie

nadmierne i nieproporcjonalne względem celu Zamówienia. W chwili obecnej, w ramach przekazywanej dokumentacji, przekazywany byłby także certyfikat bezpieczeństwa (na mocy którego odpowiedzialność ponosi wykonawca, na rzecz którego został wystawiony dany certyfikat).

W ostatniej kolejności Odwołujący podnosi, że klauzula 3.1.1.3.7. SIWZ tom III zawiera także postanowienia, które - zdaniem Odwołującego - są nieważne z mocy prawa. Mowa o przekazaniu tzw. „otwartych protokołów”, które to nie są własnością Odwołującego czy też innych wykonawców, zaś niedopuszczalne jest przenoszenie większej ilości praw niż się posiada. Odwołujący (oraz inni wykonawcy uczestniczący stale na rynku zabudowy SRK) w części swoich urządzeń korzysta z opracowań (interfejsów), co do których nie posiada autorskich praw majątkowych - jako że mają one charakter publicznie dostępnych. Co do tych dokumentów, które nie są własnością Odwołującego czy też innych wykonawców, niedopuszczalne jest przeniesienie ich własności, bowiem żaden z wykonawców uczestniczących na rynku SRK nie posiada do nich prawa własności. Zastrzeżenie, zgodnie z którym doszłoby do przeniesienia większej ilości praw niż się posiada, oznacza w konsekwencji wprowadzenie takiego noszącego znamiona bezwzględnej nieważności.

Stąd też, Odwołujący wnosi o modyfikację postanowienia SIWZ tom III (tj. Program Funkcjonalno - Użytkowy) w pkt. 3.1.1.3.7 oraz wprowadzenie w jego miejsce postanowień jak poniżej (żądane zmiany przedstawione poprzez stosowne wykreślenia oraz pogrubienia):
Wymagania dla urządzeń srk umożliwiające ich powiązanie z innymi urządzeniami/systemami srk.

19

*Wykonawca opracuje i przekaże Zamawiającemu **na podstawie bezwarunkowej i niewyłączonej licencji** w formie dokumentacji technicznej (specyfikacji interfejsu) specyfikację warunków koniecznych, mających na celu umożliwienie współpracy (powiązania) urządzeń w zabudowywanych ramach niniejszego zadania z urządzeniami/systemami sterowania ruchem kolejowym, które potencjalnie mogą z nimi współpracować.*

W przypadku zabudowy stacyjnych urządzeń srk (nastawnica) Wykonawca dostarczy warunki techniczne dla umożliwienia współpracy z:

- systemem ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC)

W przypadku zabudowy liniowych urządzeń srk Wykonawca dostarczy warunki techniczne dla umożliwienia współpracy z:

- systemem ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC)

W przypadku zabudowy systemu zdalnego sterowania (nadrzędnym) Wykonawca dostarczy warunki techniczne dla umożliwienia współpracy z:

- systemem ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC)

Wykonawca dostarczy warunki techniczne dla umożliwienia współpracy z systemem zdalnego sterowania:

- systemem ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC)

Dokumentacja techniczna, o której mowa powyżej powinna zawierać co najmniej:

- ☐ przeznaczenie i zakres stosowania,
- ☐ sposób realizacji warstwy fizycznej tj.: - sposób połączenia mechanicznego (wtyczki, złącza), - parametry elektryczne (poziomy napięcie, prądów), - sposób kodowania i dekodowania informacji bitowej, - zależności czasowe sygnałów elektrycznych, - klasy izolacji, poziom zakłóceń, poziomy sygnałów nadawania, czułość odbiornika, itd.,
- ☐ dla poszczególnych pozostałych warstw powinien zostać określony używany protokół (lub protokoły) przez określenie referencji do specyfikacji protokołu w przypadku protokołów standardowych lub szczegółowa specyfikacja protokołu/protokołów, jeśli jest on niestandardowy,
- ☐ zastosowane mechanizmy zapewniające bezpieczeństwo transmisji danych zgodnie z wymaganiami odpowiednich norm,
- ☐ specyfikację funkcjonalną interfejsu zawierającą: - specyfikację procedur wymiany

20

danych procesowych: inicjowania wymiany danych, logowania, wylogowania,

przesyłania informacji o stanach elementów (statusów), przesyłania poleceń sterujących, synchronizacji czasu itd., - specyfikacje struktur telegramów, rodzaje telegramów, opisy struktury telegramów i ich przeznaczenia, - specyfikacje danych procesowych: lista danych procesowych z opisem ich znaczenia i dopuszczalnych wartości, sposób formatowania zmiennych w polach danych użytkowych telegramów,

- odniesienie do wymagań RAMS Wykonawca przygotowuje ww. dokumentację dla każdego z ww. powiązań oddzielnie i uzgodni z Zamawiającym.

Wykonawca zapewnia, iż przedłożona dokumentacja techniczna (specyfikacja interfejsu) u urządzeń/systemów będzie spełniać określone powyżej wymagania Zamawiającego tj. będzie zawierać informacje i dane niezbędne dla powiązania i integracji urządzeń/systemów zabudowanych w ramach niniejszego zadania z urządzeniami/systemami sterowania ruchem kolejowym, które będą mogły potencjalnie współpracować. Okres zgłaszania wad dla każdej części tej dokumentacji rozpoczyna się w dniu jej odbioru przez zamawiającego i kończy się po 72 miesiącach od daty wydania Świadczenia Przejęcia Robót. **Jeżeli wada powstała z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, zgłoszenie wady nie jest wiążące dla wykonawcy.**

Zamawiający w dniu 28 listopada 2017 r. zamieścił na stronie internetowej kopię odwołania wraz z wezwaniem wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie.

W dniu 11 grudnia 2017 r. Zamawiający na posiedzeniu z udziałem stron przekazał odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz wskazując, co następuje.

1. Wymóg przeniesienia autorskich praw majątkowych do dokumentacji technicznej jako wymaganie wygórowane i nadmiarowe, niezdefiniowanie pojęcia „utwór”.

Zamawiający wskazuje, iż pojęcie „utwór” zostało zdefiniowane w art. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, zgodnie z którym przedmiotem prawa autorskiego jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (utwór). Ustęp drugi wskazanego artykułu zawiera przykładowy katalog utworów, z których istotne znaczenie dla niniejszej sprawy mają wskazane w punkcie 1) wyrażone słowem, symbolami matematycznymi, znakami graficznymi (literackie, publicystyczne, naukowe,

kartograficzne oraz programy komputerowe); oraz w punkcie 6) architektoniczne, architektoniczno-urbanistyczne i urbanistyczne.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający podkreśla, iż w kontekście niniejszego postępowania przez utwór należy rozumieć wszelkie opracowania wymienione w treści SIWZ, które będą przejawem działalności twórczej o indywidualnym charakterze. Przykładowo można wskazać, iż przez utwór należy rozumieć specyfikacje techniczne wymienione w punkcie 3.1.1.3.7 PFU, dokumentację techniczno- ruchową, o której mowa w punkcie 3.1.14 PFU, projekty budowlane, projekty wykonawcze, projekty powykonawcze, w szczególności Dokumenty Wykonawcy o których mowa w Subklauzuli 5.2 Warunków Umowy. Inaczej mówiąc przez utwór należy rozumieć wszelkie opracowane przez wykonawcę dokumenty, nie wyłączone spod ochrony prawno- autorskiej na podstawie art. 4 ustawy o prawach autorskich i prawach pokrewnych.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący próbuje wymusić na Zamawiającym dokonanie zmian w SIWZ pod własne potrzeby i oczekiwania biznesowe, a ukształtowane przez Zamawiającego zapisy SIWZ nie stanowią naruszenia przepisów Pzp. Zamawiający zauważa, iż Odwołujący nie wykazuje, że aktualne brzmienie SIWZ uniemożliwia złożenie skutecznej oferty czy też złożenie oferty, ale jedynie, że postawione wymagania są w jego ocenie nieadekwatne do potrzeb Zamawiającego.

Zamawiający podkreśla, iż jako gospodarz postępowania oraz dysponent środków publicznych nie jest zobowiązany do ukształtowania wymagań i zobowiązań wykonawcy w taki sposób, ażeby umożliwić udział w postępowaniu wszystkim podmiotom działającym na rynku, lecz zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia oraz określić warunki przyszłej umowy w sposób zabezpieczający jego interesy.

