

WYROK

z dnia 7 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący Aleksandra Patyk
Anna Packo
Członkowie: Irmína Pawlik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lutego 2022 r. przez wykonawcę AŻD PRAHA s.r.o. z siedzibą w Pradze (Republika Czeska) w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Zakłady Automatyki „Kombud” S.A. z siedzibą w Radomiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę AŻD PRAHA s.r.o.

z siedzibą w Pradze (Republika Czeska):

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę AŻD PRAHA s.r.o. z siedzibą w Pradze (Republika Czeska) tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego - wykonawcy AŻD PRAHA s.r.o. z siedzibą w Pradze (Republika Czeska) 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 strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 445/22

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na opracowanie projektów wykonawczych i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu pn.: "Prace na obwodnicy towarowej Poznania" (znak postępowania: 9090/IRZR3/21556/00077/22/P).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 stycznia 2022 r. pod numerem 2022/S 011-025031.

W dniu 18 lutego 2022 r. wykonawca AŽD PRAHA s.r.o. z siedzibą w Pradze (Republika Czeska) [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie wobec postanowień SWZ zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) oraz art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zmianę i nadanie nowego brzmienia całości pkt 3.7.8.2.16.2, pkt 3.7.8.2.16.5 i pkt 3.7.8.2.16.12 PFU polegającą na pozostawieniu dotychczasowego brzmienia uzupełnionego o wymóg „zmiany na stacjach Suchy Las, Swarzędz oraz Poznań Górczyn aplikacji w istniejących urządzeniach komputerowych lub zastosowanie własnych urządzeń stacyjnych srk wykonanych w technologii komputerowej” i w konsekwencji opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia lub może utrudniać uczciwą konkurencję, uniemożliwia równe traktowanie wykonawców, stawia w uprzywilejowanej sytuacji Bombardier oraz Thales, a także w sposób nieproporcjonalny do potrzeb Zamawiającego i niezapewniający uzyskanie najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów.

Wobec ww. zarzutu Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu stosownie do art. 554 ust. 3 pkt 1) lit a) i c) ustawy Pzp dokonanie zmiany PFU poprzez wykreślenie w pkt 3.7.8.2.16.2, pkt 3.7.8.2.16.5 i pkt 3.7.8.2.16.12 PFU wymagań w zakresie dotyczącym obowiązku dokonania zmian w aplikacjach EBILOCK produkcji Bombardier lub ESTW produkcji Thales.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy z uwzględnieniem okoliczności mających miejsce w sprawie o sygn. akt: KIO 219/22.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonana zmianą SWZ z dnia 8 lutego 2022 r. dopuścił możliwość realizacji zamówienia w zakresie wskazanym w pkt 3.7.8.2.16.2, 3.7.8.2.16.5 i 3.7.8.2.16.12 PFU alternatywnie (i) poprzez zmianę aplikacji w istniejących urządzeniach komputerowych lub (ii) zastosowanie własnych urządzeń stacyjnych srk w przypadku stacji Suchy Las i Swarzędz oraz możliwości wymiany / zmiany systemu sterowania ruchem typu ESTW na stacji Poznań Górczyn. Wprowadzona zmiana nie zmieniła w żaden sposób sytuacji wykonawców biorących udział w Postępowaniu, względem tej jaka miała miejsce przed modyfikacją postanowień PFU. W dalszym ciągu wyżej wskazane punkty PFU są sprzeczne z zasadą wynikającą z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp.

Stacja Suchy Las

Czynności przewidziane do wykonania w ramach pkt 3.7.8.2.16.2 PFU polegające na m.in. na zmianie aplikacji w urządzeniach komputerowych na podg. Suchy Las może

wykonać jedynie Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o., ponieważ polegają na zmianach aplikacji urządzeń wewnętrznych już istniejących produkcji tego wykonawcy tj. w systemie EBILOCK (patrz poz. 7.1.4.2.21 RCO). Żaden inny wykonawca nie ma takich autoryzacji/uprawnień by zrobić te prace. Zmiana aplikacji może zostać wykonana jedynie na odpowiednich dedykowanych narzędziach (licencja na te narzędzia jest jedynie u Producenta urządzeń), za pomocą odpowiedniego języka programowania, za pomocą specjalnie do tego przygotowanego oprogramowania, którego posiadaczem może być

jedynie Producent systemu srk. Dopuszczona przez Zamawiającego alternatywa w postaci możliwości zastosowania „własnych urządzeń stacyjnych srk” jest zaś w rzeczywistości niemożliwa do wykonania. Posterunek odgałęźny Suchy Las został zabudowy w ramach inwestycji pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 354 Poznań Główny POD - Chodzież - Piła Główna” (dalej jako: "Zamówienie LK 354") jako część jednego systemu sterującego odcinkiem od Poznania do Piły. Na odcinku znajduje się kilka posterunków ruchu. Wykonawca realizujący przedmiotowe zamówienie i korzystający z możliwości "zastosowania własnych urządzeń stacyjnych srk" będzie obowiązany do wymiany istniejącego już urządzenia zabudowanego przez inny podmiot, który jest już powiązany z eksploatowanym przez Zamawiającego systemem sterowania ruchem kolejowym produkcji Bombardier na całym odcinku linii kolejowej. Zmiana aplikacji (instalacja nowego urządzenia) dla stacji Suchy Las nie dotyczy jedynie samej stacji Suchy Las, ale rzutuje również na pozostałe stacje na odcinku Suchy Las - Piła, tj. posterunków: Złotniki, Wargowo, Oborniki Wielkopolskie, Rogoźno Wielkopolskie, Budzyń, Chodzież, Dziembówko (ostatni posterunek graniczący ze stacją Piła), które wchodzi w skład jednej aplikacji razem ze stacją Suchy Las. Zgodnie z informacją zamieszczoną w PFU urządzenia zostały wyprodukowane w 2019/2020 r. (tj. obecnie objęte są one okresem gwarancyjnym). Urządzenia te są ze sobą powiązane technicznie i działają w oparciu o jednolity system konkretnego producenta. Zamawiający dokonał odbioru prac na tym odcinku i aktualnie eksploatuje wyżej wskazany odcinek linii kolejowej. W świetle powyższego mamy do czynienia z połączonym i działającym układem powiązanych ze sobą urządzeń i aplikacji. W takim wypadku, gdy stacja Suchy Las znajduje się jako składnik jednej większej aplikacji nie może z niej zostać usunięta bez konsekwencji, czego zdaje się nie dostrzegać Zamawiający. Tymi konsekwencjami jest zmiana aplikacji dla całego odcinka Poznań - Piła, która wciąż wymaga współpracy z Bombardier w ramach tego zadania. Odwołujący wskazał, że zmiana aplikacji / urządzeń dla LCS Poznań - Piła (gdzie znajdują się zabudowane przez Bombardier urządzenia i aplikacje) znajduje się poza zakresem prac dla niniejszego przetargu. Zgodnie z zapisami SIWZ: "Linia kolejowa 354 Poznań Główny POD - Piła Główna na odcinku od km 4 625 do km 5 267. (...) Parametry osiągnięto w ramach prac modernizacyjnych na LK 354. " Podany kilometraż od km 4,625 do km 5,267 prac na linii 354 dotyczy jedynie posterunku Suchy Las. Zmiany systemu stacyjnego mają wpływ na odcinek linii 354 będący poza niniejszym kontraktem. W świetle powyższego wymiana urządzenia na stacji Suchy Las będzie musiała zapewniać nie tylko prawidłowe wykonanie przedmiotowego zamówienia, ale również gwarantować, że funkcjonujący już system powiązanych ze sobą urządzeń i aplikacji będzie nadal funkcjonował w niezmiennym zakresie. Aby zatem wymiana urządzeń srk była możliwa niezbędna jest (i) wiedza na temat funkcjonowania tego systemu, a także (ii) współpraca z dotychczasowym dostawcą systemu (np. w celu dostosowania nowych urządzeń powiązanych z posterunkiem Suchy Las, które zostały zabudowane w ramach Zamówienia LK 354 etc.). Twierdzenia Zamawiającego, że dokonana w dniu 8 lutego 2022 r. zmiana PFU znosi spór pomiędzy stronami oraz czyni zarzuty Odwołującego nieaktualnymi, nie są prawdziwe.

Odwołujący wskazał, że dokonana zmiana SWZ pozostaje bez wpływu na sytuację wykonawców zainteresowanych udziałem w Postępowaniu - wykonawcy ci, nawet jeśli zdecydują się na wymianę urządzeń stacyjnych srk lub aplikacji będą zobowiązani do nawiązania współpracy z Bombardier. To z kolei prowadzi do naruszenia powyżej wskazywanych zasad. Ponadto, wymiana urządzeń stacyjnych srk wymagałaby wykonania przez wykonawcę prac poza placem budowy objętym niniejszym Postępowaniem. Zamawiający nie zapewnił zaś w ramach Postępowania uprawnienia wykonawców do prowadzenia prac poza placem budowy objętym niniejszym Postępowaniem, ani nie zapewnił udzielenia w tym zakresie niezbędnych zamknięć torowych. Zamawiający nie opisał w PFU stanu infrastruktury wymagającego prac związanych z wymianą systemu na całym odcinku Poznań - Piła w sposób umożliwiający wycenę przedmiotu zamówienia związaną z wymianą urządzeń stacyjnych srk.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w sposób całkowicie niezasadny przerzuca wszystkie ryzyka i ciężary związane z wymianą urządzeń srk na wykonawcę przedmiotowego zamówienia. W odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 lutego 2022 r. Zamawiający wskazuje, że „dopuszcza zastosowanie własnych systemów, jeżeli wszystkie koszty z tym związane zostaną uwzględnione w cenie ofertowej i nie spowodują wydłużenia czasu pracy. Ponadto, Zamawiający zaznacza, że konsekwencje sposobu wprowadzenia zmiany spoczywają na Wykonawcy”). Powyższe rozwiązanie powoduje, że wszystkie ryzyka kontraktowe - całkowicie niezależne od działań wykonawcy - zostały przeniesione na

wykonawcę. Do ryzyk tych należy zaliczyć m.in. ryzyko braku technicznych możliwości wymiany urządzeń lub aplikacji, ryzyko istnienia wad dotychczasowych urządzeń lub błędy aplikacji uniemożliwiającej ich wymianę czy niedysponowanie przez Zamawiającego wystarczającym prawem do ingerencji w wykorzystywane obecnie rozwiązania. Powyższe prowadzi do sytuacji, w której wykonawcy inni niż Producenci są obowiązani oszacować te ryzyka i odpowiednio je skalkulować w cenie oferty, co jest niemożliwe.

Podkreślał, że Zamawiający w dokumentacji przetargowej nie udziela informacji czy wymiana urządzeń i aplikacji jest w ogóle możliwa z punktu widzenia technicznego i prawnego, na co Odwołujący zwrócił już uwagę powyżej. W sytuacji, w której wymiana urządzenia lub aplikacji jest uzależniona od pozyskania wiedzy lub zgody podmiotu trzeciego, tj. producenta urządzenia lub aplikacji - każdy z wykonawców powinien przyjąć ryzyko, że dany producent może nie być w ogóle zainteresowany podjęciem współpracy z danym wykonawcą (np. z uwagi na świadczone usługi gwarancyjne czy rękojmię dla tych urządzeń, których wymiana powoduje utratę uprawnień Zamawiającego w tym zakresie czy też oczekiwanie, że Zamawiający udzieli temu podmiotowi zamówienia na utrzymanie tych urządzeń w ramach procedury zamówienia z wolnej ręki). Odwołujący wskazał, że z posiadanego przez niego doświadczenia takie sytuacje mają miejsce na kontraktach realizowanych przez Zamawiającego. Jako przykład Odwołujący wskazuje na korespondencję Odwołującego z Thales, z której wynika, że wykonawca ten nie zawsze jest zainteresowany współpracą z wykonawcami wymienianych urządzeń srk. Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający posiada uprawnienie do określania wymagań, aby nowy dostawca sprzętu lub oprogramowania dokonywał wymiany i integracji swoich rozwiązań z tymi, które są przez Zamawiającego aktualnie wykorzystywane, ale każdorazowo winien dać nowemu wykonawcy odpowiednie do tego narzędzia, jak również dokonać właściwej mitygacji ryzyk związanych z taką współpracą. W sytuacji, w której Zamawiający nie jest w stanie przyjąć na siebie ryzyka kontraktowego związanego z wymianą urządzeń oraz zapewnienia współpracy z Producentem powinien - zgodnie z żądaniem głównym odwołania - wyłączyć z przedmiotu zamówienia wyżej wskazany zakres prac.

Stacja Swarzędz

W zakresie prac wskazanych w pkt 3.7.8.2.16.5 PFU Stacja Swarzędz prace polegające m.in. na zmianie aplikacji w urządzeniach komputerowych może wykonać jedynie Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. i Thales, ponieważ polegają na zmianach aplikacji urządzeń wewnętrznych już istniejących produkcji tych wykonawców tj.

w systemie EBLOCK (patrz pkt 3.7.8.2.16.5 PFU) i Command 900 produkcji Thales. Żaden inny wykonawca nie ma takich autoryzacji/uprawnień by zrobić te prace. Zmiana aplikacji może zostać wykonana jedynie na odpowiednich dedykowanych narzędziach (licencja na te narzędzia jest jedynie u Producenta urządzeń), za pomocą odpowiedniego języka programowania, za pomocą specjalnie do tego przygotowanego oprogramowania, którego posiadaczem może być jedynie Producent systemu srk. Systemy na stacji Swarzędz zostały zabudowane w roku 2008 (komputer zależnościowy Eblock 950 produkcji BT oraz sterowanie zdalne z systemu nadrzędnego Command 900 produkcji Thales). Stacja Swarzędz jest sterowana z LCS Poznań I (inaczej LCS Poznań POA) produkcji Thales. Systemy niniejsze na ten moment nie dają możliwości współpracy z systemami ERTMS/ETCS poziomu 2, co nie dziwi biorąc pod uwagę datę ich produkcji. Stanowisko miejscowe, na którym znajduje się stacja Swarzędz jest również stanowiskiem miejscowego sterowania posterunkiem Poznań Antoninek. Ze stanowiska LCS Poznań I (inaczej Poznań POA) steruje się m.in. następującymi stacjami lub posterunkami ruchu: Poznań Wschód; Poznań Główny; Swarzędz; Poznań Antoninek; Poznań Garbary; Poznań Górczyn. Zabudowa nowego systemu stacyjnego (np. Odwołującego, ale nie tylko) wiąże się ze zmianami w aplikacji Command 900 LCS Poznań I produkcji Thales oraz zmianą aplikacji miejscowego sterowania dla komputera zależnościowego i nadrzędnego (usunięcie stacji Swarzędz), a co za tym idzie również z wymianą aplikacji. Uprawnienie do dokonywania tego rodzaju zmian posiada wyłącznie dotychczasowy dostawca aplikacji i komputera Thales (stanowisko LCS) lub Bombardier (stanowisko miejscowe). Żaden inny wykonawca nie jest w stanie samodzielnie dokonać wymiany urządzenia, gdyż (i) nie posiada takich uprawnień (praw do modyfikacji systemów i ingerencji w nie), (ii) nie posiada wiedzy na temat sposobu działania całego rozwiązania (know - how Thales i Bombardier, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa), (iii) nie posiada danych, aby dostosować własne urządzenia srk do działającego już systemu.

Podkreślał, iż zmiany w aplikacji dla LCS Poznań I (między innymi Poznań Główny, Poznań Wschód) znajdują się poza zakresem prac dla niniejszego przetargu. Zgodnie z postanowieniami SWZ: „Linia kolejowa nr 804 Poznań Antoninek - Nowa Wieś Poznańska na odcinku od km 0 311 do km 1 767: a) kategoria linii wg. TSI: P5/F3, b) prędkość maksymalna dla:

- pociągów pasażerskich - 50 km/h (podano prędkość eksploatacyjną, projektowane parametry łuku poziomego pozwalają na jazdę z prędkością równą 60 km/h, przy czym prędkość jest ograniczona ze względu na jazdę na kierunki zwrotne rozjazdów o skosie 1:9 i promieniu 300 m, odgałęziających z linii nr 3 oraz 352; nie zakłada się ruchu pasażerskiego na danej linii),

- pociągów towarowych - 50 km/h (podano prędkość eksploatacyjną, projektowane parametry łuku poziomego pozwalają na jazdę z prędkością równą 60 km/h, przy czym prędkość jest ograniczona ze względu na jazdę na kierunki zwrotne rozjazdów o skosie 1:9

i promieniu 300 m, odgałęziających z linii nr 3 oraz 352; nie zakłada się ruchu pasażerskiego na danej linii),

(...) Linia kolejowa nr 352 Swarzędz - Poznań Starołęka na odcinku od km -0,869 do km

0,419 oraz od km 0,790 do km 11,111 (□). ”

Reasumując Odwołujący wskazał, że skoro zabudowa nowego systemu srk na stacji Swarzędz wymaga nawiązania przez wykonawcę współpracy z Thales w celu zaktualizowania aplikacji LCS Poznań I (usunięcie stacji Swarzędz) oraz z Bombardier w celu zaktualizowania aplikacji miejscowego stanowiska posterunku Poznań Antoninek (usunięcie stacji Swarzędz i pozostawienie sterowania miejscowego stacją Poznań Antoninek), to wciąż treść PFU utrudnia uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami. Wskazania wymaga także, że wymiana urządzeń stacyjnych srk wymagałaby wykonania przez wykonawcę prac poza placem budowy objętym niniejszym Postępowaniem. Zamawiający nie zapewnił zaś w ramach Postępowania uprawnienia wykonawców do prowadzenia prac poza placem budowy objętym niniejszym Postępowaniem, ani nie zapewnił udzielenia w tym zakresie niezbędnych zamknięć torowych. Zamawiający nie opisał w PFU stanu infrastruktury wymagającego prac związanych z wymianą urządzeń stacyjnych srk. Nie można pominąć i tej okoliczności, że w zmianie SWZ Zamawiający ogranicza możliwość wymiany urządzeń stacyjnych srk na „własne” tym samym ograniczając konkurencję wyłącznie do producentów urządzeń stacyjnych srk, zaś pozbawiając możliwości wykonawców wymiany urządzeń stacyjnych srk na urządzenia innych producentów niż Bombardier i Thales.