Stosownie do postanowień art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można

opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Oznacza to zatem, że sposób, w jaki instytucja zamawiająca decyduje się określić przedmiot zamówienia, w żadnej mierze nie powinien utrudniać dostępu do tego zamówienia wykonawcom, którzy są zdolni do jego realizacji.

Omawiana zasada nie oznacza, że instytucja zamawiająca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może poprzez opis przedmiotu zamówienia narzucić wysokiego standardu jego wykonania. Każdorazowo instytucja zamawiająca posiada prawo do stawiania wysokich wymagań oraz nabywania dóbr o najwyższych standardach jakościowych, funkcjonalnych, prawnych czy organizacyjnych. Powyższe potwierdza orzecznictwo KIO np. wyrok o sygn. akt KIO 1080/17, KIO 1086/17, KIO 917/17, KIO 729/17.

22

Zamawiający wskazuje, iż w niniejszym stanie faktycznym obiektywną potrzebą Zamawiającego jest potrzeba otrzymania dokumentacji interfejsów, która umożliwi w przyszłości samodzielny i niezakłócony rozwój oraz utrzymanie systemu sterowania ruchem kolejowym. Z uwagi na potrzebę modernizacji i rozwoju urządzeń zapewniających bezpieczne prowadzenie ruchu kolejowego Zamawiający pragnie w tym celu pozyskać dokumenty pozwalające na możliwość przyłączania kolejnych systemów oraz ich integracji bez potrzeby pełnego angażowania ich dostawców oraz producentów.

Celem zrozumienia istoty problemu, Zamawiający wskazuje, iż realizowane do tej pory inwestycje wiązały się z koniecznością udzielania dotychczasowym dostawcom/producentom systemu, zamówień z wolnej ręki na dokonanie prac związanych z integracją. Tego rodzaju rozwiązanie powodowało, że wykonawcy jako podmioty posiadające całość praw zarówno do systemu, jak i dokumentacji interfejsów miały możliwość narzucania ceny za wykonanie prac w ww. zakresie. Zakwestionowane przez Odwołującego wymagania, odnośnie dostarczanej dokumentacji, mają na celu zabezpieczenie interesu Zamawiającego przed dyktatem ceny wyłonięgo wykonawcy. W świetle powyższego trudno zarzucać Zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp, gdyż jedynym celem ww. wymogów jest uniknięcie sytuacji opisanych powyżej. Zamawiający przywołuje przykłady postępowań, w których musiał podpisać umowy z wykonawcą w trybie z wolnej ręki ze względu na wyłączne prawa do systemu oraz brak dokumentacji interfejsów. Ponadto, Zamawiający wskazuje na stanowisko Izby w analogicznych sprawach (KIO 2124/17, KIO 1651/17, KIO 71/17). W związku z powyższym mając na względzie konieczność zachowania jednolitości stanowiska Izby w ww. zakresie nie powinno budzić wątpliwości, iż zarzuty z pkt. 1 a-c) nie zasługują na uwzględnienie, a odwołanie powinno zostać oddalone.

2. Błędne utożsamianie Dokumentacji Interfejsu z interfejsem oraz obowiązek przekazania dokumentacji

W odniesieniu do zarzutu związanego z zobowiązaniem wykonawcy do przeniesienia całości praw autorskich do „dokumentacji technicznej (specyfikacji interfejsu)” to jest „specyfikacji warunków koniecznych, mających na celu umożliwienie współpracy (powiązania) urządzeń w niniejszego zadania zabudowanych ramach z urządzeniami/systemami sterowania ruchem kolejowym, które potencjalnie mogą z nim współpracować” (dalej „Dokumentacja Interfejsu”), należy wyraźnie i jasno stwierdzić, że przedmiotem przeniesienia praw autorskich w omawianej sytuacji nie jest sam interfejs - to jest utwór stanowiący komponent programowo-sprzętowy, ale jedynie „specyfikacja warunków koniecznych” to jest zupełnie inny rodzaj utworu niż program komputerowy - na gruncie prawa autorskiego, mianowicie utwór literacki.

23

Definiując poszczególne pojęcia, którymi Odwołujący zdaje się posługiwać zamiennie, Zamawiający, na potrzeby wyjaśnienia wątpliwości i ułatwienia interpretacji nadaje im, na potrzeby niniejszego odwołania, następujące znaczenie:

- Interfejs jest układem umożliwiającym łączenie, współpracę i wymianę sygnałów o określonej postaci pomiędzy urządzeniami połączonymi za jego pośrednictwem zgodnie z odpowiednią specyfikacją techniczną. Dyrektywa Rady z dnia 14 maja 1991 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych (91/250/ EWG) wskazuje, że „części programu

umożliwiające takie wzajemne połączenia i wzajemne

między elementami i sprzętu oddziaływanie oprogramowania komputerowego

są ogólnie znane pod nazwą „interfejsów”. Zgodnie z powyższą definicją należy dojść do wniosku, że interfejs to nic innego tylko komponent programowo-sprzętowy służący skomunikowaniu różnych od siebie urządzeń i oprogramowania;

- Kod źródłowy to zapis programu komputerowego przy pomocy określonego języka programowania, opisujący operacje jakie powinien wykonać komputer

na zgromadzonych lub otrzymanych danych;

- Dokumentacja Interfejsów to specyfikacja, dokumentacja warunków koniecznych mających na celu umożliwienie współpracy urządzeń zabudowanych w ramach danego

Postępowania.

Nieprawdą jest, iż „wykonanie Zamówienia uniemożliwiłoby wykonanie przez Odwołującego, jak i jego konkurentów, innych umów zawartych w wyniku postępowań o analogiczne zamówienia publiczne. W przypadku Odwołującego byłoby to m.in. zadanie udzielone Odwołującemu przez Zamawiającego w innym postępowaniu pn. „Prace na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Warszawa - Otwock - Dęblin - Lublin, odcinek Otwock - Lublin w km 26,050-175,850””. Zamawiający podkreśla, iż jego zamiarem nie jest uzyskanie praw autorskich majątkowych do samego Interfejsu, lecz do Dokumentacji Interfejsu celem umożliwienia współpracy (powiązania) innych urządzeń z urządzeniami realizowanymi w ramach przedmiotowego Postępowania. Inaczej mówiąc Zamawiający musi wyłącznie posiadać informacje, które zostały wskazane w pkt 3.1.1.3.7 PFU. Te z kolei muszą umożliwić powiązanie systemów wykorzystanych przy realizacji zadania. Nie jest zatem intencją Zamawiającego otrzymanie specyfikacji wszystkich urządzeń użytych przy realizacji zadania,

Przeniesienie praw autorskich do Dokumentacji Interfejsu w żadnym zakresie nie ogranicza, ani też nie wpływa na sferę praw autorskich do samego interfejsu - czyli jak wyjaśniono wyżej komponentu programowo-sprzętowego wykonawcy. Prawa te pozostają przy wykonawcy i nic nie ogranicza go w możliwości dalszego rozwijania swojego produktu

24

(program komputerowy). Może go przy tym również licencjonować i wykorzystywać w innym zakresie. Na tym tle należy wyraźnie wskazać, że zakres żądanej dokumentacji (Dokumentacji Interfejsu) ogranicza się do „specyfikacji warunków koniecznych” umożliwiających współpracę (powiązanie) jednych urządzeń z drugimi. Informacje te są zaś niezbędne do musi spełniać inny zidentyfikowania, jakie warunki konieczne interfejs/urządzenie, który będzie w przyszłości podłączony do urządzenia zabudowanego w ramach przedmiotowego zamówienia.

Kwestionowane przez Odwołującego zapisy pkt 3.1.1.3.7 PFU, które nakładają na wykonawcę obowiązek przeniesienia autorskich praw majątkowych do Dokumentacji Interfejsów, wprowadzają wyraźny i jednoznaczny wymóg przekazania Zamawiającemu jedynie dokumentacji opisującej, w jaki sposób dostarczone oprogramowanie łączy się z innymi systemami oraz urządzeniami. Niezależnie Zamawiający wskazuje również na te zapisy warunków umowy, które zabezpieczają interes wykonawcy przed nadmierną czy nieuprawnioną ingerencją w dostarczone oprogramowanie/system przez podmioty zewnętrzne.

Zamawiający widząc potrzebę ochrony praw wykonawcy do stworzonego oprogramowania (interfejs, kody źródłowe) zadeklarował, iż wymaga udzielenia licencji na korzystanie z oprogramowania jedynie w zakresie, jakim jest to niezbędne do rozbudowy i utrzymania dostarczonego oprogramowania (systemu sterowania ruchem kolejowym) nie oczekując w tym zakresie przeniesienia autorskich praw majątkowych.

Zamawiający potrzebuje praw autorskich do Dokumentacji Interfejsu, gdyż z dokumentacji tej będzie korzystał w przyszłości. Przede wszystkim musi posiadać prawa do przekazywania Dokumentacji Interfejsu innym podmiotom (wykonawcom, podmiotom obsługującym system sterowania ruchem w celu napraw, konserwacji etc.) w ramach ciążących na Zamawiającym prawnych obowiązków zarządzania liniami kolejowymi w Polsce.

Wywiedzenie przez Odwołującego, że opracowane w ramach pkt 3.1.1.3.7 PFU specyfikacje techniczne mają charakter uniwersalny (zarówno w przypadku Odwołującego jak i innych uczestników rynku) jest nieprawdą. Zgodnie bowiem z wiedzą Zamawiającego,

specyfikacje techniczne, opracowane przez innych uczestników rynku systemów sterowania ruchem kolejowym mają charakter indywidualny i dedykowane są dla konkretnego postępowania.

Zamawiający podkreśla, iż jego obowiązkiem jest określenie przedmiotu zamówienia w sposób zobiektywizowany, z uwzględnieniem wszelkich uwarunkowań związanych z przedmiotem zamówienia, zgodnie z przepisami ustawy Pzp. W szczególności musi wziąć

25

pod uwagę by tak sformułować opis przedmiotu zamówienia, aby nie dopuścić do wyeliminowania z postępowania określonych wykonawców lub stworzenia niektórym Wykonawcom pozycji uprzywilejowanej. Należy bowiem zauważyć, iż Zamawiający udzielając Zamówienia podstawowego na system sterowania ruchem kolejowym na jednej linii kolejowej, musi mieć na względzie potrzebę jego dalszej rozbudowy na sąsiadujących liniach kolejowych.

Mając powyższe na względzie Zamawiający podnosi, iż udzielenie w przyszłości zamówienia publicznego na zbudowanie systemu sterowania ruchem kolejowym na sąsiednich liniach kolejowych w trybie konkurencyjnym oraz rozbudowę o inne systemy lub urządzenia współpracujące, będzie możliwe jedynie w sytuacji zapewnienia możliwości współdziałania systemu będącego przedmiotem niniejszego Postępowania z systemami i urządzeniami oferowanymi przez innych wykonawców. W innym przypadku Zamawiający byłby zmuszony do podejmowania prób udzielania zamówienia z wolnej ręki, co niejednokrotnie napotykać musi na przeszkody natury prawnej. I tak, przykładowo, dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp niezbędne jest zaistnienie przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, które wprost uniemożliwiają powierzenie realizacji zamówienia innemu wykonawcy. Przepis ten nie może zatem znaleźć zastosowania w sytuacji, gdy na rynku, obiektywnie rzecz biorąc, istnieją jeszcze inni wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie. W takich okolicznościach Zamawiający winien podjąć decyzję o udzieleniu zamówienia w trybie konkurencyjnym.

Przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki ze względu na wyłączenie konkurencyjności postępowania, powinny być interpretowane w sposób ścisły, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień publicznych w trybie przetargu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2001 r., III RN 16/01). W świetle powyższego, przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów lub też przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze uzasadniające udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej muszą mieć charakter zasadniczy, tak by można było wykazać, że podjęcie prac przez innego wykonawcę jest rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzezwycięzalny.

Zamawiający wskazuje, iż pkt 3.1.1.3.7 PFU został wprowadzony zgodnie z wewnętrznymi założeniami Zamawiającego, a także Wytocznymi Prezesa UZP pn. „Udzielanie zamówień publicznych na systemy informatyczne oraz dostawę zestawów komputerowych” oraz Wzorcowymi Klauzulami Ministerstwa Cyfryzacji w zakresie tworzenia opisu przedmiotu zamówienia na systemy informatyczne i oprogramowania. W przedmiot niniejszego zamówienia wchodzi dostawa komputerowego systemu sterowania ruchem

26

kolejowym, a zatem ww. wytyczne stanowią bazę do tworzenia przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do powyższego, określenie wymogu przeniesienia autorskich praw majątkowych świadczy o racjonalnym działaniu Zamawiającego. Zamawiający wprowadził pkt 3.1.1.3.7 PFU posiadając doświadczenie zdobyte na podstawie poprzednich kontraktów oraz chcąc zabezpieczyć się przed koniecznością zlecenia dotychczasowemu dostawcy komputerowego systemu sterowania ruchem kolejowym zamówienia z wolnej ręki na rozbudowę systemu czy też dokonywanie prac związanych z integracją systemów.

Zagwarantowanie ww. uprawnienia może odbyć się jedynie poprzez uzyskanie praw majątkowych do dokumentacji technicznej na korzystnie z ww. dokumentacji na określonych polach eksploatacji z jednoczesnym prawem wykonywania praw zależnych.

Zamawiający wskazuje, że z uwagi na brak żądania alternatywnego, które mogłoby polegać np. na żądaniu uzupełnienia dokumentacji przetargowej lub zastąpienia obowiązku

przeniesienia autorskich praw majątkowych do Dokumentacji Interfejsu obowiązkiem udzielenia licencji, prowadzi do tego, iż Zamawiający nie widzi podstaw do uwzględnienia odwołania. Jedynym sformułowanym przez Odwołującego żądaniem, jest żądanie wykreślenia znacznej części zapisów pkt 3.1.1.3.7 PFU. Uwzględnienie odwołania stałoby zatem w sprzeczności z przyjętymi założeniami, Wytycznymi Prezesa UZP i Ministerstwa Cyfryzacji i prowadziłoby do uzależnienia się Zamawiającego od Wykonawcy przy pracach związanych z rozbudową i modernizacją komputerowego systemu sterowania ruchem kolejowym. Powyższe narażałoby Zamawiającego na zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także nieracjonalne wydatkowanie środków publicznych. Z tego względu uznać należy, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Reasumując, udzielając zamówień publicznych w przyszłości Zamawiający będzie musiał wykazać, iż nie istniała możliwość nabycia odpowiednich praw na etapie udzielania zamówienia. Tym samym, Zamawiający wskazuje, iż żądane przez niego informacje oraz uzyskanie do nich autorskich praw majątkowych do specyfikacji technicznych (specyfikacji interfejsu) stanowi należytą staranność po stronie Zamawiającego mającą na celu zachowanie konkurencji na rynku oraz uzasadnione jest obiektywnymi potrzebami po stronie Zamawiającego.

3. Nadużywanie pozycji dominującej

Nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym jest zakazane na mocy art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów („ustawa UOKiK”). Biorąc pod uwagę całokształt przepisów ustawy UOKiK, należy uznać, że zarzut nadużycia pozycji

27

dominującej jest uzasadniony, jeżeli dany podmiot: (1) posiada status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy UOKiK; (2) posiada pozycję dominującą na rynku właściwym w rozumieniu art. 4 pkt 10 ustawy UOKiK; (3) nadużył pozycji dominującej, podejmując działania lub wstrzymując się od podjęcia działań w taki sposób, że zostaje zagrożona konkurencja na rynku właściwym, zwłaszcza wskutek działań określonych w art. 9 ust. 2 ustawy UOKiK.

Bezsporne jest, iż Zamawiający posiada status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy UOKiK. Zamawiający przyjmuje również, iż może zostać uznany jako podmiot posiadający pozycję dominującą na rynku właściwym (tj. rynku nabywców systemów sterowania ruchem kolejowym). Nie można jednak zgodzić się z faktem, iż wprowadzone przez Zamawiającego zapisy pkt 3.1.1.3.7 PFU stanowią nadużycie pozycji dominującej poprzez ograniczenie konkurencji na rynku.

W pierwszej kolejności należy podnieść, iż odwołujący nie wskazał, który z przepisów ustawy UOKiK naruszany jest przez Zamawiającego poprzez wprowadzenie pkt 3.1.1.3.7 PFU.