Poznań Górczyn

W zakresie prac wskazanych w pkt 3.7.8.2.16.12 PFU Stacja Poznań Górczyn prace

polegające na „- Zmiana aplikacji związku z zmianą w układzie torowym oraz uzależnieniem i powiązaniem przejazdów kolejowo - drogowych” może wykonać jedynie Thales Polska

Sp. z o.o., ponieważ polegają na zmianach aplikacji urządzeń wewnętrznych już istniejących produkcji tego wykonawcy tj. systemie ESTW (patrz pkt 3.7.8.2.16.12 PFU). Żaden inny

wykonawca nie ma takich autoryzacji/uprawnień by zrobić te prace. Zmiana aplikacji może zostać wykonana jedynie na odpowiednich dedykowanych narzędziach (licencja na te narzędzia jest jedynie u Producenta urządzeń), za pomocą odpowiedniego języka programowania, za pomocą specjalnie do tego przygotowanego oprogramowania, którego posiadaczem może być jedynie Producent systemu srk. Systemy na stacji Poznań Górczyn zostały zabudowane w roku 2009 (sterowanie zdalne z systemu nadrzędnego Command 900 i system zależnościowy ESTW produkcji Thales). Stacja Poznań Górczyn jest sterowana z LCS Poznań I (inaczej LCS Poznań POA) produkcji Thales. Systemy te na ten moment nie dają możliwości współpracy z systemami ERTMS/ETCS poziomu 2, co nie dziwi biorąc pod uwagę datę ich produkcji. Ze stanowiska LCS Poznań I (inaczej Poznań POA) steruje się m.in. następującymi stacjami lub posterunkami ruchu: Poznań Wschód; Poznań Główny; Swarzędz; Poznań Antoninek; Poznań Garbary; Poznań Górczyn. Zabudowa nowego systemu stacyjnego, podobnie jak w przypadku stacji Swarzędz, wiąże się ze zmianami w LCS Poznań I produkcji Thales, a co za tym idzie również z wymianą aplikacji na LCS produkcji Thales. Odwołujący podkreślał, że zmiany w aplikacji dla LCS Poznań I (między innymi Poznań Główny, Poznań Wschód itd.) znajdują się poza zakresem prac dla niniejszego przetargu. Zgodnie z zapisami SWZ: „Linia kolejowa nr 801 Poznań Starołęka PSK - Poznań Górczyn na odcinku od km 0,033 do km 4,124 (...)”. Zatem jeśli zabudowa nowego systemu na stacji Poznań Górczyn będzie się wiązać z koniecznością zaktualizowania aplikacji LCS Poznań I to pozostaje wciąż ten sam problem naruszenia uczciwej konkurencji. Wymiana urządzeń stacyjnych srk wymagałaby wykonania przez wykonawcę prac poza placem budowy objętym niniejszym Postępowaniem. Zamawiający nie zapewnił zaś w ramach Postępowania uprawnienia wykonawców do prowadzenia prac poza placem budowy objętym niniejszym Postępowaniem, ani nie zapewnił udzielenia w tym zakresie niezbędnych zamknięć torowych. Zamawiający nie opisał w PFU stanu infrastruktury wymagającego prac związanych z wymianą urządzeń srk. Zamawiający zatem powinien albo wyłączyć wyżej wskazany zakres prac z przedmiotu zamówienia i powierzyć

jego wykonanie odpowiednio Bombardier lub Thales w ramach zamówienia z wolnej ręki, albo przejąć na siebie wszelkie ryzyka związane z wymianą urządzeń srk poza tymi, które z oczywistych względów leżą po stronie wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający niejednokrotnie udzielał w ramach zamówienia z wolnej ręki na świadczenie przez dotychczasowego dostawcy urządzeń srk i oprogramowania - usług utrzymaniowych i integracji systemów srk z systemami innych wykonawców na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z 2004 r. (obecnie art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Odwołujący wskazał przykłady takich zamówień.

Odwołujący odniósł się do zmiany pkt 3.7.8.2 Wytyczne ogólne, ppkt. 4 PFU i wskazał, że w przypadku aplikacji znajdujących się na stacjach Swarzędz i Poznań Górczyn mamy do czynienia z urządzeniami, które nie są dostosowane do współpracy z ERTMS/ETCS poziomem 2. Zamawiający jednocześnie nie wymaga spełnienia tych wytycznych przy zmianie aplikacji Producentów systemów istniejących. Wskazane wymagania w sposób ewidentny stanowi przejaw naruszenia zasady uczciwej konkurencji, gdyż powyższe postanowienie nie będzie mieć zastosowania do urządzeń wbudowywanych przez dotychczasowych Producentów. Określone w tym zakresie wymagania stawiane innym wykonawcom niż Producenci jest niewspółmierne do potrzeb Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że dokonana przez Zamawiającego zmiana PFU nie wprowadziła zmian, które umożliwiłyby wykonawcom innym niż Thales i Bombardier udział w Postępowaniu na konkurencyjnych i równych zasadach. Nadal - bez udziału Bombardier i Thales - żaden inny wykonawca nie jest w stanie złożyć oferty w przetargu, a następnie zrealizować zamówienia. W konsekwencji, czynność Zamawiającego polegająca na opisanu przedmiotu zamówienia w PFU w sposób nadany zmianą SWZ z dnia 8 lutego 2022 r. narusza art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) oraz art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i utrudnia lub może utrudniać uczciwą konkurencję, uniemożliwia równe traktowanie wykonawców, stawia w uprzywilejowanej sytuacji Bombardier oraz Thales, a także w sposób nieproporcjonalny do potrzeb Zamawiającego i niezapewniający uzyskanie najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów.

Odwołujący wskazał, że dokonany w wyniku zmiany SWZ opis przedmiotu zamówienia jest nieproporcjonalny do potrzeb Zamawiającego w zakresie, w jakim nakłada na wykonawców, którzy nie mają możliwości nawiązania współpracy z odpowiednio Bombardier lub Thales, obowiązek wymiany urządzeń stacyjnych srk na obszarze wykraczającym daleko poza zakres objęty przedmiotem zamówienia oraz plac budowy objęty zamówieniem i prowadzi do konieczności wymiany urządzeń stacyjnych srk, które już posiada Zamawiający i co do których nie zachodzi potrzeba ich wymiany. Wymaga także podkreślenia, że brak wyłączenia zmian w aplikacjach EBILOCK produkcji Bombardier i ESTW produkcji Thales do osobnego zamówienia będzie skutkować uprzywilejowaną pozycją tych wykonawców w postępowaniu i koniecznością w kalkulowaniu cen zaoferowanych przez Bombardier i Thales innym wykonawcom w cenie oferowane Zamawiającemu przez tychże wykonawców. Alternatywnie pozostali wykonawcy mogą wybrać wymianę urządzeń stacyjnych srk na własne, jednak jak już wskazano powyżej jest to w rzeczywistości niemożliwe, a nadto wiązałoby się z jeszcze większymi kosztami niż nawiązanie współpracy z Bombardier lub Thales. W konsekwencji wymaga wskazania, że proponowane przez Zamawiającego rozwiązania alternatywne prowadzą do nieefektywnego wydatkowania środków publicznych oraz naruszenie zasady uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów. W obu przypadkach Zamawiający będzie musiał ponieść znacznie wyższe wydatki, niż w przypadku wyłączenia wskazanego zakresu prac do osobnego zamówienia zleconego z wolnej ręki na rzecz odpowiednio Bombardier lub Thales. Zamówienie takie może także potencjalnie przybrać formułę przetargu konkurencyjnego, o ile jakkolwiek inny wykonawca niż odpowiednio Bombardier lub Thales będzie zainteresowany realizacją wskazanych prac.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 stycznia 2022 r. z jako jeden z argumentów przemawiających za rzekomą niemożliwością wyłączenia wyżej wskazanych prac do odrębnego zamówienia wskazał na ryzyko związane z utratą dofinansowania projektu. Odnosząc się do powyższego Odwołujący wskazał, że zgodnie z informacją zawartą w dokumentacji przetargowej projekt będzie ubiegał się o dofinansowanie w ramach instrumentu „Łącząc Europę” 2021-2027 (CEF 2). Szczegółowe zasady ubiegania się o dofinansowanie określa Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/1153 z dnia 7 lipca 2021 r. ustanawiające instrument „Łącząc Europę” i uchylające rozporządzenia (UE) nr 1316/2013 i (UE) nr 283/2014 (Tekst mający znaczenie dla EOG). Aktualnie nie zostały jeszcze opublikowane krajowe wytyczne dotyczące instrumentu, w tym także zasady utraty lub zmniejszenia dofinansowania danego projektu. W świetle powyższego nie sposób ustalić, jakiego naruszenia zasad otrzymania dotacji zamówienia obawia się Zamawiający i czy obawy te mają charakter realny. Z informacji dostępnych Odwołującemu wynika, że Zamawiający nigdy nie został ukarany z powodu dokonania podziału danego projektu na części. Wskazania przy tym wymaga, że

realizowane zamierzenia inwestycyjne realizowane przez Zamawiającego niejednokrotnie były dzielone z uwagi na przedmiot zamówienia (projekt, budowa, nadzór, działania promocyjne), jak i w podziale na modernizowane odcinki linii kolejowych (Lot A, B, C i D). Co więcej, Zamawiający niejednokrotnie prowadził inwestycje, w których dla przykładu roboty budowlane i zabudowa ERTMS/ETCS były realizowane w ramach oddzielnych zamówień niż przebudowa / modernizacja linii kolejowej. W tym konkretnym przypadku Zamawiający podjął decyzje, aby wszystkie prace przy budowie obwodnicy towarowej Poznania połączyć w jedno zamówienie. Nie jest zatem prawdą, że podział przedsięwzięcia ma jakikolwiek wpływ na ubieganie się o udzielenie dofinansowania.