Istotne jest, iż zarzut nadużycia pozycji dominującej miałby uzasadnienie, gdyby Zamawiający wykorzystywał swoją pozycję na rynku właściwym (systemów sterowania ruchem kolejowym) w celu umożliwienia konkretnemu przedsiębiorcy wygrywania przetargów na dostawę takich systemów, przy jednoczesnym braku uzasadnienia ekonomicznego dla wprowadzenia konkretnych wymagań, co skutkowałoby całkowitym wyłączeniem z konkurencji dostawców takich systemów (lub ich części). W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający planuje nabyć dokumentację techniczną (specyfikację interfejsów) nie w celu wyeliminowania konkurencji na rynku, lecz w celu uniknięcia monopolu na rynku systemów sterowania ruchem kolejowym. Nabycie praw autorskich majątkowych do specyfikacji interfejsów w zakresie określonym w Subklauzuli 1.10 Warunków umowy, tj. w zakresie użytkowania utworów na własny użytek, użytek swoich jednostek organizacyjnych oraz na użytek osób trzecich związanych z realizacją zadań Zamawiającego, nie prowadzi do wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym. Kwestionowane przez odwołującego działania Zamawiającego mają na celu ograniczenie monopolu oraz umożliwienie wejścia na rynek innym podmiotom, które w chwili obecnej miały znacznie mniejsze szanse w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym.

Mając powyższe na względzie, Zamawiający ponownie podkreśla, iż zgodnie z przedstawioną szeroko argumentacją odpowiedzi na odwołanie, celem wprowadzenia zapisu punktu 3.1.1.3.7 PFU jest chęć zabezpieczenia się przed koniecznością zlecenia

dotychczasowemu dostawcy systemu sterowania ruchem kolejowym zamówienia z wolnej ręki na rozbudowę systemu czy też dokonywanie prac związanych z integracją systemów i możliwości zlecenia w przyszłości takich prac w trybach konkurencyjnych w rozumieniu pzp. Ponadto przy właściwym rozumieniu oczekiwań Zamawiającego, a w szczególności należytemu rozróżnieniu istoty interfejsu, jako komponentu programowo-sprzętowego od Dokumentacji Interfejsu, co musi prowadzić do wniosku, że przenosząc prawa autorskie do tej ostatniej, nie wyzbywa się możliwości stosowania własnych rozwiązań technicznych, ich rozwijaniu oraz nie przekazuje kompletnego know-how, rozważania na temat niniejszego zarzutu zdają się być bezprzedmiotowe.

4. Procedura zgłoszenia do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zamiaru koncentracji

Zamawiający podnosi, iż pkt 3.1.1.3.7 PFU nie stanowi zamiaru nabycia przez Zamawiającego części przedsiębiorstwa. Zamawiający ponownie podkreśla, iż jego celem jest uniezależnienie się od wykonawcy systemu będącego przedmiotem Postępowania, uniknięcie monopolu jednego wykonawcy startującego w skarżonym Postępowaniu oraz zachowanie na rynku konkurencji. Zamawiający ponadto po raz kolejny zwraca uwagę na konieczność właściwego rozumienia pojęć Interfejs i Dokumentacja interfejsu i ich wzajemnego odróżniania.

Ustawa UOKiK nie zawiera definicji legalnej koncentracji. Art. 13 ust. 2 ustawy UOKiK wskazuje zaś stany faktyczne znane powszechnie pod pojęciem form koncentracji, podlegające obowiązkowi zgłoszenia Prezesowi UOKiK. Są to:

- ☐ połączenie dwóch lub więcej samodzielnych przedsiębiorców (art. 13 ust. 2 pkt 1 ustawy UOKiK);
- ☐ przejęcie - przez nabycie lub objęcie akcji, innych papierów wartościowych, udziałów lub w jakikolwiek inny sposób - bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad jednym lub więcej przedsiębiorcami przez jednego lub więcej przedsiębiorców (art. 13 ust. 2 pkt 2 ustawy UOKiK);
- ☐ utworzenie przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy (art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy UOKiK);
- ☐ nabycie przez przedsiębiorcę części mienia innego przedsiębiorcy (całości lub części przedsiębiorstwa), obrót realizowany przez to mienie w którymkolwiek z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie przekroczył na terytorium RP równowartość 10 mln euro (art. 13 ust. 2 pkt 4 ustawy UOKiK).

Powyższy katalog jest zamknięty co oznacza, że obowiązkowi zgłoszenia Prezesowi UOKiK podlegają tylko wskazane powyżej stany faktyczne, a żaden z nich nie znajduje zastosowania do niniejszej sprawy. Należy bowiem wskazać, iż przekazanie, przez wyłonionego w ramach Postępowania Wykonawcę, praw autorskich do specyfikacji interfejsu nie będzie spełniało żadnej ze wskazanych powyżej przesłanek.

Nieprawdziwe jest podniesione przez Odwołującego twierdzenie, iż przekazanie Zamawiającemu specyfikacji interfejsu spowoduje, iż „osoba o odpowiednich kwalifikacjach i wykształceniu będzie zdolna do odtworzenia interfejsu i oprogramowania wraz z kodami źródłowymi.” Należy przede wszystkim wskazać, że Dokumentacja Interfejsu, jako że nie jest samym programem komputerowym, nie może doprowadzić do utworzenia kodów źródłowych pierwotnego programu. Obawy Odwołującego w tym zakresie nie są w żadnym zakresie zasadne, a nawet jeżeli byłoby tak jak twierdzi Odwołujący, to odtworzenie oprogramowania danego producenta naruszałoby prawa tegoż producenta do jego utworu - tj. programu komputerowego.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę na treść art. 74 ust. 2 zd. 2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, który stanowi, że „idee i zasady będące podstawą jakiegokolwiek elementu programu komputerowego, w tym podstawą łączy, nie podlegają ochronie”. Wykonawca zatem nie może skutecznie zastrzec praw autorskich w powyższym zakresie.

Co więcej, odwołujący wskazuje, iż „te elementy (specyfikacji interfejsu - przy. Zamawiającego) (...) stanowią o realniej sile przedsiębiorstwa na rynku i są w stanie

samodzielnie generować obrót.” Zamawiający ponownie podnosi, iż jego celem nie jest ograniczenie wykonawcom „możliwości prac na wszystkich projektach SRK w Polsce i na świecie”, a szczegółowe uzasadnienie w tym zakresie zostało przedstawione w uzasadnieniu dla punktu 2a odpowiedzi na odwołanie.

Reasumując, planowany transfer praw w żadnym stopniu nie spowoduje, że PKP PLK uzyska możliwość wywierania decydującego wpływu na przedsiębiorcę tylko dlatego, że Zamawiający nabędzie autorskie prawa majątkowe do stworzonych na potrzeby niniejszego Postępowania specyfikacji technicznych (specyfikacji interfejsu). Zatem zarzut nadużywania przez Zamawiającego pozycji dominującej jest bezzasadny i zasługuje na oddalenie.

5. Rękojnia za wady dokumentacji

Nieprawdą jest stawiana przez Odwołującego teza jakoby w świetle zapisów umowy odpowiedzialność z tytułu rękojmi za wady specyfikacji interfejsu, o której mowa w pkt 3.1.1.3.7 PFU rozszerzona była również na zmodyfikowane przez Zamawiającego elementy

30

specyfikacji. Zamawiający stanowczo podkreśla, iż zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego dotyczącymi rękojmi, wykonawca ponosił będzie odpowiedzialność jedynie w zakresie, w jakim wada tkwiła w rzeczy sprzedanej w momencie przejścia niebezpieczeństwa na kupującego (Zamawiającego). Inaczej mówiąc, ewentualne dokonane przez Zamawiającego modyfikacje nie będą mogły być przyczyną roszczeń z tytułu rękojmi za wady. Należy bowiem zaznaczyć, iż w żadnym z fragmentów pkt 3.1.1.3.7 PFU nie ma informacji na temat rozszerzenia odpowiedzialności wykonawcy na wady powstałe wskutek modyfikacji Zamawiającego.

Za zaprezentowanym przez Zamawiającego stanowiskiem, przemawia również przepis art. 558§ 1 zdanie pierwsze Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony mogą odpowiedzialność z tytułu rękojmi rozszerzyć, ograniczyć lub wyłączyć. Należy zatem wskazać, iż aby można było mówić o rozszerzeniu w pkt 3.1.1.3.7 PFU odpowiedzialności za wady wywołane działaniem Zamawiającego, warunki skarżonego pkt 3.1.1.3.7 PFU musiałyby przewidywać taką rozszerzoną odpowiedzialność.