Odwołujący wskazał, iż trudno przyjmować, że Zamawiający może narazić się na zarzut naruszenia przepisów ustawy Pzp dający podstawę do zmniejszenia kwoty dofinansowania, skoro sama ustawa Pzp daje Zamawiającemu nieograniczone uprawnienie podziału zamówienia. Niedokonanie podziału zamówienia na części, w sytuacji istnienia ku temu przesłanek, w poprzedniej perspektywie finansowej mogła stanowić podstawę do nałożenia korekty finansowej - vide pkt 3 Załącznika nr 1 Taryfikatora („Instytucja zamawiająca nie wskazuje głównych powodów, dla których postanowiono nie dzielić zamówienia na części lub nie umożliwić składania ofert częściowych, co może mieć wpływ na ograniczenie konkurencji.”). Dodatkowo, Zamawiający obawiając się ryzyka nałożenia korekty finansowej w związku z podziałem inwestycji na części ma możliwość poddania się tzw. kontroli ex ante, która jeszcze przed wyborem wykonawcy i udzieleniem zamówienia potwierdza czy zakładany przez Zamawiającego sposób prowadzenia postępowania jest zgodny z wytycznymi dotyczącymi ubiegania się o udzielenie dofinansowania.

Ponadto Odwołujący wskazał, że nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że Zamawiający w pkt II.2.14 ogłoszenia o zamówieniu zastrzegł możliwość unieważnienia postępowania w przypadku nietrzymania dotacji. Wszelkie obawy Zamawiającego nie znajdują żadnego potwierdzenia w okolicznościach przedmiotowej sprawy.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że możliwość zastosowania własnych rozwiązań może narazić Zamawiającego na zarzut ze strony np. NIK w zakresie nieefektywnego i nieracjonalnego wydatkowania środków publicznych. Zamawiający bowiem dwukrotnie zapłaci za ten sam zakres zamówienia (tj. pierwszy raz za urządzenie, które już zostało wbudowane oraz drugi raz za te, które będzie dopiero przedmiotem planowanych prac). W gestii Zamawiającego leży zatem wyłączenie wyżej wskazanego zakresu prac z przedmiotu zamówienia i zlecenie modyfikacji aplikacji odpowiednio Thales lub Bombardier. Wydzielenie wyżej wskazanych prac jest dla Zamawiającego z biznesowego oraz ekonomicznego punktu widzenia korzystnym i optymalnym rozwiązaniem, gdyż dotychczasowy wykonawca jako jedyny posiada wiedzę na temat technicznych i prawnych uwarunkowań zabudowanych przez siebie urządzeń, a zatem (i) jest w stanie zoptymalizować koszty wykonania zamówienia (brak kosztów ryzyka kontraktowego, marży, kosztów podwykonawstwa), (ii) nie powstanie ryzyko roszczeń wykonawcy związanych z brakiem możliwości wymiany aplikacji, (iii) prace mogą zostać zlecone Producentom w ramach zamówień z wolnej ręki (art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), a więc Zamawiający nie jest zmuszony do przeprowadzenia procedury przetargowej w tym zakresie.

Odwołujący wskazał, że nie sposób również podzielić zapatrywań Zamawiającego odnośnie potrzeby skoordynowania wszystkich prac objętych zamówieniem przez jednego wykonawcę oraz ryzyka wystąpienia potrzeby zwiększenia liczby zamknięć torowych. W ocenie Odwołującego to wymuszenie na wykonawcy podjęcia współpracy z Producentami bez określenia przez Zamawiającego zasad odpowiedzialności i współpracy pomiędzy dwoma podmiotami będzie stanowił przyczynę powstawania różnego rodzaju problemów realizacyjnych. Jak wykazał zaś Odwołujący, wymiana urządzeń stacyjnych srk wiązałyby się zaś z koniecznością wykonania przez wykonawcę prac wykraczających poza zakres zamówienia oraz koniecznych do wykonania poza obszarem placu budowy objętym zamówieniem, do którego na podstawie umowy wykonawca nie będzie miał dostępu oraz w zakresie wymagającym udzielenia dodatkowych i nieprzewidzianych zamknięć torowych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 2 marca 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że zarzut odwołania jest bezzasadny, gdyż w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, a formułowane przez Odwołującego żądania stanowią jedynie przejaw chęci zmodyfikowania zapisów SWZ

zgodnie z jego własnymi oczekiwaniami i zamysłami. Zamawiający wskazał, że utartym zarówno w doktrynie przedmiotu jak i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej poglądem jest, że sformułowana przepisach PZP zasada nienaruszenia uczciwej konkurencji nie może być traktowana jako zasada o charakterze absolutnym, która uniemożliwia zamawiającemu sporządzenie opisu stosownie do swoich rzeczywistych potrzeb (tak np. E. Wiktorowska [w:]

A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany). Zamawiający zwrócił uwagę na Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2018 r. sygn. akt 155/18. Zamawiający wskazał, że w jego ocenie opis przedmiotu Zamówienia nie utrudnia uczciwej konkurencji. Wskazał, że Odwołujący przywołując uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lipca 2017 r. sygn. akt KIO-KD 36/17, sam musiał zauważyć, że opis przedmiotu zamówienia ograniczający możliwość złożenia ofert przez wszystkich wykonawców mogących to zamówienie wykonać nie jest niezgodny z prawem jeśli jest podyktowany racjonalnymi i obiektywnie uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego. Mając na uwadze przywołane poglądy doktryny oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej można stwierdzić, że zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający konkurencję nie może być przeszkodą do jego przygotowania zgodnie z racjonalnymi i obiektywnymi potrzebami Zamawiającego.

Zamawiający podniósł, że w przedmiotowym Postępowaniu obiektywną potrzebę Zamawiającego stanowi ukształtowanie zapisów SWZ w taki sposób, że to wybrany wykonawca przeprowadzi konfigurację systemów sterowania oraz zapewni na ich właściwą współpracę, która pozwoli na niezakłócony i bezpieczny ruch pociągów. Przyjęcie odmiennego rozwiązania polegającego na wydzieleniu ww. prac z zakresu niniejszego zamówienia, tak jak sugeruje Odwołujący, powodowałoby, że pojawi się konieczność wprowadzenia dodatkowych zamknięć torowych w związku z tym, że prace nie będą mogły być prowadzone jednocześnie przez kilku Wykonawców. Okoliczność ta ma wpływ na czas realizacji całego projektu, gdyż powstałe odcinki nie będą gotowe do użytkowania, a przez to ich wykorzystanie w tym czasie zgodnie z potrzebami Zamawiającego jest niemożliwe. Odwołujący całkowicie ignoruje ten czynnik skupiając się jedynie na aspekcie ekonomicznym wykonania prac.

Odnosząc się natomiast do wskazanego aspektu ekonomicznego, Zamawiający wskazuje, że koszt robót wynikający z potrzeby wykonania prac dot. przebudowy istniejących urządzeń SRK stanowi około 1.6% kosztu całości robót. Z tego względu nie może być to czynnik, który ma decydujący wpływ na jedną z podstawowych potrzeb Zamawiającego jaką jest realizacja zamówienia w określonym terminie. Tymczasem jak wyżej wskazano, wydzielenie tego zakresu prac z przedmiotowego Postępowania prowadziło by z pewnością do wydłużenia czasu realizacji całego projektu. Zamawiający ponownie podkreślał, że konieczność powierzenia przebudowy istniejących urządzeń Wykonawcy wybranemu w niniejszym postępowaniu jest obiektywną potrzebą Zamawiającego. Wyżej wskazane koszty robót przesadzają również o bezzasadności zarzutu dot. nieproporcjonalności skarżonych zapisów PFU do potrzeb Zamawiającego.

Kolejną kwestią jest, że zdaniem Odwołującego za wydzieleniem ww. prac z niniejszego zamówienia przemawia możliwość udzielenia w tym zakresie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie zgadza się z tym wnioskiem, gdyż w jego ocenie udzielenie takiego zamówienia w trybie z wolnej ręki jest całkowicie niezasadne. Zamawiający potwierdził, że zadania wskazane w odwołaniu realizowane były w trybie zamówienia z wolnej ręki. Należy jednak wyraźnie zaznaczyć, że w każdym przypadku związane to było z charakterem prowadzonego zadania oraz zapewnieniem właściwej konfiguracji systemu sterowania ruchem kolejowym. We wszystkich ww. zamówieniach roboty związane z powiazaniem lub rekonfiguracją systemu dotyczyły urządzeń wyłącznie jednego wykonawcy. W przedmiotowym Postępowaniu mamy do czynienia z całkowicie odmienną sytuacją faktyczną. W zakresie przedmiotowego zamówienia powiazanie musi nastąpić względem urządzeń wykonawców Thales, Bombardier Transportation Polska Sp. z o.o. ale również względem urządzeń samego Odwołującego, co jest całkowicie pomijane w treści Odwołania. W zakresie wskazanym w projekcie wykonawca branży SRK będzie musiał również współpracować z Odwołującym, ponieważ jest on producentem urządzeń stacyjnych na stacji Kiekrz (w zakresie projektu). Potwierdzenie tej okoliczności stanowi strona tytułowa projektu wykonawczego, w których przedstawiony jest rzeczony Wykonawca. Ponadto informujemy, że na stacji Kiekrz oraz na posterunku odgałęźnym PoD występują urządzenia produkcji AŽD Praha typu ESA 44-PL, które współpracują z urządzeniami innych producentów na posterunku odgałęźnym PoD, poprzez zastosowanie odpowiednich interfejsów. Zamawiający nie widzi możliwości udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w sytuacji, w której w ramach zamówienia wykonane mają być prace dotyczące urządzeń kilku różnych wykonawców. Mając powyższe na uwadze, wykonanie powiązań urządzeń w ramach konkurencyjnego zamówienia w żaden sposób nie stawia wykonawców Thales i Bombardier w uprzywilejowanej sytuacji. Przeciwnie, to właśnie w sytuacji udzielenia zamówienia z wolnej ręki doszłoby do jawnego faworyzowania jednego z wykonawców i naruszenia zasady wyrażonej w art. 99 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający wybrał więc tryb udzielenia zamówienia, który w obecnej sytuacji zapewnia najlepszą ochronę uczciwej konkurencji.

Zamawiający wskazał, że wszystkie powyższe okoliczności w sposób jasny przemawiają za tym, że uwzględnienie ww. prac w przedmiocie niniejszego zamówienia

stanowi obiektywną potrzebę Zamawiającego, a co za tym idzie nie powinny być one z niego wydzielone.

Idąc dalej Zamawiający wskazał, że Odwołujący całkowicie ignoruje formułę niniejszego kontraktu jako „projektuj i buduj”, a przy tym jest niekonsekwentny w swoich twierdzeniach co do problematyki prac związanych z istniejącymi urządzeniami SRK i ryzyk z tym związanych. Podkreślił, że realizacja zadania zlecona zostanie w formule „projektuj i buduj”. W związku z tym przyszły Wykonawca Robót odpowiedzialny będzie zarówno za przygotowanie dokumentacji projektowej (projekt wykonawczy) oraz wykonanie robót budowlanych. Zamawiający pozostawia w związku z tym możliwie największą dowolność w kwestii rozwiązania problemów technicznych. Całość zadania musi być wykonana zgodnie z regulacjami wewnętrznymi Zamawiającego, przepisami prawa i zgodnie ze sztuką budowlaną oraz doświadczeniem Wykonawcy. Jednakże sposób wykonania robót branży SRK może zostać wybrany przez przyszłego Wykonawcę robót, o ile pozwoli osiągnąć efekty postawione w PFU. Zamawiający wskazał także, że w pkt 2.2.2.7 „Urządzenia sterowania ruchem kolejowym” PFU dokładnie opisane zostały urządzenia istniejące na poszczególnych posterunkach ruchu. Określono przy tym m.in. ich wiek, typ oraz stan techniczny. Uzasadniał, że należy mieć na uwadze, że projekt budowlany, jest dla Wykonawcy dokumentem podstawowym do dalszego projektowania oraz wykonawstwa robót i nie wyklucza wprowadzenia zmian. Ostateczny zakres wykonywanych robót zostanie określony przez Wykonawcę w ramach opracowanej dokumentacji. Z wszystkich powyższych cech formuły „projektuj i buduj” Odwołujący zdawał sobie sprawę w czasie trwania postępowania pn. „Projekt i zabudowa urządzeń sterowania ruchem i sygnalizacji oraz urządzeń kolejowej sieci telekomunikacyjnej na odcinku P. Główny - W. (LCS P. Główny III) w ramach Projektu „Prace na linii kolejowej E 59 P. Główny - Szczecin Dąbie”. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 685/18, wydanym w związku z wniesieniem odwołania w ww. postępowaniu, Odwołujący w niniejszej sprawie stwierdził wtedy, że: formuła kontraktu „projektuj i buduj” pozwala A. [Odwołującemu - dop. Zamawiającej] nawet na wymianę wszystkich istniejących urządzeń srk, a jedynym problemem byłoby zwiększenie ceny oferty i przekroczenie budżetu Zamawiającego. Powyższe stanowi jawny przejaw niekonsekwencji Odwołującego w jego poglądach na temat prac związanych z istniejącymi urządzeniami SRK oraz ryzykiem w tym zakresie. Odwołujący w ww. postępowaniu wskazywał bowiem, że w jego ocenie formuła kontraktu określona jako „projektuj i buduj” pozwala nawet na wymianę wszystkich urządzeń, a jedynym problemem jest przy tym wzrost ceny oferty. Całkowicie odmienne podejście Odwołujący prezentuje na gruncie niniejszego postępowania. Takie zachowanie potwierdza, że Odwołanie stanowi jedynie przejaw chęci zmiany SWZ pod potrzeby wykonawcy.

W ramach niniejszej Odpowiedzi Zamawiający uważa za konieczne odnieść się również do sformułowanych przez Odwołującego twierdzeń co do zabudowy systemu ETCS. W związku z faktem, że zabudowa systemu ETCS poziomu 2 nie jest w zakresie niniejszego zadania, Zamawiający odstąpił od wymagania przystosowania istniejących urządzeń SRK do współpracy z systemem ETCS poziomu 2, gdyż nie jest to warunek konieczny do

zakończenia modernizacji w sposób zapewniający osiągnięcie zakładanego celu. Niemniej

jednak zabudowa systemu ETCS poziom 2 przewidziana jest w przyszłości, w związku

z powyższym Zamawiający zmodyfikował zapisy SWZ w taki sposób, żeby dostarczone w ramach przedmiotowego zadania komputerowe urządzenia SRK były przystosowane

i przygotowane do współpracy z systemem ETCS poziom 2. Przystosowanie istniejących urządzeń SRK warstwy podstawowej do współpracy z systemem ETCS poziomu 2 zostanie zlecone w ramach zadania zabudowy systemu ETCS poziom 2 na przedmiotowym odcinku linii. Ponadto należy podkreślić, że urządzenia SRK warstwy podstawowej na stacjach Swarzędz oraz Poznań Górczyn zostaną zaadaptowane do współpracy z systemem ETCS poziom 2 i z nim powiązane w ramach zadania pn.: „Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E20 Kunowice - Terespol” (z wyłączeniem węzła warszawskiego).

Natomiast w odniesieniu do argumentacji Odwołującego dotyczącej efektywnego i racjonalnego wydatkowania środków publicznych Zamawiający wskazał, że poprzez wydzielenie ww. prac z zakresu niniejszego zamówienia i ich powierzenia poszczególnym producentom urządzeń jako zamówień z wolnej ręki, Zamawiający pozostaje zależny od danego wykonawcy co w sposób oczywisty może wpłynąć na wzrost ceny za wykonanie tych prac. Dodatkowo Zamawiający zwracał uwagę na problematykę wyboru wykonawcy do udzielenia potencjalnego zamówienia z wolnej ręki ze względu na ich mnogość. Z doświadczenia Zamawiającego wynika, że to właśnie udzielanie zamówienia w trybie z wolnej ręki prowadzi do potencjalnego nieefektywnego wydatkowania środków publicznych. Jednocześnie sam fakt, że oferenci w niniejszym Postępowaniu muszą uwzględnić w cenie oferty koszty powiązania w żaden sposób nie świadczy o nieracjonalnym wydatkowaniu środków publicznych. Przywołał wyrok KIO z 23.03.2017 r., sygn. akt KIO

445/17.