Odwołujący kwestionuje również zbyt długi okres rękojmi za wady nie podając faktycznego uzasadnienia w tym zakresie. Zamawiający podnosi, iż zgodnie z cytowanym w poprzednim akapicie art. 558§1 zdanie pierwsze Kodeksu cywilnego przepisy dotyczące odpowiedzialności z tytułu rękojmi mają w zasadzie charakter *iuris dispositivi*. Tym samym Zamawiający uprawniony jest do odpowiedniego określenia okresu rękojmi za wady, dłuższego niż wynikający z przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Co istotne, poglądy doktryny i orzecznictwo nie definiują maksymalnego okresu rękojmi za wady.

Nie jest również trafne powołanie się przez odwołującego na krótszy okres gwarancji przewidziany SIWZ niż kwestionowany okres rękojmi za wady specyfikacji interfejsu. Zamawiający podnosi, iż zgodnie z ogólnie przyjętymi poglądami doktryny oraz orzecznictwem sądów powszechnych wskazane reżimy odpowiedzialności są od siebie niezależne i kupujący może sam wybierać, z których uprawnień będzie korzystał.

W uzasadnieniu niniejszego zarzutu Odwołujący wskazuje, iż żądanie jest i celu Zamawiającego nieproporcjonalne nadmierne względem Zamówienia. Zamawiający wskazuje, iż zastosowany przez niego 120 miesięczny okres rękojmi za wady wynika, wbrew twierdzeniom Odwołującego ze specyfiki i celu zamówienia. Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, będące przedmiotem niniejszego postępowania komputerowe systemy sterowania ruchem kolejowym, mają zostać docelowo zamontowane na wszystkich liniach kolejowych zarządzanych przez Odcinek linii kolejowej objęty Zamawiającego. niniejszym

31

Postępowaniem będzie w przyszłości, w ramach kolejnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, rozbudowywany o kolejne odcinki. Na chwilę obecną Zamawiający nie jest w stanie określić w jakich odstępach czasowych ogłaszane będą kolejne postępowania, jednakże 10 letni okres rękojmi jest aktualnie gwarantem możliwości udzielenia kolejnych zamówień i ich realizacji. Inaczej mówiąc, w określonym przez 10letnim okresie rękojmi możliwe będzie Zamawiającego zweryfikowanie

czy przekazana przez Wykonawcę dokumentacja nie posiada wad. Reasumując, w ocenie Zamawiającego, niniejszy zarzut zasługuje na oddalenie.

6. Rękojmia za wady dokumentacji

Zamawiający zaprzecza jakoby w którejkolwiek części pkt 3.1.1.3.7 PFU żądał od wykonawców przeniesienia własności oraz autorskich praw majątkowych do protokołów otwartych. Zamawiający ponownie zaznacza, iż specyfikacja interfejsu ma zawierać takie informacje, które umożliwią podłączenie się do zainstalowanych przez wyłonionego w ramach Postępowania wykonawcę urządzeń i oprogramowania. Inaczej mówiąc, przy założeniu, że wykonawca korzystać będzie z tzw. „otwartych protokołów” powinien wskazać jaki protokół ma być zastosowany w urządzeniu/oprogramowaniu, które będzie się w przyszłości podłączać, podając jego nazwę/typ/numer, aby umożliwić odpowiednie dostosowanie przyłączanego systemu czy urządzenia w przyszłości.

Reasumując, niniejszy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Zamawiający nie żąda przekazania własności i autorskich praw majątkowych do tzw. „protokołów otwartych”, które nie są własnością odwołującego jak i innych wykonawców.

Mając na powyższe uwagi, w ocenie Zamawiającego twierdzenia Odwołującego są w całości bezzasadne, a tym samym odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną do Prezesa Izby w dniu 1 grudnia 2017 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone podczas rozprawy Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem postępowania jest projekt i zabudowa urządzeń sterowania ruchem kolejowym (srk) oraz urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych linii kolejowej E 59 na odcinku Poznań Główny – Wronki (LCS Poznań III). Całość przedmiotu Zamówienia obejmuje wykonanie następujących elementów:

1) Dokumentacji projektowej, w tym:

32

a) opracowanie projektu wykonawczego wraz z uzyskaniem wymaganych uzgodnień oraz decyzji administracyjnych dla następujących branż:

- ☐ sterowanie ruchem kolejowym (srk),
- ☐ urządzenia i systemy telekomunikacyjne oraz
- ☐ architektoniczno-budowlana - w zakresie niezbędnym dla zabudowy przedmiotowych urządzeń,
- ☐ urządzenia i układy elektroenergetyki do 1kV w zakresie przyłączenia obiektów ww. branż do punktów zasilania,

b) opracowanie dokumentacji powykonawczej, w tym geodezyjnej dokumentacji powykonawczej,

c) przeprowadzenie procesu oceny zgodności podsystemów (sterowanie) na etapie projektowym przez jednostkę notyfikowaną, wraz z wystawieniem pośrednich deklaracji WE.

2) Realizacji robót w zakresach:

- a) urządzeń sterowania ruchem kolejowym (srk),
- b) urządzeń i systemów telekomunikacyjnych,
- c) architektoniczno-budowlanej,
- d) urządzeń i układów elektroenergetyki do 1 kV. 2.2.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia przedstawiony został w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU) stanowiącym Tom III SMZ oraz Rozbiciu Ceny Ofertowej, stanowiącym załącznik do PFU.

Zgodnie z subklauzulą 1.10 Warunków umowy: *Usuwa się treść SubKLAUZULI i zastępuje następującą treścią:*

1. Wykonawca oświadcza, że wykonując Umowę będzie przestrzegał przepisów ustawy o Prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz nie naruszy majątkowych oraz osobistych praw osób trzecich, a utwory powstałe w związku z realizacją Umowy lub jej części prześle Zamawiającemu w stanie wolnym od obciążeń prawami tych osób, a w szczególności, iż:

a) w chwili przedstawienia do odbioru przedmiotu Umowy lub jego części będą przysługiwały mu w całości i na wyłączność majątkowe prawa autorskie i prawa zależne do każdego z utworów powstałych w związku z realizacją Umowy lub jej części w zakresie

b) nie istnieją żadne ograniczenia, które uniemożliwiałyby Wykonawcy przeniesienie autorskich praw majątkowych i praw zależnych w zakresie opisanym w lit. a) powyżej do utworów powstałych w związku z realizacją Umowy lub jej części, w szczególności Wykonawca oświadcza, iż prawa te nie zostały, ani nie zostaną zbyte ani ograniczone w zakresie który, który wyłączałby lub ograniczałby prawa Zamawiającego jakie nabywa on na podstawie niniejszej umowy;

c) autorskie prawa majątkowe i prawa zależne do utworów powstałych w związku z realizacją Umowy lub jej części nie są i nie będą przedmiotem zastawu lub innych praw

na rzeczy osób trzecich i zostaną przeniesione na Zamawiającego bez żadnych ograniczeń;

d) przeniesienie autorskich praw majątkowych na Wykonawcę nie jest, a w przypadku jeżeli w chwili podpisania Umowy prawa takie mu nie przysługują, nie będzie dokonane pod warunkiem, który nie uległ ziszczeniu przed dniem przekazania przedmiotu Umowy lub jej części Zamawiającemu;

e) przeniesienie autorskich praw majątkowych na Wykonawcę nie jest, a w przypadku jeżeli w chwili podpisania Umowy prawa takie mu nie przysługują, nie będzie dokonane z zastrzeżeniem terminu późniejszego niż dzień przedstawienia do odbioru przedmiotu Umowy lub jej części Zamawiającemu;

f) zapewnił sobie, a w przypadku jeśli tego nie uczynił, to będzie dysponował zapewnieniem twórcy utworów powstałych w związku z realizacją Umowy lub jej części, w chwili odbioru przedmiotu Umowy lub jego części przez Zamawiającego, iż w przypadku powstania nowych pól eksploatacji przedmiotu Umowy lub jego części nieznanymi w chwili zawarcia Umowy, prawo do eksploatacji przedmiotu Umowy lub jego części na tych polach zostanie na Wykonawcę przeniesione, a on przeniesie je w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej na rzecz Zamawiającego na jego pierwsze żądanie.

W przypadku naruszenia przez Wykonawcę któregośkolwiek z wymienionych wyżej zobowiązań czy też oświadczeń, Wykonawca zobowiązany będzie do pokrycia szkód poniesionych przez Zamawiającego z tego tytułu.