Reasumując, w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do naruszenia przepisów. Brzmienie pkt 3.7.8.2.16.2, pkt 3.7.8.2.16.5 i pkt 3.7.8.2.16.12 PFU nie jest niezgodne z przepisami ustawy Pzp, a w szczególności nie narusza art. 99 ust. 4 tego aktu prawnego. W ocenie Zamawiającego wszystkie jego działania pozostają w zgodzie z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także wynikają z jego obiektywnie uzasadnionych potrzeb. W takiej sytuacji odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż stanowi jedynie przejaw chęci Odwołującego do dostosowania zapisów SWZ zgodnie z jego własnymi oczekiwaniami.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń

i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 18 lutego 2022 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Zakłady Automatyki „Kombud” S.A. z siedzibą w Radomiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 21 lutego 2022 r. po stronie Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami modyfikacjami oraz wyjaśnieniami.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie i pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 3 marca 2022 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego, tj. cztery świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu urządzenia przeznaczonego do prowadzenia ruchu kolejowego oraz zrzut z ekranu komputera stanowiska obsługi, jak również złożoną przez Zamawiającego mapę obrazującą zakres prac objętych przedmiotem zamówienia (opracowanie własne Zamawiającego).

Izba ustaliła, co następuje:

Treść Programu Funkcjonalno - Użytkowego [dalej „PFU”] - TOM III ustalona na moment zamknięcia rozprawy, tj. 3 marca 2022 r. (z uwzględnieniem zmian z 2 marca 2022 r.).

Przedmiotem zamówienia jest opracowanie Projektów Wykonawczych wraz ze STWiORB oraz Projektów Budowlanych i Projektów Budowlanych Zamiennych (tam, gdzie jest to wymagane) a także wykonanie robót budowlanych dla następujących odcinków linii

kolejowych:

nr 272 od km 194,300 do km 200,460

nr 352 od km -0,873 do km 11,798

nr 354 od km 4,625 do km 5,267

nr 394 od km 3,200 do km 12,615

nr 395 od km -0,019 do km 20,793

nr 801 od km 0,002 do km 4,126

nr 802 od km 0,000 do km 4,453

nr 803 od km -1,055 do km 1,145

nr 804 od km 0,311 do km 1,822

nr 805 od km 0,000 do km 1,453

nr 806 od km 0,000 do km 4,082

nr 823 od km 0,000 do km 4,714

nr 824 od km -0,052 do km 2,481

nr 853 od km 0,000 do km 0,880

nr 984 od km 0,000 do km 2,680

wraz z urządzeniami sterowania i zasilania trakcyjnego, siecią trakcyjną, przejazdami kolejowymi, obiektami inżynieryjnymi, sieciami telekomunikacyjnymi oraz elektroenergetycznymi, obiektami kubaturowymi, odwodnieniem i innymi obiektami towarzyszącymi.

Całość przedmiotu zamówienia obejmuje wykonanie:

- 1) Dokumentów Wykonawcy, na które składać się będą wszelkie dokumenty i opracowania projektowe, w tym w szczególności Projekty Budowlane (tam, gdzie jest to wymagane), Projekty Wykonawcze oraz Projekty Budowlane Zamienne, niezbędne do prawidłowego wykonania wszystkich robót budowlanych i uzyskania dla nich wszystkich wymaganych, dodatkowych względem przekazanych przez Zamawiającego, opinii, uzgodnień, dopuszczeń, warunków, decyzji i pozwoleń niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Zakres opracowania projektów wykonawczych powinien być oparty na zakresie robót oraz parametrach technicznych obiektów określonych w Projektach Budowlanych stanowiących załącznik nr 4 do niniejszego PFU. Realizacja obiektów będzie wykonywana etapowo przy czynnej linii kolejowej. Etapy budowy należy dostosowywać do czasowych zamknięć torowych;
- 2) wszystkich robót budowlanych zgodnie z zakresem zamówienia na podstawie opracowanej przez Wykonawcę i zatwierdzonej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej, o której mowa w ww. pkt 1, oraz wszystkich robót przygotowawczych niezbędnych do wykonania zakresu Umowy oraz wszelkich czynności wymaganych Prawem;
- 3) przeprowadzenie oceny zgodności każdego podsystemu strukturalnego objętego zakresem zamówienia na każdym etapie (projektowania, budowy i końcowych prób podsystemu).

Zgodnie z punktem 3.7.8.1 PFU Wymagania funkcjonalno-użytkowe względem urządzeń srk:

W ramach zadania Wykonawca zobowiązany jest opracować Projekty Wykonawcze oraz zrealizować roboty budowlane na podstawie Projektów Budowlanych, stanowiących załącznik nr 4 do niniejszego PFU. Wymagania funkcjonalno - użytkowe względem urządzeń srk powinny być zgodne z ww. Projektami.

Zgodnie z punktem 3.7.8.2 PFU Wytyczne ogólne:

1. Przyjmuje się, że na linii kursować będą pociągi:
 - 1) o różnych maksymalnych prędkościach;
 - 2) o różnych długościach dróg hamowania;

3) wyposażone w pokładowe urządzenia systemu bezpiecznej kontroli jazdy pociągu ERTMS/ETCS, jak też pociągi nie posiadające ww. urządzeń.

2. Wszystkie urządzenia sterowania ruchem kolejowym ujęte w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 13 maja 2014 r. w sprawie dopuszczania do eksploatacji określonych rodzajów budowli, urządzeń i pojazdów kolejowych (Dz.U.2014.720 z późn. zm.), stosowane na liniach kolejowych objętych niniejszą inwestycją, przed zabudową na linii kolejowej, muszą posiadać świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, umożliwiające ich eksploatację.

3. System/urządzenie musi spełniać zasady sygnalizacji stosowane na liniach kolejowych zarządzanych przez PKP PLK S.A. tak w zakresie rodzajów sygnałów jak i zasad ich stosowania, zawarte w Instrukcji sygnalizacji le-1 (E-1).

4. Nowobudowane komputerowe urządzenia srk muszą być przystosowane do współpracy z urządzeniami ERTMS/ETCS poziom 2 zgodne z protokołem Euroradio+/Subset098 oraz specyfikacją warstwy aplikacji interfejsu nastawnica-RBC, którą stanowią następujące dokumenty: CBI-CBR Interface Top Level Specification; EGO Protocol Interface Specification; Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer - załącznik nr 21 do niniejszego PFU. Spełnienie powyższego wymagania zostanie potwierdzone w dokumentacji urządzeń srk zezwalającej na ich eksploatację na sieci zarządzanej przez PKP PLK S.A.

5. Wartości wskaźników niezawodności, dostępności, utrzymania, wsparcia logistycznego dla urządzeń srk powinny być zgodne z le-100a.

6. System nadrzędny powinien umożliwiać powiązanie z systemami srk na wszystkich stacjach i posterunkach odgałęźnych w ramach jednego LCS.

3.7.8.2.16.2 Posterunek odgałęźny Suchy Las

Na podg. Suchy Las wewnętrzne urządzenia stacyjne nie będą wymieniane - obecnie trwa budowa nowego systemu sterowania wg. odrębnego kontraktu. Urządzenia wewnętrzne i zewnętrzne należy rozbudować oraz dostosować do projektowanej, nowej łącznicy Poznań Piątkowo - Suchy Las (Strzeszyn). Podg. Suchy Las sterowany jest z LCS Poznań:

- Zmiana aplikacji w urządzeniach komputerowych na p. odg. Suchy Las,
- W projektowanych rozjazdach związanych z rozszerzeniem podg. Suchy Las o nową łącznicę należy zastosować napędy zwrotnicowe trójfazowe nowego typu,
- W związku ze zmianą układu torowego nastąpi zabudowa nowych semaforów oraz rozbudowa urządzeń kontroli nie zajętości torów i rozjazdów.

3.7.8.2.16.5 Stacja Swarzędz

Na stacji Swarzędz zabudowany jest komputerowy system sterowania typu EBLOCK. Należy przebudować istniejący system sterowania ruchem kolejowym, dostosowując go do zmiany układu torowego. Zmiana wynikająca z modyfikacji układu torowego polega na podwyższeniu prędkości wjazdowej na tor nr 2 z toru szlakowego 2N z p.odg. Nowa Wieś Poznańska i odwrotnie. Prace należy wykonać zgodnie z Planem Schematycznym (rys. R1) oraz z PZT. Stacja Swarzędz jest sterowana z LCS Poznań. Zakres prac do wykonania:

- Zmiana aplikacji w urządzeniach komputerowych,
- Zmiana lokalizacji napędów zwrotnicowych,
- Zmiana lokalizacji czujników koła,
- Demontaż i ponowny montaż urządzeń w związku z wymianą rozjazdów oraz pracami torowymi,
- Zmiana lokalizacji tarcz manewrowych,
- Uzupełnienie semafora R o pas zielony poziomy,
- Uzupełnienie tarczy ostrzegawczej ToR semafora R o komorę światła zielonego.

3.7.8.2.16.12 Poznań Górczyn

Na stacji Poznań Górczyn zabudowany jest komputerowy system sterowania typu

ESTW - system sterowania pozostaje bez zmian.

Zakres prac do wykonania w urządzeniach zewnętrznych:

- Demontaż i ponowny montaż urządzeń zewnętrznych w związku z wymianą rozjazdów oraz pracami torowymi:
 - Liczniki osi,
 - Napędy zwrotnicowe
 - Tarcze manewrowe.
- Zmiana aplikacji w urządzeniach komputerowych w związku ze zmianą w układzie torowym oraz uzależnieniem i powiązaniem przejazdów kolejowo - drogowych.

W wyjaśnieniach treści SWZ z dnia 1 marca 2022 r. Zamawiający wskazał m.in. że:
Pytanie 470

Czy zmiany urządzeń srk na stacji Swarzędz mają zostać uwzględnione w LCS Poznań?

Odpowiedź

Tak.

Pytanie 471

Czy stacja Swarzędz jest obecnie sterowana zdalnie z LCS Poznań?

Odpowiedź

Tak.

Pytanie 477

Czy posterunek Poznań Górczyn jest obsługiwany z siedziby LCS? Pytanie jest zadawane z uwagi na ewentualną konieczność uwzględnienia funkcjonalności automatycznego przesyłania informacji o pociągu (pip) zawartą w pkt. 3.7.8.2.6 ppkt 17).

Odpowiedź

Tak.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) oraz art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zmianę i nadanie nowego brzmienia całości pkt 3.7.8.2.16.2, pkt 3.7.8.2.16.5 i pkt 3.7.8.2.16.12 PFU polegającą na pozostawieniu dotychczasowego brzmienia uzupełnionego o wymóg „zmiany na stacjach Suchy Las, Swarzędz oraz Poznań Górczyn aplikacji w istniejących urządzeniach komputerowych lub zastosowanie własnych urządzeń stacyjnych srk wykonanych w technologii komputerowej” i w konsekwencji opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia lub może utrudniać uczciwą konkurencję, uniemożliwia równe traktowanie wykonawców, stawia w uprzywilejowanej sytuacji Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. [dalej „Bombardier”] oraz Thales Polska Sp. z o.o. [dalej „Thales”], a także w sposób nieproporcjonalny do potrzeb Zamawiającego i niezapewniający uzyskanie najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów.

Tytułem wstępu Izba wskazuje, iż dokonana przez Zamawiającego w dniu 2 marca 2022 r. modyfikacja postanowień pkt 3.7.8.2.16.2, pkt 3.7.8.2.16.5 i pkt 3.7.8.2.16.12 PFU nie zmieniła istoty podniesionego zarzutu, tj. ukształtowania postanowień opisu przedmiotu zamówienia w sposób uprzywilejowujący podmiot Thales oraz Bombardier,

nieproporcjonalny do potrzeb Zamawiającego i niezapewniający uzyskanie najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów. Tym samym przedmiotowy zarzut pozostawał aktualny.

Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Z kolei stosownie do treści art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny. Jednocześnie zgodnie z art. 17 ustawy Pzp, zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Izba wskazuje, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynność ta stanowi jednocześnie obowiązek zamawiającego, ale i jego uprawnienie, bowiem zamawiający opisując przedmiot zamówienia odzwierciedla swoje rzeczywiste potrzeby, które chce zaspokoić poprzez udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający ma prawo, tak określić przedmiot zamówienia, aby opisać go adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu swoich potrzeb. Izba podziela pogląd wielokrotnie prezentowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż nie narusza przepisów ustawy Pzp sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, który uwzględni potrzeby zamawiającego, nawet jeżeli utrudnia lub uniemożliwia niektórym podmiotom dostęp do zamówienia. Obowiązek zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza, iż zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w sposób odzwierciedlający jego potrzeby. Zamawiający nie ma także obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży, bowiem pojęcie uczciwej konkurencji nie może być utożsamiane z konkurencją absolutną. Dokonując opisu przedmiotu zamówienia zamawiający nie ma obowiązku czynienia tego w sposób najbardziej dogodny dla ewentualnych wykonawców. Podkreślić jednak należy, iż w przypadku sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób uprzywilejowujący lub eliminujący niektórych wykonawców lub produkty, po stronie zamawiającego będzie istniał obowiązek przedstawienia rzeczowych i przekonujących argumentów uzasadniających takie działanie.

W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie zostało wykazane naruszenie przepisów ustawy Pzp podnoszonych przez Odwołującego.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie wykazał, że wyłączenie z opisu przedmiotu zamówienia zakresu oczekiwanego przez Wykonawcę, tj. wymogu dokonania zmian aplikacji w urządzeniach komputerowych na stacjach Sucho Las, Swarzędz oraz Poznań Górczyn zawartego w punkcie 3.7.8.2.16.2, 3.7.8.2.16.5 oraz 3.7.8.2.16.12 PFU w brzmieniu obowiązującym na moment zamknięcia rozprawy i powierzenie go odpowiednio podmiotom Bombardier oraz Thales w ramach zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przełożyłoby się na lepsze efekty zamówienia w stosunku do prowadzonego obecnie postępowania konkurencyjnego. Izba wskazuje, że już tylko sama ta konstrukcja przyjęta przez Odwołującego sprowadzająca się do wyłączenia z otwartego postępowania o udzielenie zamówienia zakresu prac dotyczących zmian aplikacji w urządzeniach komputerowych na stacjach Sucho Las, Swarzędz oraz Poznań Górczyn na rzecz trybu niekonkurencyjnego budzi uzasadnione wątpliwości w kontekście osiągnięcia najlepszych efektów zamówienia, jak również racjonalnego, oszczędnego i celowego wydatkowania środków publicznych. Jak zresztą wskazał Zamawiający wydzielanie ww. prac z zakresu niniejszego zamówienia i powierzenie ich poszczególnym producentom urządzeń jako zamówień z wolnej ręki powoduje uzależnienie Zamawiającego od danego wykonawcy, co w sposób oczywisty może wpłynąć na wzrost ceny za wykonanie tych prac.

Dalej podnieść należy, iż Odwołujący w powyższym zakresie poprzestał na głoślowych twierdzeniach dotyczących aspektu ekonomicznego twierdząc, że Zamawiający będzie musiał ponieść znacznie wyższe wydatki niż w przypadku wyłączenia wskazanego zakresu prac do osobnego zamówienia w trybie z wolnej ręki. Odwołujący nie przeprowadził żadnej analizy popartej materiałem dowodowym, co do szacowanego poziomu kosztów omawianych prac związanych z koniecznością nawiązania współpracy z dotychczasowymi producentami aplikacji EBILOCK produkcji Bombardier oraz ESTW i Command produkcji Thales oraz jej wpływu na cenę oferowaną przez wykonawcę za

wykonanie całego przedmiotu zamówienia. Dopiero w toku rozprawy Odwołujący podjął polemikę z Zamawiającym powołując się na posiadane doświadczenie, iż ceny podwykonawców Thales czy Bombardier za wykonanie spornego zakresu prac będą kształtowały się na poziomie około 10% wartości zamówienia, co przy marżach na kontraktach tego typu kształtujących się na poziomie ok. 4-5% ceny ofertowej będzie oznaczało, że część ceny wykonawcy zostanie „skonsumowana” przez warunki handlowe narzucone przez ww. podmioty. Odwołujący nie przeprowadził także żadnej analizy skutków wydzielenia z przedmiotu niniejszego zamówienia zakresu oczekiwanego przez Wykonawcę nie tylko w kontekście ekonomicznym, ale również technicznym czy organizacyjnym, w tym nie wskazał jakie konkretnie pożądane efekty zostałyby osiągnięte przez Zamawiającego, gdyby żądanie Odwołującego zostało uwzględnione. Inaczej rzecz ujmując, zdaniem składu orzekającego, Odwołujący nie przedstawił rzeczowej argumentacji uzasadniającej twierdzenie, że wyłączenie żadanego zakresu prac byłoby rozwiązaniem korzystnym i optymalnym, które przełożyłoby się na lepszą jakość robót budowlanych nabytych przez Zamawiającego, w ramach środków, które Zamawiający może przeznaczyć na jego realizację oraz gwarantowałyby uzyskanie najlepszych efektów zamówienia. W tym miejscu warto wskazać, że zasada uczciwej konkurencji powinna być definiowana przez pryzmat dążenia do uzyskania jak najlepszych ofert, a nie dostosowania (minimalizowania) wymagań do odpowiadających danemu wykonawcy. Wysokie wymagania zamawiającego same w sobie nie stanowią naruszenia uczciwej konkurencji, lecz są nakierowane na wysoką jakość zamawianego świadczenia (por. wyrok KIO z dnia 6 listopada 2015 r. sygn. akt: KIO 2331/15).