2. Z chwilą odbioru przez Zamawiającego utworów powstałych w związku z realizacją Umowy lub jej części, Wykonawca w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej:

a) przenosi na Zamawiającego bezwarunkowo, bez ograniczeń czasowych i terytorialnych, na wyłączność, na następujących polach eksploatacji:

(i) użytkowania utworów na własny użytek, użytek swoich jednostek organizacyjnych oraz użytek osób trzecich w celach związanych z realizacją zadań Zamawiającego,

(ii) utrwalenia utworów na wszelkich rodzajach nośników, a w szczególności na nośnikach video, taśmie światłoczułej, magnetycznej, dyskach komputerowych oraz wszystkich typach nośników przeznaczonych do zapisu cyfrowego (np. CD, DVD, Blue-ray, pendrive, itd.),

(iii) zwielokrotniania utworów dowolną techniką w dowolnej ilości, w tym techniką magnetyczną na kasetach video, techniką światłoczułą i cyfrową, techniką zapisu komputerowego na wszystkich rodzajach nośników dostosowanych do tej formy zapisu, wytwarzanie jakiegokolwiek techniką egzemplarzy utworu, w tym techniką drukarską, reprograficzną, zapisu magnetycznego oraz techniką cyfrową,

(iv) wprowadzanie do obrotu,

(v) wprowadzania utworów do pamięci komputera na dowolnej liczbie stanowisk

oraz do sieci multimedialnej, telekomunikacyjnej, komputerowej, komputerowych w tym do Internetu,

(vi) wystawiania, ekspozycji, wyświetlania i publicznego odtwarzania utworu,

(vii) nadawania całości lub wybranych fragmentów utworu za pomocą wizji albo fonii przewodowej i bezprzewodowej przez stację naziemną,

(viii) nadawania za pośrednictwem satelity,

(ix) reemisji,

(x) wymiany nośników, na których utwór utrwalono,

- (xi) wykorzystania w utworach multimedialnych,
- (xii) wykorzystywania całości lub fragmentów utworu do celów promocyjnych i reklamy,
- (xiii) wprowadzania zmian, skrótów,
- (xiv) sporządzenia wersji obcojęzycznych, zarówno przy użyciu napisów, jak i lektora,
- (xv) publicznego udostępniania utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i w czasie przez niego wybranym,
- (xvi) najem,
- (xvii) dzierżawa,
- (xviii) udzielanie licencji na wykorzystanie,
- (xix) wielokrotne wykorzystywanie do realizacji inwestycji,

35

(xx) publikowanie części lub całości, całość autorskich praw majątkowych do utworów w rozumieniu przepisów ustawy o Prawie autorskim i prawach pokrewnych, bez względu na ilość egzemplarzy, wytworzonych w związku z realizacją Umowy lub jej części, w szczególności takich jak: raporty, mapy, wykresy, rysunki, plany, dane statystyczne, ekspertyzy, obliczenia i inne dokumenty przekazane Zamawiającemu w wykonaniu niniejszej umowy oraz broszur, obejmujących prawo do rozporządzania i korzystania z wyłączeniem innych osób, bez konieczności składania dodatkowych oświadczeń Stron w tym zakresie (z zastrzeżeniem oświadczeń, o których mowa w ust. 8);

b) udziela Zamawiającemu wyłącznego prawa do wykonywania i zezwalania na wykonywanie praw zależnych praw autorskich, w szczególności poprzez zezwolenie Zamawiającemu na dokonywanie opracowań i zmian utworów, na korzystanie z opracowań utworów oraz ich przeróbek oraz na rozporządzanie tymi opracowaniami wraz z przeróbkami, w szczególności w sytuacji, gdy zmiany w utworach następują na skutek autorskiego w przepisów Prawa budowlanego sprawowania nadzoru rozumieniu oraz gdy są konieczne i uzasadnione ze względu na realizację przedmiotu umowy lub optymalizację lub charakter inwestycji; wprowadzenie zmian oraz nadzór autorski może zostać wykonane przez Zamawiającego lub powierzone dowolnej osobie bez pozbawienia autorów utworów praw do korzystania z osobistych praw autorskich a Wykonawca oświadcza, iż jest uprawniony do działania w imieniu autorów w zakresie tego potwierdzenia. Wykonawca zapewni także, że autorzy wszelkich utworów stworzonych w ramach niniejszej Umowy, wyrażą zgodę na naruszanie integralności, w tym formy i treści utworów, poprzez wprowadzanie do nich zmian – niezależnie od tego, jaki podmiot dokonywać będzie tych zmian.

3. Równocześnie z nabyciem autorskich praw majątkowych do utworów Zamawiający nabywa w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej własność wszystkich egzemplarzy lub nośników, na których utwory zostały utrwalone. Zaakceptowana Kwota Kontraktowa obejmuje także wynagrodzenie za wykorzystywanie utworów na poszczególnych polach eksploatacji.

4. Zamawiający na podstawie Umowy nabywa prawo do przeniesienia autorskich praw majątkowych uzyskanych na podstawie niniejszej Umowy na rzecz osób trzecich, a także nabywa prawo do korzystania i rozporządzania zależnym prawem autorskim w zakresie, określonym niniejszą Umową, w szczególności w Załączniku nr 4 do Warunków Szczególnych.

36

5. Strony ustalają, iż wykonywanie nabytych praw na wszystkich polach eksploatacji określonych w Załączniku nr 4 do Warunków Szczególnych, może następować w całości, w części, fragmentach, samodzielnie, w połączeniu z dziełami innych podmiotów, w tym jako część dzieła zbiorowego, po zarchiwizowaniu w formie elektronicznej i drukowanej, po dokonaniu opracowań, przystosowań, uzupełnień lub innych modyfikacji, itd.

6. W przypadku wystąpienia przez jakąkolwiek osobę trzecią w stosunku do Zamawiającego, z roszczeniem z tytułu naruszenia praw autorskich lub praw zależnych, zarówno osobistych, jak i majątkowych, jeżeli

naruszenie nastąpiło w związku z realizacją Umowy przez Wykonawcę, Wykonawca:

- a) przyjmie na siebie pełną odpowiedzialność za powstanie oraz wszelkie skutki powyższych zdarzeń;
- b) w przypadku skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego, o czym Zamawiający jest zobowiązany niezwłocznie powiadomić Wykonawcę, Wykonawca wstąpi do procesu po stronie Zamawiającego i pokryje wszelkie koszty związane z udziałem Zamawiającego w postępowaniu sądowym, w tym koszty obsługi prawnej postępowania;
- c) poniesie wszelkie koszty związane z ewentualnym pokryciem roszczeń majątkowych i niemajątkowych związanych z naruszeniem praw autorskich majątkowych lub osobistych osoby lub osób zgłaszających roszczenia.

7. Każdy egzemplarz każdego z utworów wykonanych w ramach Umowy będzie zawierał oświadczenie zawarte w Załączniku Nr 4 do Warunków Szczególnych, osoby wskazanej na nim jako twórca, iż przeniósł on na Wykonawcę na wyłączność i bezwarunkowo autorskie prawa majątkowe do utworu w zakresie określonym w niniejszej Umowie oraz oświadczenie Wykonawcy stanowiące Załącznik Nr 5 do Warunków Szczególnych.

8. Wykonawca zobowiązuje się, wraz z przekazaniem części przedmiotu Umowy, a przed Odbiorem końcowym, uzyskać oświadczenia autora lub - w przypadku wielości - autorów tej części w przedmiocie ich zobowiązania do niewykonywania przysługujących im osobistych praw autorskich do przekazanej części przedmiotu Umowy przez okres 10 lat oraz upoważnienia Zamawiającego do wykonywania osobistych praw autorskich w ich imieniu przez ten okres.

9. Wykonawca, w przypadku jeśli będzie to konieczne, jest zobowiązany do zapłaty autorowi części przedmiotu Umowy wynagrodzenia za powstrzymanie się od wykonywania osobistych praw autorskich na zasadach określonych w ustępie poprzedzającym. Wykonawca zwalnia Zamawiającego z obowiązku zapłaty jakichkolwiek kwot na rzecz autora w odniesieniu do zobowiązania do powstrzymania się od wykonywania osobistych praw autorskich.

37

10. Zamawiający udziela Wykonawcy niewyłącznej licencji na czas wykonywania Umowy w celu niezbędnym do realizacji Robót, do korzystania na terenie Rzeczypospolitej Polskiej z Wymagań Zamawiającego oraz materiałów dołączonych do SIWZ, które stanowią utwory w rozumieniu ustawy o Prawie autorskim i prawach pokrewnych, na polach eksploatacji wskazanych w Załączniku Nr 4 do Warunków Szczególnych.

11. Powyższe postanowienia niniejszej SubKLAUZULI w zakresie przeniesienia praw autorskich nie dotyczą oprogramowania, co do którego będzie się uważało, że Wykonawca przez podpisanie Kontraktu udzielił Zamawiającemu bezterminowej, zbywalnej,

nie za uwzględnionym w Kwocie zastrzeżonej, wynagrodzeniem zaakceptowanej Kontraktowej licencji na kopiowanie, używanie i przekazywanie oprogramowania. Niniejsza licencja będzie używana wyłącznie w celu budowy, rozbudowy, remontu, użytkowania i modyfikacji infrastruktury kolejowej w Rzeczypospolitej Polskiej. Przedmiotowa Licencja uprawnia w szczególności do:

- (i) trwałego lub czasowego zwielokrotnienia programu komputerowego w całości lub w części jakimikolwiek środkami i w jakiejkolwiek formie;
- (ii) rozpowszechniania, w tym użyczenia, dzierżawy lub najmu, programu komputerowego lub jego kopii.

Oprogramowanie opracowane przez Wykonawcę (lub na jego rzecz) nie będzie bez zgody Wykonawcy używane, kopiowane czy przekazywane stronie trzeciej za wyjątkiem spółek z Grupy PKP, przez Zamawiającego (lub w jego imieniu) do celów innych, niż te które są dozwolone według niniejszej SubKLAUZULI.

Zgodnie zaś z pkt 3.1.1.3.7 PFU - Wymagania dla urządzeń srk umożliwiające ich powiązanie z innymi urządzeniami/systemami srk:

Wykonawca opracuje i prześle Zamawiającemu w formie dokumentacji technicznej (specyfikacji interfejsu) specyfikację warunków koniecznych, mających na celu umożliwienie współpracy (powiązania) urządzeń zabudowywanych w ramach niniejszego zadania z urządzeniami/systemami sterowania ruchem kolejowym, które potencjalnie mogą z nimi współpracować.

W przypadku zabudowy stacyjnych urządzeń srk (nastawnica) Wykonawca dostarczy warunki techniczne dla umożliwienia współpracy z:

- ☐ systemem stacyjnym srk (sąsiednia nastawnica)
- ☐ systemem zdalnego sterowania
- ☐ centrum utrzymania i diagnostyki (CUID)

38

- ☐ systemem ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC)
- ☐ systemem samoczynnej blokady liniowej (w tym na potrzeby współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC))
- ☐ systemem półsamoczynnej blokady liniowej (w tym na potrzeby współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC))
- ☐ systemem kontroli niezajętości
- ☐ systemem zabezpieczenia ruchu na przejeździe kolejowo-drogowym
- ☐ napędem zwrotnicowym
- ☐ sygnalizatorem przytorowym

W przypadku zabudowy liniowych urządzeń srk Wykonawca dostarczy warunki techniczne dla umożliwienia współpracy z:

- ☐ systemem zdalnego sterowania
- ☐ centrum utrzymania i diagnostyki (CUID)
- ☐ systemem stacyjnym srk (nastawnica) (w tym na potrzeby współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC))
- ☐ systemem ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC)
- ☐ systemem ERTMS/ETCS poziom 1 (koder LEU)
- ☐ systemem kontroli niezajętości
- ☐ sygnalizatorem przytorowym

W przypadku zabudowy systemu zdalnego sterowania (nadrzędnym) Wykonawca dostarczy warunki techniczne dla umożliwienia współpracy z:

- ☐ systemem zdalnego sterowania sąsiednim
- ☐ centrum utrzymania i diagnostyki (CUID)
- ☐ systemem ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC)
- ☐ systemem ERTMS/ETCS poziom 1 (koder LEU)
- ☐ systemem stacyjnym srk (nastawnica)
- ☐ systemem samoczynnej blokady liniowej
- ☐ systemem półsamoczynnej blokady liniowej

39

- ☐ systemem zabezpieczenia ruchu na przejeździe kolejowo-drogowym
- W przypadku zabudowy systemu ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC) Wykonawca dostarczy warunki techniczne dla umożliwienia współpracy z:
- ☐ systemem stacyjnym srk (nastawnica)
 - ☐ systemem zdalnego sterowania
 - ☐ centrum utrzymania i diagnostyki (CUID)
 - ☐ systemem ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC) (sąsiednim)
 - ☐ urządzeniami DSAT

W przypadku zabudowy systemu zabezpieczenia ruchu na przejeździe kolejowo-drogowym Wykonawca dostarczy warunki techniczne dla umożliwienia współpracy z:

- ☐ systemem zdalnego sterowania
- ☐ systemem stacyjnym srk (nastawnica)
- ☐ centrum utrzymania i diagnostyki (CUID)
- ☐ systemem ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC)
- ☐ systemem ERTMS/ETCS poziom 1 (koder LEU)

W przypadku zabudowy urządzeń DSAT Wykonawca dostarczy warunki techniczne dla umożliwienia współpracy z:

- ☐ systemem ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC)

W przypadku zabudowy urządzeń zewnętrznych (tj. napęd zwrotnicowy, system kontroli niezajętości, sygnalizator przytorowy) Wykonawca dostarczy warunki techniczne dla umożliwienia współpracy z:

- ☐ systemem stacyjnym srk (nastawnica)

- ☐ systemem samoczynnej blokady liniowej

Dokumentacja techniczna, o której mowa powyżej powinna zawierać, co najmniej:

- ☐ przeznaczenie i zakres stosowania,
- ☐ sposób realizacji warstwy fizycznej tj.:
 - sposób połączenia mechanicznego (wtyczki, złącza),
 - parametry elektryczne (poziomy napięcie, prądów),

40

- sposób kodowania i dekodowania informacji bitowej,
- zależności czasowe sygnałów elektrycznych,
- klasy izolacji, poziom zakłóceń, poziomy sygnałów nadawania, czułość odbiornika, itd.
- ☐ dla poszczególnych pozostałych warstw powinien zostać określony używany protokół (lub protokoły) przez określenie referencji do specyfikacji protokołu w przypadku protokołów standardowych lub szczegółowa specyfikacja protokołu/protokołów, jeśli jest on niestandardowy,
- ☐ zastosowane mechanizmy zapewniające bezpieczeństwo transmisji danych zgodnie z wymaganiami odpowiednich norm,
- ☐ specyfikację funkcjonalną interfejsu zawierającą:
 - specyfikację procedur wymiany danych procesowych: inicjowania wymiany danych, logowania, wylogowania, przesyłania informacji o stanach elementów (statusów), przesyłania poleceń sterujących, synchronizacji czasu itd.,
 - specyfikacje struktur telegramów: rodzaje telegramów, opisy struktury telegramów i ich przeznaczenia,
 - specyfikacje danych procesowych: lista danych procesowych z opisem ich znaczenia i dopuszczalnych wartości, sposób formatowania zmiennych w polach danych użytkowych telegramów

- ☐ odniesienie do wymagań RAMS

Wykonawca przygotowuje ww. dokumentację dla każdego z ww. powiązań oddzielnie i uzgodni z Zamawiającym.

Wyżej opisana dokumentacja przekazana po ich wykonaniu Zamawiającemu, jest własnością Zamawiającego z autorskimi prawami włącznie.

Wykonawca zapewnia, iż przedłożona dokumentacja techniczna (specyfikacja interfejsu) urządzeń/systemów będzie spełniać określone powyżej wymogi Zamawiającego tj. będzie zawierać informacje i dane niezbędne dla powiązania i integracji urządzeń/systemów zabudowanych w ramach niniejszego zadania z urządzeniami/systemami sterowania ruchem kolejowym, które będą mogły potencjalnie współpracować. Okres zgłaszania wad dla każdej części tej dokumentacji rozpoczyna się w dniu jej odbioru przez zamawiającego i kończy się po 120 miesiącach od daty wydania Świadectwa Przejęcia Robót.

41

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Odnosnie wniosku Odwołującego o wyłączenie jawności rozprawy w stosunku do Zamawiającego w zakresie przedstawienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, a niezbędnych jego zdaniem do uzupełnienia argumentacji wskazanej w odwołaniu, Izba uznała, że brak jest podstaw formalno-prawnych do jego uwzględnienia. Co do zasady rozprawa w postępowaniu odwoławczym jest jawna. Jako wyjątek od zasady, wyłączenie jawności może nastąpić jedynie w sytuacji, gdy jest

to rzeczywiście uzasadnione, po wnikliwej analizie okoliczności, które miałyby stanowić uzasadnienie takiego wyłączenia. Zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczą postanowień SIWZ, a nie są związane z ofertą Odwołującego, zatem Izba postanowiła nie uwzględnić wniosku Odwołującego w tym zakresie.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W zakresie zarzutu niezdefiniowania pojęcia „utworu” skład orzekający podzielił stanowisko Zamawiającego. W sytuacji, w której dane pojęcie zdefiniowane zostało w przepisach prawa powszechnie obowiązującego, nie ma potrzeby jego definiowania w treści umowy. Odnosząc się zaś do wymogów przeniesienia autorskich praw majątkowych do utworów powstałych w związku z realizacją umowy lub jej części (w tym wykorzystywania ich na polach eksploatacji RP wraz z prawem do wykonywania i zezwalania na wykonywanie zależnych praw autorskich), a także przeniesienia majątkowych praw autorskich do dokumentacji technicznej należy wskazać, że są one jak najbardziej zasadne.

Oczywiście uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego określenia wymagań, które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zamawiający powinien działać w granicach

42

określonych art. 353¹ oraz art. 5 Kodeksu cywilnego, co oznacza, że postanowienia nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Nie mogą również przekraczać granic swobody umów, kształtując rażąco nierównomiernie wzajemne prawa i obowiązki.

Powyższe nie może być jednak interpretowane w taki sposób, że wymaga się dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem, a sposób świadczenia zamówienia, który należy zaoferować, pozostawiony jest wykonawcom. Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia tak, aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby. Zamawiający musi jednak każdorazowo wykazać swoje uzasadnione potrzeby, jeśli nie w ramach poszczególnych postanowień, to w toku weryfikacji jego decyzji, np. podczas rozpatrywania wniesionego odwołania. Równocześnie powinien dbać o racjonalne wydatkowanie środków, a przede wszystkim o zapewnienie należytego wykonania przyszłej umowy.

Argumentacja nakierowana wyłącznie na okoliczność, że wnoszący odwołanie wykonawca nie może wykonać zamówienia, względnie że wiązałoby to się z dużymi trudnościami nie przesądza jeszcze, że opis przedmiotu zamówienia narusza zasady uczciwej konkurencji czy proporcjonalności. Ustalenie bowiem nawet, że tylko ograniczona liczba podmiotów może spełnić wymagania zamawiającego ma drugorzędne znaczenie dla oceny, czy naruszono przepisy Prawa zamówień publicznych. Jeśli potrzeba zamawiającego jest zobiektywizowana, może on tak opisać przedmiot zamówienia, że jest w stanie zadość uczynić mu tylko ograniczony krąg wykonawców. W takim wypadku celem nie jest preferowanie określonego wykonawcy, ale otrzymanie przez zamawiającego świadczenia odpowiadającego jego rzeczywistym potrzebom.

Oczekiwanie względem przedmiotu zamówienia nie muszą umożliwiać ubiegania się o udzielenie zamówienia każdemu zainteresowanemu wykonawcy. Fundamentalne zasady nie mają rządzące postępowaniem charakteru absolutnego. W przeciwnym razie zamówienia publiczne można byłoby sprowadzić do roli instrumentu pozyskiwania dóbr o przeciętnej, niczym niewyróżniającej się jakości, a nadto o cechach nieuwzględniających usprawiedliwionych potrzeb zamawiających (tak w wyroku KIO z dnia 23 marca 2017 r., sygn. akt KIO 445/17).

Właściwym podejściem, zdaniem Izby, jest dopuszczenie stawiania przedmiotowi zamówienia nawet bardzo restrykcyjnych wymagań, o ile po stronie zamawiającego występują obiektywne powody ograniczania w taki sposób kręgu potencjalnych

43

wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. W niniejszym stanie faktycznym obiektywną potrzebą Zamawiającego jest potrzeba otrzymania dokumentacji interfejsów,

która umożliwi w przyszłości samodzielny i niezakłócony rozwój oraz utrzymanie systemu sterowania ruchem kolejowym. Izba uznała więc, że Zamawiający postępowałby co najmniej nieracjonalnie, gdyby dopuszczał do sytuacji udzielania później zamówień z wolnej ręki na rozbudowę systemu czy też dokonywanie prac związanych z integracją systemów.

Zamawiający wykazał, że kwestionowane wymagania mają mu służyć w przyszłości, bowiem będzie mógł np. podłączyć nowe urządzenia do rozwiązań zrealizowanych w obecnym zamówieniu, bez uzależniania się od wykonawcy obecnego postępowania. Sytuacja ta dotyczy wszystkich potencjalnych wykonawców, zatem wszystkim podmiotom działającym na rynku postawiono takie same warunki początkowe. Ponadto, Izba podziela stanowisko prezentowane w wyroku KIO z dnia 11 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1417/16, że art. 29 ust. 1 ustawy Pzp *nie powinien być odnoszony do sytuacji jednego wykonawcy i trudności, jakie mogą u tego wykonawcy wystąpić z uwagi na takie, a nie inne wymagania zamawiającego. Przepis ten nie powinien być również odczytywany w ten sposób, że nakłada na zamawiającego obowiązek uwzględnienia i wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia uzasadnionych wymagań, które dla wykonawcy mogą stanowić źródło ewentualnych niedogodności czy potrzeby reorganizacji swojej pracy bądź stworzenia nowych rozwiązań dostosowanych do realizacji konkretnego zamówienia.*

W ocenie Izby zarzuty nadużywania pozycji dominującej oraz zaniechania przewidzenia w SIWZ procedury zgłoszenia do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zamiaru koncentracji polegającego na nabyciu części przedsiębiorstwa należy również uznać za bezzasadne. Po pierwsze, jak słusznie zauważył Zamawiający nabycie praw autorskich majątkowych do specyfikacji interfejsów nie prowadzi do wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym, wręcz przeciwnie stanowi możliwość dla innych podmiotów zaistnienia na tym rynku. Izba podziela także pogląd Zamawiającego, że niezagwarantowanie sobie korzystania z utworów w określony sposób niewątpliwie może utrudnić udzielenie w przyszłości zamówień innym wykonawcom niż dotychczasowemu. Ponadto, ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów formułuje zamknięty katalog czterech operacji, które kwalifikuje jako koncentracje, tj. których zamiar podlega zgłoszeniu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Zdaniem składu orzekającego Odwołujący nie udowodnił, że którakolwiek z przesłanek ma zastosowania w niniejszym stanie faktycznym. Zgodnie z art. 14 ustawy Pzp, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego należy wskazać, że *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi, a nie na tym kto zaprzecza)*. W trakcie postępowania

44

odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje, bowiem zgodnie z art. 190 ustawy Pzp to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Podobny pogląd został zaprezentowany w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia*

spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Odwołujący nie wykazał również czemu zakres informacji koniecznych do przekazania

w zakresie dokumentacji

interfejsów jest nadmierny. Nie uzasadnił dlaczego zaproponowane przez niego postanowienia ograniczają dostarczenie warunków technicznych dla umożliwienia współpracy jedynie do RBC-nastawnica, RBC - system zdalnego sterowania, RBC - liniowe urządzenia SRK, RBC-RBC.

Skład orzekający nie dopatrywał się również naruszenia przez Zamawiającego ustawy Pzp w zakresie zarzutu związanego z rękojmą za wady dokumentacji. Postanowienia pkt 3.1.1.3.7 PFU nie zawierają rozszerzenia odpowiedzialności wykonawcy na wady powstałe wskutek modyfikacji Zamawiającego. Ponadto, z ww. postanowień nie sposób wywieść jakoby Zamawiający żądał przekazania własności i autorskich praw majątkowych do tzw. „protokołów otwartych”, niebędących własnością Odwołującego jak i innych wykonawców. Dodatkowo należy wskazać, że zakres czasowy rękojmą można wydłużyć. Zamawiający może więc dowolnie określić okres rękojmą z zachowaniem reguł określonych w art. 353 i Kodeksu cywilnego. W ocenie Izby uzasadnienie Zamawiającego wprowadzenia 10 letniego okresu rękojmą jest klarowne i przekonujące oraz usprawiedliwione jego obiektywnymi potrzebami.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

45

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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 ze zm.).

Przewodniczący:

.....

.....

46