Jednocześnie za bez znaczenia dla istoty sprawy Izba uznała argumentację Odwołującego, iż Zamawiający w przeszłości udzielał, w trybie z wolnej ręki, dotychczasowym dostawcom urządzeń srk i oprogramowania, zamówień na świadczenie usług utrzymaniowych i integracji systemów srk z systemami innych wykonawców na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z 2004 r. Z powyższego faktu, przyznanego przez Zamawiającego, nie sposób wyprowadzić wniosku, co do zasadności żądania Odwołującego zgłoszonego w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Ponadto podkreślić należy, iż przedmiotem oceny Izby są indywidualne okoliczności faktyczne danej sprawy, w tym specyfika i charakter konkretnego zamówienia publicznego. Tym samym podnoszona przez Odwołującego argumentacja dotycząca udzielania przez Zamawiającego w przeszłości podmiotom Bombardier i Thales w trybie niekonkurencyjnym zamówień na świadczenie usług utrzymaniowych i integracji systemów srk z systemami innych wykonawców z pominięciem kontekstu, charakteru danego zadania inwestycyjnego oraz konkretnych uwarunkowań faktycznych i prawnych, nie mogła zostać przez Izbę wzięta pod uwagę. Jednocześnie wskazać należy, iż na odmienny charakter prowadzonego obecnie zamówienia publicznego względem zamówień, do których referował Odwołujący zwracał uwagę Zamawiający, akcentując, że udzielone w przeszłości zamówienia dotyczyły powiązania lub rekonfiguracji systemu urządzeń wyłącznie jednego wykonawcy.

Kolejno zauważyć należy, iż Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił, że opis przedmiotu niniejszego zamówienia sporządzony został w sposób dyskryminacyjny i uniemożliwiający równe traktowanie wykonawców. Zdaniem Izby Odwołujący nie przeprowadził pogłębionej analizy przedmiotu i specyfiki niniejszego zamówienia publicznego, w szczególności jego wielobranżowego charakteru budowlanego, ograniczając się de facto do pewnego wycinka prac związanych z branżą srk właściwą dla Odwołującego. W kontekście powyższego przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że przedmiotem zamówienia jest opracowanie Projektów Wykonawczych wraz ze STWiORB oraz Projektów Budowlanych i Projektów Budowlanych Zamiennych (tam, gdzie jest to wymagane) a także wykonanie robót budowlanych dla określonych odcinków linii kolejowych wraz z urządzeniami sterowania i zasilania trakcyjnego, siecią trakcyjną, przejazdami kolejowymi, obiektami inżynierskimi, sieciami telekomunikacyjnymi oraz elektroenergetycznymi, obiektami kubaturowymi odwodnieniem i innymi obiektami towarzyszącymi. Z kolei jak wyjaśnił Zamawiający w toku rozprawy, czemu nie przeczył Odwołujący, bezpośrednimi adresatami przedmiotowego zamówienia publicznego są liczne podmioty z branży budowlanej, które dla wykonania niniejszego zamówienia będą musiały nawiązać relacje handlowe z podmiotami z branży srk, posiadającymi na terenie objętym przedmiotem zamówienia zabudowane urządzenia i systemy, tj. Bombardier, Thales, Odwołujący oraz Przystępujący. Powyższe oznacza, iż niezależnie od podmiotu, który uzyska niniejsze zamówienia publiczne, jego pełne wykonanie będzie wymagało nawiązania odpowiednich stosunków handlowych z każdym z ww. podmiotów branży srk. Nie można zatem w ocenie Izby podzielić argumentacji Odwołującego, który akcentował, że sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia stawia w uprzywilejowanej sytuacji wykonawców Bombardier i Thales, skoro w ramach przedmiotowego zadania i te podmioty, które na terenie objętym inwestycją posiadają najwięcej zabudowanych urządzeń srk, aby wykonać komponent srk będą musiały ze sobą konkurować. Ponadto stwierdzić należy, że ewentualne, istniejące po stronie przyszłego wykonawcy zamówienia bariery związane z koniecznością nawiązania współpracy z innymi podmiotami, w tym producentami urządzeń srk, które zostały już zabudowane na terenie objętym zamówieniem oraz związana z tym

naturalna przewaga konkurencyjna tych podmiotów nie uzasadniają twierdzenia, że opis przedmiotu zamówienia publicznego został sporządzony z uchybieniem przepisów ustawy Pzp. Jednocześnie za niewykazane Izba uznała stanowisko Odwołującego, który wskazywał, że podmioty trzecie, tj. Bombardier oraz Thales - producenci urządzeń srk zabudowanych na terenie objętym przedmiotową inwestycją nie zawsze są zainteresowani współpracą z Odwołującym, czy też że nie jest to w interesie tych podmiotów. Stanowiska Odwołującego w ocenie Izby nie potwierdza pismo Thales Polska Sp. z o.o. z dnia 19 marca 2020 r. Zauważyć należy, iż Odwołujący nie przedstawił pisma skierowanego do Thales Polska

Sp. z o.o., przez co nieznanym jest całościowy kontekst udzielonej odpowiedzi. Ponadto jak wynika z ww. pisma jednym z argumentów przemawiającym za brakiem możliwości nawiązania współpracy z Odwołującym w formule podwykonawstwa przy realizacji kontaktu dotyczącego odcinka Poznań Główny - Wronki było to, że zakres prac objętych zapytaniem został zastrzeżony do osobistego wykonania przez wykonawcę AŹD PRAHA s.r.o. z siedzibą w Pradze.

Powyższe rozważania, jak również całokształt okoliczności niniejszej sprawy, doprowadziły Izbę do przekonania, że Odwołujący nie wykazał, że sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia w brzmieniu ustalonym na moment zamknięcia rozprawy był nieproporcjonalny do potrzeb Zamawiającego oraz nieuzasadniony potrzebami gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W szczególności Odwołujący, który skupił się na aspekcie ekonomicznym przemawiającym za zasadnością wydzielenia oczekiwanego zakresu prac do odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia, nie podważył obiektywnej potrzeby Zamawiającego w ukształtowaniu postanowień specyfikacji warunków zamówienia w taki sposób, że to wybrany wykonawca, który skoordynuje całość prac objętych niniejszym zamówieniem, przeprowadzi konfigurację systemów sterowania oraz zapewni ich właściwą współpracę, co z kolei pozwoli na niezakłócony i bezpieczny ruch pociągów, uniknąć dodatkowych zamknięć torowych, przekładając się jednocześnie na czas realizacji całego projektu i możliwość korzystania przez Zamawiającego z powstałych odcinków.

Ponadto za głosowne Izba uznała stanowisko Odwołującego, który wskazywał, że konieczność zmiany aplikacji w urządzeniach komputerowych zabudowanych na stacjach Suchy Las, Swarzędz oraz Poznań Górczyn rzutowałaby na pozostałe stacje lub posterunki na danym odcinku, a zatem wymagałaby zmiany aplikacji dla całego odcinka w ramach właściwego LCS. Powyższemu zresztą przeczył Zamawiający, który argumentował, że zmiany aplikacji dotyczą konkretnej stacji oraz odpowiedniego LCS. Odwołujący nie odparł także twierdzeń Zamawiającego, iż zmiany aplikacji na ww. stacjach oraz właściwym LCS nie wykraczają poza plac budowy objęty niniejszym postępowaniem, mimo położenia geograficznego. W kontekście powyższego zauważyć należy, iż sam Odwołujący w toku rozprawy przyznał, że w istocie jego twierdzenia dotyczą tego, iż poza placem budowy znajduje się serwer, na którym instalowana jest aplikacja, czego zdaniem Izby nie sposób utożsamiać z wykonaniem zamówienia poza terenem budowy.

W końcu odnosząc się do wymogu określonego w pkt. 3.7.8.2 Wytyczne ogólne, ppkt 4 PFU, który zdaniem Odwołującego stanowił przejaw naruszenia zasady uczciwej konkurencji, jako że nie dotyczył urządzeń srk zabudowanych przez dotychczasowych producentów oraz stanowił wymaganie niewspółmierne do potrzeb Zamawiającego zauważyć należy, iż Odwołujący nie sformułował w odwołaniu żądania w zakresie rzeczoności postanowienia specyfikacji. Ponadto Zamawiający wyjaśnił, że odstąpił od wymagania przystosowania istniejących urządzeń srk do współpracy z systemem ETCS poziomu 2, gdyż nie jest to warunek konieczny do zakończenia modernizacji w sposób zapewniający osiągnięcie zakładanego celu. Niemniej jednak zabudowa systemu ETCS poziom 2 przewidziana jest w przyszłości, w związku z czym Zamawiający zmodyfikował zapisy SWZ w taki sposób, żeby dostarczone w ramach przedmiotowego zadania komputerowe urządzenia srk były przystosowane i przygotowane do współpracy z systemem ETCS poziom 2. Przystosowanie istniejących urządzeń srk warstwy podstawowej do współpracy z systemem ETCS poziomu 2 zostanie zlecone w ramach zadania zabudowy systemu ETCS poziom 2 na przedmiotowym odcinku linii. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że urządzenia srk warstwy podstawowej na stacjach Swarzędz oraz Poznań Górczyn zostaną zaadaptowane do współpracy z systemem ETCS poziom 2 i z nim powiązane w ramach zadania pn.: „Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E20 Kunowice - Terespol” (z wyłączeniem węzła warszawskiego).

Wziąwszy pod uwagę powyższe okoliczności, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, iż doszło do naruszenia art. 99 ust. 4, art. 16 pkt 1 i 3 oraz art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wobec powyższego odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji

Przewodniczący:

Członkowie: