

Sygn. akt: KIO 3764/24
KIO 3792/24

WYROK

Warszawa, 21 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Małgorzata Matecka
Agata Mikołajczyk
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.14 października 2024 r. przez odwołującego: Alstom Polska S.A. z siedzibą
w Warszawie (KIO 3764/24),

B.14 października 2024 r. przez odwołującego: Zakłady Automatyki Kombud S.A.
z siedzibą w Radomiu (KIO 3792/24),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.
z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt KIO 3964/24:
Zakłady Automatyki Kombud S.A. z siedzibą w Radomiu

orzeka:

- 1.Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 3764/24 w zakresie zarzutu nr 6.3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
- 2.Oddala odwołanie o sygn. akt KIO 3792/24.
- 3.Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 3764/24 obciąża odwołującego: wykonawcę Alstom Polska S.A. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 4.Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 3792/24 obciąża odwołującego: wykonawcę Zakłady Automatyki Kombud S.A. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga
za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień
Publicznych.

Przewodniczący

.....

.....

Sygn. akt: KIO 3764/24
KIO 3792/24

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej nr 7 odcinek Warszawa Wawer – Otwock w ramach projektu pn.: „Prace na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa – Dorohusk na odcinku Warszawa – Otwock – Dęblin – Lublin, Etap IIB” (Warszawa Wawer – Otwock), numer postępowania: 9090/IRZR3/16479/04373/24/P, zwane dalej postępowaniem.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 4 października 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod

numerem Dz.Urz.S: 194/2024 nr 599935-2024.

KIO 3764/24

14 października 2024 r. wykonawca Alstom Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący Alstom), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

6.1art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 362 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp przez zaniechanie podziału zamówienia na części w taki sposób, aby zakres zamówienia obejmujący:

- a) prace związane z przebudową stacji Otwock w zakresie budowy linii kolejowej nr 506 obejmujące powiązanie urządzeń srk w stacji Otwock, ich uruchomienie oraz wymianę aplikacji urządzeń srk na stacji Otwock;
- b) dostosowanie urządzeń srk warstwy podstawowej stacji Otwock
do wymaganego przez Zamawiającego interfejsu RBC – nastawnica
(z zastosowaniem tzw. 3 protokołów: „CBI-CBR Interface.Top Level Specification”, „EGO Protocol. Interface Specification”, „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application Slayer”)
związaną z tym konieczność adaptacji tych urządzeń;
- c) integrację urządzeń RBC Wawer z RBC Pilawa z wykorzystaniem funkcjonalności RBC-RBC Handover który może być wykonany wyłącznie przez Hitachi Rail GTS Polska sp. z o.o. (dalej: Dostawca lub Hitachi), został udzielony jako odrębna część lub odrębne zamówienie, czego konsekwencją jest opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia i obowiązków wykonawcy niezgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności, przez ukształtowanie pozycji Hitachi w Postępowaniu jako podmiotu uprzywilejowanego względem innych wykonawców;

6.2art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp, art. 17 ust. 1-2 Pzp, art. 103

ust. 2-3 Pzp w zw. z art. 362 Pzp oraz w zw. z art. 433 pkt 3 Pzp przez opis przedmiotu zamówienia i zakresu obowiązków wykonawcy przewidujący wykonanie w ramach zamówienia objętego Postępowaniem:

- a) prac związanych z przebudową stacji Otwock w zakresie budowy linii kolejowej nr 506 obejmujących powiązanie urządzeń srk w stacji Otwock, ich uruchomienie oraz wymianę aplikacji urządzeń srk na stacji Otwock;
- b) dostosowania urządzeń srk warstwy podstawowej stacji Otwock
do wymaganego przez Zamawiającego interfejsu RBC – nastawnica
(z zastosowaniem tzw. 3 protokołów: „CBI-CBR Interface.Top Level Specification”, „EGO Protocol. Interface Specification”, „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application Slayer”)
związaną z tym konieczności adaptacji tych urządzeń;
- c) integracji urządzeń RBC Wawer z RBC Pilawa z wykorzystaniem funkcjonalności RBC-RBC Handover podczas gdy zakres ten może być zrealizowany wyłącznie przez Hitachi, czego skutkiem jest:
 - nieuzasadnione i niezgodne z zasadą równego traktowania wykonawców
i uczciwej konkurencji uniemożliwienie wykonawcom złożenia ofert
w warunkach zapewniających uczciwą konkurencję;
 - uprzywilejowanie Hitachi w Postępowaniu względem pozostałych wykonawców, w tym umożliwienie Hitachi nieuzasadnionego wpływania
na konkurencję w Postępowaniu, w tym na krąg wykonawców, którzy będą w stanie
złożyć ofertę w Postępowaniu oraz treść (zwłaszcza zaś ceny) ofert takich wykonawców;
 - obciążenie wykonawców ryzykiem, którym nie może zarządzać wykonawca, a za które odpowiada zamawiający, tj. ryzykiem związanym
z koniecznością zapewnienia realizacji przez Hitachi zakresu zamówienia, które
zrealizować może wyłącznie ten podmiot, jako podmiot, który jest dostawcą urządzeń sterowania
ruchem kolejowym znajdujących się na linii kolejowej objętej zakresem zamówienia objętego
Postępowaniem;

6.3art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 362 Pzp w zw. z pkt 3.1.1 Krajowego Planu Wdrożenia Technicznej Specyfikacji Interoperacyjności „Sterowanie” (dalej: Krajowy Plan)

w zw. z art. 2 ust. 1 oraz art. 5 ust. 4 rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2023/1695 z 10.08.2023 r. w sprawie technicznej specyfikacji interoperacyjności

w zakresie podsystemów „Sterowanie” systemu kolei w Unii Europejskiej

i uchylającego rozporządzenie (UE) 2016/919 (dalej: Rozporządzenie) oraz w zw. z art. 17a ust. 1 ustawy z 28.03.2003 r. o transporcie kolejowym w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp przez określenie w PFU SRK (w szczególności w pkt 3.1.2 ppkt 5 ppkt 5.2, pkt 3.5.6.4 ppkt 2 ppkt 2.4, pkt 3.5.6.6.1 ppkt 12 i pkt 3.5.6.10.1.3 ppkt 7 ppkt 7.2), że

właściwości funkcjonalno-użytkowe zabudowywanych urządzeń przytorowych systemu ETCS poziom 2, w tym urządzenia RBC, muszą być zgodne z m.in. wykazem specyfikacji obowiązkowych, Tabela A 2 (wzorzec 4 wydanie 1 dla ETCS, wersja systemu 2.1) zamieszczonym w załączniku A do Technicznej specyfikacji interoperacyjności

w zakresie podsystemów „Sterowanie” systemu kolei w Unii Europejskiej stanowiącej załącznik do Rozporządzenia, podczas gdy niniejszy wymóg jest niezgodny

z wymogami określonymi w Krajowym Planie, zgodnie z którego m.in. pkt 3.1.1,

dla projektów realizowanych w ramach perspektywy finansowej UE na lata 2021-2027 – jak zadanie niniejsze – przewidywane jest stosowanie wzorca 4.0.0 wersji 1.1, a tym samym sprzeczność pomiędzy wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ

a wymogami wynikającymi z regulacji obowiązujących w odniesieniu do zamówienia objętego Postępowaniem.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1.W związku z zarzutami ad. 6.1 - 6.2:

Nakazanie Zamawiającemu zmiany SWZ przez wyłączenie z zakresu zamówienia objętego Postępowaniem (do odrębnego zamówienia lub odrębnej części zamówienia) zakresu obejmującego:

a)prace związane z przebudową stacji Otwock w zakresie budowy linii kolejowej

nr 506 obejmujące powiązanie urządzeń srk w stacji Otwock, ich uruchomienie oraz wymianę aplikacji urządzeń srk na stacji Otwock;

b)dostosowanie urządzeń srk warstwy podstawowej stacji Otwock do wymaganego przez Zamawiającego interfejsu RBC – nastawnica (z zastosowaniem tzw.

3 protokołów: „CBI-CBR Interface. Top Level Specification”, „EGO Protocol. Interface Specification” „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application Slayer”) i związaną z tym konieczność adaptacji tych urządzeń;

c)integrację urządzeń RBC Wawer z RBC Pilawa z wykorzystaniem funkcjonalności

RBC-RBC Handover; w szczególności przez:

- nadanie pkt 3.1.3.9.1 ppkt 1 i 2 PFU SRK brzmienia:

„1. zabudowę urządzeń srk, które zostały zaprojektowane w ramach odrębnego zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Otwock – Lublin - Prace Przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe)” – odcinek Otwock – Pilawa w km 26,050 – 55,600” ale do chwili obecnej nie zabudowanych ze względu na prace związane z linią kolejową nr 506, tj.:

1.1.semaforów wjazdowych A i D z torów linii kolejowej nr 506, szlaku Warszawa Falenica – Otwock,

1.2.semaforów grupowych wyjazdowych P2504 i N2503 na tory linii kolejowej nr 506, szlaku Warszawa Falenica – Otwock,

1.3.tarczy manewrowej Tm1,

1.4.czujników koła liczników osi dla odcinków torowych powiązanych z ww. semaforami,

1.5.kabli lokalnych do ww. urządzeń srk,

1.6.a także demontaż wykolejnicy Wk3 zlokalizowanej rozjazdami nr 1 i nr 8 oraz tarcz D1.

2.zabudowę urządzeń srk, które zostały zaprojektowane w ramach obecnego zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa – Dorohusk na odcinku Warszawa Wschodnia Osobowa – Otwock”, tj.:

2.1.samoczynnej blokady liniowej, po 4-rech torach szlaku Warszawa Falenica –

Otweek wraz zabudową niezbędnych do tego celu kabli srk układanych

w obrębie stacji Otweek w rurach ochronnych – wzdłuż toru poza torowiskiem, na międzytorzach i w przejściach poprzecznych pod torami.

2.2.zabudowę pasów świetlnych pomarańczowych na semaforach wjazdowych B i C na st. Otweek, z torów linii kolejowej nr 7.

2.3.podłączenie LCS Warszawa Wawer z terminalem TRM/LST dla systemu dSAT w km 30.350, linii kolejowej nr 7”

- w pkt 3.1.3.9.1 PFU SRK wykreślenie ostatniego akapitu o treści: „Urządzenia srk st. Otweek muszą zostać przystosowane do współpracy z urządzeniami systemu ETCS poziom 2 zgodnie z zapisami pkt 3 rozdz. 3.5.1.1.2”

- nadanie pkt 3.5.6.3 ppkt 3 PFU SRK brzmienia:

„3. W ramach zamówienia Wykonawca jest odpowiedzialny za dostosowanie zabudowanych w ramach

przedmiotowego zamówienia urządzeń przytorowych systemu ETCS poziom 2 (RBC Warszawa Wawer) do połączenia z urządzeniami przytorowymi systemu ETCS poziom 2 zabudowywanymi i dostosowanymi przez Zamawiającego w ramach odrębnego kontraktu na linii nr 7 odcinek Otwock – Pilawa (RBC Pilawa). Dostosowanie w ramach przedmiotowego zamówienia musi zostać zrealizowane:

3.1.z wykorzystaniem funkcjonalności „RBC-RBC Handover”, tj. w taki sposób,

aby tranzycja pomiędzy ww. RBC następowała w sposób samoczynny, niewymagający zatrzymania bądź ograniczania prędkości pojazdu wyposażonego w urządzenia pokładowe systemu ETCS,

3.2.w sposób niepowodujący konieczności wyjścia urządzeń pokładowych systemu ETCS poziom 2 z trybu pełnego nadzoru bądź przejścia przez jakiegokolwiek pośrednie poziomy lub tryby pracy systemu ETCS”.

4.2.W związku z zarzutem ad. 6.3:

Nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści PFU SRK (w szczególności pkt 3.1.2 ppkt 5 ppkt 5.2, pkt 3.5.6.4 ppkt 2 ppkt 2.4, pkt 3.5.6.6.1 ppkt 12 i pkt 3.5.6.10.1.3 ppkt 7 ppkt 7.2), w tym w szczególności przez określenie, że wersją systemu, z którą winny być zgodne właściwości funkcjonalno-użytkowe zabudowywanych urządzeń przytorowych systemu ETCS poziom 2, w tym urządzeń RBC, jest wersja zgodna z wymogami Krajowego Planu, tj. wersja systemu 1.1.

W odpowiedzi na odwołanie z 29 października 2024 r. Zamawiający wskazał, że zarzut nr 6.3 jest bezprzedmiotowy w związku z modyfikacją SWZ z 25 października 2024 r.

30 października 2024 r. Odwołujący Alstom wniósł o umorzenie postępowania w zakresie zarzutu nr 6.3 na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp.

W uzasadnieniu swojego stanowiska w zakresie podtrzymanych zarzutów Odwołujący Alstom wskazał m. in.:

W ramach przedmiotowego zamówienia Zamawiający przewidział, że wykonawca tego zamówienia będzie zobowiązany wykonać m.in.:

- a)prace związane z przebudową stacji Otwock w zakresie budowy linii kolejowej nr 506 obejmujące powiązanie urządzeń srk w stacji Otwock, ich uruchomienie oraz wymianę aplikacji urządzeń srk na stacji Otwock;
- b)dostosowanie urządzeń srk warstwy podstawowej stacji Otwock do wymaganego przez Zamawiającego interfejsu RBC – nastawnica (z zastosowaniem ww. 3 protokołów),
co jest jednoznaczne z koniecznością adaptacji tych urządzeń, które, jak wynika z przedstawionego przez Zamawiającego opisu stanu aktualnego linii kolejowej objętej zamówieniem (vide: w szczególności pkt 2.2.3.9 PFU SRK), obecnie są one do tego niedostosowane;
- c)integrację urządzeń RBC Wawer z RBC Pilawa z wykorzystaniem funkcjonalności RBC-RBC Handover.

Tymczasem, jak wynika z opisanych wyżej uwarunkowań oraz co jest okolicznością bezsporną między uczestnikami rynku branżowego i Zamawiającym, powyższy zakres zamówienia oraz ww. czynności i zadania może być zrealizowany tylko przez jeden konkretny podmiot, jakim jest Hitachi (poprzednio: Thales Polska sp. z o.o.). Ten bowiem podmiot był odpowiednio wykonawcą (dostawcą) urządzeń i jednocześnie autorem oprogramowania dla urządzeń sterowania ruchem kolejowym znajdujących się na stacji Otwock oraz dla RBC Pilawa,

w ramach odrębnych realizowanych na rzecz Zamawiającego zamówień w przedmiotowym zakresie (okoliczność bezsporna, wskazana przez Zamawiającego w ww. postanowieniach PFU SRK).

Zauważyć w tym względzie należy, że – w świetle przytoczonego wyżej postanowienia

pkt 3.5.6.9 ppkt 7 i 8 PFU SRK - Zamawiający przewidział tak dalece idący zakres ingerencji w istniejące na stacji Otwock urządzenia sterowania ruchem kolejowym, że jednocześnie zdiagnozował, że wykonanie interfejsów w odniesieniu do tych urządzeń może naruszyć dotychczasowe świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu wydane dla tych urządzeń.

Z tego względu Zamawiający przewidział konieczność:

- a)pozyskania pozytywnej opinii właściwej jednostki organizacyjnej upoważnionej do przeprowadzania badań koniecznych do uzyskania takich świadectw w zakresie oddziaływania przeprowadzonej implementacji interfejsu na istniejące urządzenia srk, która to opinia miałaby potwierdzać, że rozwiązania zastosowane w niniejszym projekcie nie zmieniają cech typu istniejących systemów srk i dSAT oraz zachowują zgodność z typem określonym w świadectwach wydanych przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego;
- b)przeprowadzenia wyceny i oceny ryzyka dla przeprowadzonej zmiany technicznej w istniejącym systemie sterowania ruchem kolejowym wynikającej z implementacji interfejsu w urządzeniach srk i przedstawienia Zamawiającemu raportu z ww. przeprowadzonej wyceny i oceny.

Jako że prace w opisanym wyżej zakresie mogą być zatem zrealizowane wyłącznie przez Hitachi, każdy zatem inny wykonawca, który zamierzałby wziąć udział w aktualnie ukształtowanym przez Zamawiającego Postępowaniu,

zmuszony jest skorzystać w tym zakresie z usług Hitachi. Opisany wyżej zakres obowiązków, jakie Zamawiający nakłada

na wykonawcę zamówienia powoduje, że każdy wykonawca zainteresowany ubieganiem

się o udzielenie zamówienia (inny niż Dostawca, który również realizuje zadania analogiczne jak objęte Postępowaniem, a zatem jest potencjalnym wykonawcą dla zamówienia objętego Postępowaniem) będzie musiał, w celu przygotowania i skalkulowania swojej oferty

w Postępowaniu, wprawdzie zwrócić się do Dostawcy o przedstawienie jego oferty współpracy

w zakresie zrealizowania czynności w ramach przedmiotowego zadania, które wykonać może tylko Dostawca, oraz uwzględnić takie warunki w swojej własnej ofercie w Postępowaniu, czego z kolei nie będzie musiał czynić Dostawca, co powoduje uprzywilejowanie tego właśnie podmiotu względem innych potencjalnych wykonawców. Podkreślić przy tym należy,

że Dostawca jest podmiotem prywatnym, samodzielnie decydującym o zakresie podejmowanej przez siebie działalności, w tym podejmowaniu współpracy z innymi podmiotami, a tym samym brak jest gwarancji po stronie któregośkolwiek z innych wykonawców zainteresowanych Postępowaniem, że Dostawca się do takiej współpracy zobowiąże. Powyższe okoliczności skutkują tym samym rażącym uprzywilejowaniem w Postępowaniu Dostawcy, który jako jedyny nie jest uzależniony w przedmiotowym zakresie od innych podmiotów, w tym nie musi kalkulować w swojej ofercie udziału podmiotu trzeciego

ani podejmować działań w celu zapewnienia współdziałania ze strony takiego podmiotu, przedstawienia przezeń oferty współpracy etc. Powyższe skutkuje sytuacją, w której w świetle przywołanych wyżej postanowień PFU SRK Dostawca dysponuje nieuzasadnioną przewagą konkurencyjną nad innymi wykonawcami.

Zamawiający nie przewidział przy tym w Postępowaniu w ww. zakresie żadnych środków, które zapewniłyby równą konkurencję pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, a co tym bardziej istotne: które zapewniłyby wszystkim zainteresowanym wykonawcom równe szanse i realną możliwość złożenia oferty w Postępowaniu, co Dostawca.

Skutkiem zaniechań Zamawiającego w ww. zakresie jest, że w istocie podmiotem decydującym o przebiegu i wyniku Postępowania, staje się Dostawca, mimo tego, że zakres czynności, które będzie on musiał wykonać w ramach zamówienia, stanowi stosunkowo niewielki jego procent pod względem zakresu rzeczowego (aczkolwiek istotny pod względem wpływu na całkowitą wartość oferty za wykonanie całego zamówienia). To Dostawca staje się bowiem władny wpływać na to, które podmioty będą w stanie złożyć ofertę w Postępowaniu (składając im bądź nie ofertę współpracy) albo jakie będą to oferty (o jakiej cenie),

a tym samym realnie kształtować konkurencję w Postępowaniu. Warto przy tym nadmienić,

że opisane powyżej okoliczności nie mają charakter abstrakcyjnego, a jak najbardziej realny. Podobne do zaistniałego w niniejszym przypadku zaniechania Zamawiającego w innych prowadzonych przezeń postępowaniach o udzielenie zamówienia skutkowały bowiem

już przeszłości sytuacjami, w których Zamawiającemu oferty na dany zakres zamówienia byli w stanie złożyć wyłącznie wykonawcy znajdujący się w sytuacji takiej jak Dostawca

w niniejszym Postępowaniu, zaś możliwości takiej pozbawieni byli inni wykonawcy, mimo podejmowanych przez nich w tym zakresie starań i bieżącego informowania Zamawiającego o tego rodzaju sytuacjach.

Sposób ukształtowania opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego w Postępowaniu stoi w sprzeczności z przywołanymi wyżej przepisami prawa i fundamentalnymi zasadami każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Opisane działania i zaniechania Zamawiającego wiążą się bowiem z realnym ograniczeniem kręgu potencjalnych wykonawców w Postępowaniu oraz nieuzasadnionego faworyzowania jednego podmiotu (Dostawcy) i tym samym

do dyskryminowania innych wykonawców i producentów, co stanowi m.in. naruszenie art. 99 ust. 4 Pzp.

Przytoczone postanowienia SWZ należy uznać za niezgodne z art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp oraz art. 103 ust. 2 i 3 Pzp określającymi zakres obowiązków spoczywających na Zamawiającym

w zakresie należytego opisu przedmiotu zamówienia w Postępowaniu, jak również naruszające wyrażone w art. 16 Pzp i art. 17 Pzp wymogi dotyczące przygotowania

i przeprowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Opis przedmiotu zamówienia należy tym samym uznać również za nieuzasadniony

i nieproporcjonalny oraz niedostosowany do określonych przez Zamawiającego uwarunkowań realizacji zamówienia, a nadto za niedopuszczalny na gruncie art. 433 pkt 3 Pzp. Zamawiający przewidział bowiem w ww. zakresie obciążenie wykonawcy ryzykiem, którym nie może zarządzać wykonawca, a za które odpowiada Zamawiający. To Zamawiający jest bowiem podmiotem, na rzecz którego Dostawca zrealizował budowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym

znajdujących się aktualnie na linii kolejowej objętej Postępowaniem i który posiada wyłączne prawo do ingerencji w te urządzenia, w tym w aplikację RBC. Z przyczyn niezależnych zaś od wykonawcy, a wynikających z takiego, a nie innego stanu linii kolejowej, którą zarządza Zamawiający, wykonawca nie ma możliwości swobody doboru podmiotu, któremu powierzy realizację prac w przedmiotowym zakresie.

W konsekwencji, w świetle przytoczonych przepisów oraz mając na uwadze wynikający

z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia oraz obowiązku powiązania określonych przez Zamawiającego cech robót budowlanych z przedmiotem zamówienia i ich proporcjonalności do jego wartości i celów, jak również wynikającą z art. 16 pkt 3 Pzp zasadę proporcjonalności, bezpodstawnym jest obciążanie wykonawcy obowiązkami oraz ryzykami wynikającymi z braku należytego przygotowania Postępowania przez Zamawiającego. Mając powyższe na uwadze, przedstawiony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wymagań przewidzianych w powołanych przepisach Pzp, Rozporządzenia i Kodeksu cywilnego, zaś Zamawiający przerzuca na wykonawcę ryzyko i odpowiedzialność za sytuacje nieleżące w gestii wykonawcy. Tym samym, Zamawiający w powyższym zakresie nadużył również swojej pozycji dominującej jako autora dokumentacji Postępowania.

Na naruszenie przez Zamawiającego spoczywających na nim obowiązków w zakresie prawidłowego przygotowania Postępowania i opisanie przedmiotu zamówienia (w tym co do stanu zastanego, jaki wykonawca ma uwzględnić sporządzając ofertę w Postępowaniu) wskazuje również treść art. 85 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym: „Jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275, z 2022 r. poz. 2581 i 2640 oraz z 2023 r. poz. 852), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany

w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu

w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.”. Powyższy przepis również zatem wskazuje na wzorzec należytego działania po stronie Zamawiającego przy przygotowywaniu i przeprowadzaniu Postępowania, polegający na konieczności zdiagnozowania przez Zamawiającego potencjalnych zakłóceń konkurencji w Postępowaniu, celem wyeliminowania sytuacji, w których jeden z wykonawców dysponuje pozycją uprzywilejowaną w postępowaniu. Powyższe regulacje akcentują również, że to na Zamawiającym spoczywa w pierwszej kolejności ciężar przeprowadzenia stosownych analiz i podjęcia takich działań, które skutecznie zapobiegają bądź wyeliminowaniu bądź choćby ograniczeniu równej konkurencji w Postępowaniu.

KIO 3792/24

14 października 2024 r. wykonawca Zakłady Automatyki Kombud S.A. z siedzibą w Radomiu (dalej: Odwołujący Kombud), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1, 2 i ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp, art. 17 ust. 1-2 Pzp, art. 103 ust. 2-3 Pzp oraz w zw. z art. 362 Pzp, przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia:

1. w sposób wymagający ingerencji w już zabudowane w infrastrukturze Zamawiającego urządzenia SRK warstwy podstawowej innych dostawców/producentów oraz samodzielnego nawiązania z nimi współpracy niezbędnej do powiązania i integracji tych urządzeń z urządzeniami systemu ETCS poziom 2 - co wynika w szczególności z wymogów określonych w pkt 3.1.3.3.2, 3.1.3.5.1, 3.1.3.9.1, 3.5.6.3.2, 3.5.6.9.5, 3.5.6.9.6 PFU – w tym także w celu pozyskania dla zaimplementowanych interfejsów opinii jednostki organizacyjnej upoważnionej do przeprowadzenia badań (pkt 3.5.6.9.5 PFU) i opcjonalnie świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu (pkt 3.5.6.9.7 PFU) oraz przeprowadzenia wyceny i oceny ryzyka dla przeprowadzonej zmiany technicznej w istniejącym systemie sterowania ruchem kolejowym (pkt 3.5.6.9.8 PFU);
2. w sposób wymagający ingerencji w urządzenia liniowe i stacyjne SRK innych dostawców/producentów zabudowanych już w infrastrukturze Zamawiającego oraz samodzielnego nawiązania z nimi współpracy niezbędnej do realizacji przedmiotu zamówienia, w szczególności do powiązania i integracji tych urządzeń z aparaturą nowych komputerowych samoczynnych blokad liniowych, tymczasowego posterunku ruchu, Lokalnego Centrum Sterowania (LCS), Centrum Utrzymania i Diagnostyki (CUiD), systemu Przekazywania Informacji o Pociągach (PIP) oraz do rekonfiguracji/rozbudowy istniejących stacyjnych komputerowych urządzeń SRK - co wynika z wymogów określonych w pkt 2.2.4.5 (w rozdziale 2 – Ogólny Opis Przedmiotu Zamówienia), 3.1.3.5.1, 3.1.3.5.2, 3.1.3.6.1, 3.1.3.9.1 PFU;

3.w sposób wymagający ingerencji w urządzenia przytorowe systemu ETCS poziom 2 zabudowywanymi w ramach odrębnego kontraktu na linii nr 7 odcinek Otwock – Pilawa (RBC Pilawa) przez innego dostawcę/producenta oraz samodzielnego nawiązania

z nim współpracy niezbędnej do powiązania i integracji tych urządzeń z urządzeniami przytorowymi systemu ETCS poziom 2 zabudowywanymi w ramach kontraktu stanowiącego przedmiot tego Postępowania (pkt 3.5.6.3.3 PFU)

4.w zakresie posługiwania się w pkt 3.1.3.5, 3.1.3.6, 3.1.3.8, 3.1.3.9 i innych PFU terminem „rozwiązania pośrednie”,

- co stanowi opis naruszający wskazane wyżej przepisy prawa, niejednoznaczny

i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności na wysokość ceny stanowiącej jedyne kryterium oceny ofert, prowadząc do nieporównywalności ofert, ograniczający uczciwą konkurencję, powodując nieuzasadnione uprzywilejowanie poszczególnych wykonawców, co może doprowadzić do wyeliminowania innych wykonawców z ubiegania się o zamówienie oraz świadczy o niekonkurencyjności Postępowania, naruszający wykonawcom –

na nieznanych i niepewnych zasadach - podwykonawstwo dostawców urządzeń już zakupionych przez Zamawiającego w ramach odrębnych zamówień, będących bezpośrednimi konkurentami w obecnym Postępowaniu oraz przenosząc na nich wszelkie ryzyka

i odpowiedzialność z tym związane - co narusza także art. 433 pkt 3 Pzp oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie odpowiedniej zmiany treści PFU polegającej na:

1.modyfikacji treści niżej wskazanych wymogów w taki sposób, by zwolnić wykonawcę realizującego zamówienie stanowiące przedmiot Postępowania od odpowiedzialności

w zakresie prac, które mogą zostać wykonane jedynie przez podmiot trzeci:

w związku z zarzutem z pkt II.1 Odwołania

1)pkt 3.1.3.3.2, 3.1.3.5.1, 3.1.3.9.1, 3.5.6.3.2, 3.5.6.9.5 oraz 3.5.6.9.6 PFU

w odniesieniu do przystosowania (integracji, powiązania) urządzeń warstwy podstawowej srk do współpracy z urządzeniami systemu ETCS poziom 2, ewentualnie usunięciu prac w tym zakresie z zakresu zamówienia;

2)pkt 3.5.6.9.5 – 3.5.6.9.9 PFU w odniesieniu do pozyskania lub sporządzenia dokumentów, o których mowa w tych postanowieniach PFU, ewentualnie usunięciu prac w tym zakresie z zakresu zamówienia;

w związku z zarzutem z pkt II.2 Odwołania

3)pkt 3.1.3.5.1 PFU w odniesieniu do powiązania komputerowych urządzeń SRK

st. Warszawa Wawer z nowymi komputerowymi blokadami liniowymi szlaku Warszawa Wawer – Warszawa Falenica, ewentualnie usunięciu prac w tym zakresie z zakresu zamówienia;

4)pkt 3.1.3.9.1.2.1 PFU w odniesieniu do powiązania komputerowych urządzeń SRK st. Otwock z aparaturą nowej komputerowej samoczynnej blokady liniowej

na szlaku Warszawa Falenica - Otwock, ewentualnie usunięciu prac w tym zakresie z zakresu zamówienia;

5)pkt 3.1.3.9.1.2.3 PFU w odniesieniu do podłączenia st. Otwock do zdalnego sterowania z LCS Warszawa Wawer oraz zdalnego diagnozowania z CUiD zlokalizowanego w LCS WarszawaWawer wraz z urządzeniami przejazdowymi

na przejeździe kolejowo – drogowym kat. B w km 29.941, linii kolejowej nr 7 oraz terminalem TRM/LST dla systemu dSAT w km 30.350, linii kolejowej nr 7, ewentualnie usunięciu prac w tym zakresie z zakresu zamówienia;

6)pkt 2.2.4.5 (w rozdziale 2 – Ogólny Opis Przedmiotu Zamówienia) PFU

w odniesieniu do rozbudowy stacyjnych komputerowych urządzeń SRK stacji Warszawa Wawer, ewentualnie usunięciu prac w tym zakresie z zakresu zamówienia;

7)pkt 3.1.3.9.1.2.4 PFU w odniesieniu do zmiany aplikacji komputerowych urządzeń SRK stacji Otwock, ewentualnie usunięciu prac w tym zakresie z zakresu zamówienia;

8)pkt 3.1.3.5.2.1 PFU w odniesieniu do zabudowania urządzeń LCS i CUiD mających sterować, nadzorować i diagnozować urządzenia SRK warstwy podstawowej (stacyjne, liniowe i przejazdowe urządzenia SRK) oraz urządzenia przytorowe systemu ETCS poziom 2, ewentualnie usunięciu prac w tym zakresie z zakresu zamówienia na:

•szlaku Warszawa Wschodnia Osobowa WSP – Warszawa Wawer (ppkt 1);

- szlaku Warszawa Wschodnia Towarowa – Warszawa Wawer (ppkt 2);
- st. Warszawa Wawer (ppkt 3)
- na st. Otwock, wraz z urządzeniami przejazdowymi na przejeździe kolejowo – drogowym (powtarzacz ssp) kat. B w km 29.941, linii kolejowej nr 7

oraz terminalem TRMLST dla systemu dSAT w km 30.350, linii kolejowej nr 7 (ppkt 7);

- 9)ppkt 3.1.3.5.2.2 PFU w odniesieniu do utworzenia interfejsów pomiędzy systemami PIP dozabudowy na stacjach stycznych a systemami stacyjnymi obecnie zabudowanymi na stacjach stycznych do LCS, ewentualnie usunięciu prac w tym zakresie z zakresu zamówienia;
- 10)ppkt 3.1.3.5.2.3 PFU w odniesieniu do utworzenia interfejsu do LCS Pilawa, ewentualnie usunięciu prac w tym zakresie z zakresu zamówienia;
- 11)pkt 3.1.3.6.1 PFU w odniesieniu do włączenia urządzeń srk tymczasowego posterunku ruchu(w rejonie p.o. Warszawa Międzylesie) do komputera zależnościowego st. Warszawa Wawer i sterowanie nimi przez dyżurnego ruchu nastawni „Wr”/LCS Warszawa Wawer, ewentualnie modyfikację tego wymogu przez wyrażenie zgody na sterowanie urządzeń srk tymczasowego posterunku ruchu z oddzielnego stanowiska zabudowanego na nastawni „Wr”/LCS

st. Warszawa Wawer;

- 12)3.1.3.5, 3.1.3.6, 3.1.3.8, 3.1.3.9 w odniesieniu do odpowiedzialności za wprowadzenie „rozwiązań pośrednich” wraz z niezbędnymi dla tych rozwiązań dokumentacjami projektowymi oraz uzgodnieniami i decyzjami administracyjnymi, koniecznymi przy dochodzeniu do stanu docelowego przewidzianych rozwiązań, ewentualnie usunięciu tego wymogu;

w związku z zarzutem z pkt II.3 Odwołania

- 13)pkt 3.5.6.3.3 PFU w odniesieniu do integracji zabudowanych w ramach zamówienia stanowiącego przedmiot Postępowania urządzeń przytorowych systemu ETCS poziom 2 (RBC Warszawa Wawer) z urządzeniami przytorowymi systemu ETCS poziom 2 zabudowywanymi w ramach odrębnego kontraktu na linii nr 7 odcinek Otwock – Pilawa (RBC Pilawa) przez innego dostawcę/producenta w zakresie prac, które muszą zostać wykonane przez podmiot trzeci, ewentualnie usunięciu prac w tym zakresie z zakresu zamówienia.

2.W związku z zarzutem z pkt II.2 Odwołania Odwołujący Kombud wniósł o modyfikację

w szczególności pkt 3.1.3.5, 3.1.3.6, 3.1.3.8, 3.1.3.9 i innych PFU przez usunięcie zapisów obciążających Wykonawcę wszelkimi rozwiązaniami pośrednimi wraz z niezbędnymi dla tych rozwiązań dokumentacjami projektowymi oraz uzgodnieniami i decyzjami administracyjnymi, koniecznymi przy dochodzeniu do stanu docelowego przewidzianych rozwiązań, wraz z ich kosztami, względnie o doprecyzowanie pojęcia „rozwiązania pośrednie”.

3.Dodatkowo Odwołujący Kombud wniósł o modyfikację wszelkich pozostałych postanowień dokumentacji Postępowania, które powinny zostać zmodyfikowane w konsekwencji wprowadzenia zmian do dokumentacji odpowiadających powyższemu wnioskowi Odwołania, w tym w szczególności w zakresie Tomu IV SWZ – Przedmiarów dla oferenta.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący Kombud wskazał m. in.:

Uzasadnienie zarzutów z pkt II.1-2 Odwołania.

Zgodnie z instrukcją PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (Wytyczne techniczne budowy urządzeń sterowania ruchem kolejowym Ie-4 (WTB-E1) – „Urządzenia sterowania ruchem kolejowym (srk) służą do zapewnienia bezpieczeństwa i sprawności ruchu kolejowego przy założeniu,

że tabor oraz pozostałe obiekty i urządzenia związane z ruchem kolejowym spełniają również odpowiednie wymagania w zakresie bezpieczeństwa ruchu”, wskazując także, że „Systemy

i urządzenia srk stosowane na liniach kolejowych zarządzanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A muszą posiadać stosowne świadectwa i zezwolenia dopuszczenia

do eksploatacji zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami państwowymi

i wewnętrznymi PKP Polskie Linie Kolejowe S.A."

Urządzenia srk pod względem spełnianych funkcji dzieli się na:

- 1)Stacyjne (zabudowywane na posterunkach ruchu) odpowiedzialne za sterowaniem ruchem pociągów w obrębie danego posterunku ruchu. Są obsługiwane przez dyżurnego ruchu.
- 2)Liniowe (zabudowywane na odcinkach linii kolejowej pomiędzy posterunkami ruchu) służą do regulowania następstw pociągów na szlakach.
- 3)Kontroli prowadzenia pociągu (w tym wypadku system ETCS poziom 2) - służą do przekazywania informacji tor-pojazd i kontroli poprawnego prowadzenia pociągu przez maszynistę.

- 4) Zdalnego sterowania (w tym wypadku LCS) umożliwiają zarządzanie i prowadzenie ruchu pociągów na danym obszarze z jednego miejsca - lokalizacji LCS. Urządzenia te obsługuje dyżurny ruchu odcinkowy.
- 5) Oraz inne typy urządzeń, np. urządzenia do zabezpieczenia ruchu na przejazdach kolejowo - drogowych (nie są przedmiotem Odwołania).

Aby wszystkie te urządzenia umożliwiały zapewnienie bezpieczeństwa i sprawności ruchu pociągu, muszą tworzyć jedną spójną całość. Urządzenia te (srk) współpracują ze sobą za pomocą dokładnie zdefiniowanych interfejsów i zgodnie z przyjętymi i opracowanymi protokołami wymiany informacji. Tylko w ten sposób można zagwarantować prawidłowe działanie tych urządzeń i bezpieczeństwo ruchu kolejowego.

Interfejsy i protokoły wymiany informacji muszą zostać zaimplementowane po obydwu stronach łączonych (powiązywanych) urządzeń srk. Powiązanie takie wymaga szczegółowego uzgodnienia w zakresie przekazywanych informacji oraz modyfikacji oprogramowania (software) i nierzadko także sprzętu (hardware). Po fizycznej realizacji połączenia konieczne jest przeprowadzenie szeregu prób i sprawdzeń potwierdzających prawidłowość zrealizowanego powiązania.

Wykonawcą dokonania ingerencji w istniejących, tzn. zabudowanych na linii kolejowej urządzeniach srk, może być tylko producent/dostawca tych urządzeń. Urządzenia z jednej strony są chronione prawnie (patentami itp.) oraz zastrzeżoną przez producenta wiedzą (tzw. know-how). Z drugiej zaś strony urządzenia srk podlegają restrykcyjnym wymaganiom prawnym z zakresu ich dopuszczenia do eksploatacji (Ustawa o transporcie kolejowym). Tylko urządzenia spełniające rygorystyczne wymagania krajowe i wspólnotowe mogą być eksploatowane na terenie Polski. Urządzenia srk muszą również spełniać szczegółowe wymagania Spółki PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. zdefiniowane w instrukcjach wewnętrznych, takich jak, np. instrukcja Ie-100a Warunki bezpiecznej instalacji i eksploatacji urządzeń sterowania ruchem kolejowym na liniach kolejowych zarządzanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

Wszystko to oznacza, że zabudowywane urządzenia srk na sieci kolejowej PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. spełniają szereg dokładnie zdefiniowanych i restrykcyjnych wymagań.

W związku z tym urządzenia spełniają dokładnie zdefiniowany katalog realizowanych funkcji

i tworzą tym samym wyraźnie określony typ urządzenia srk. Każda ewentualna zmiana w tych urządzeniach (programowa i/lub sprzętowa) powoduje potencjalne naruszenie spójności tych urządzeń. Zmiana ta może być dokonana tylko w zgodzie z określonymi wymaganiami prawnymi (Ustawa o transporcie kolejowym). Zmiany takiej może dokonać tylko jednostka organizacyjna posiadająca dogłębną wiedzę techniczną w zakresie danego urządzenia oraz posiadająca prawo do jej realizacji, czyli tylko producent danego urządzenia srk.

Tym samym prawidłowa realizacja powiązania dwóch urządzeń srk może być wykonana tylko przy współpracy dwóch producentów powiązywanych urządzeń. Obydwaj muszą uzgodnić niezbędny zakres wymiany informacji, oraz przyjąć wspólnie jeden protokół wymiany informacji. Każdy z nich musi zrealizować zmiany w swoich urządzeniach srk, tak aby umożliwić prawidłową obsługę wymienianych informacji. Następnie konieczne są testy i sprawdzenia poprawności działania tak zmodyfikowanych i powiązanych urządzeń.

Wobec powyższego:

- a) każdy wykonawca, ubiegający się o udzielenie tego zamówienia zmuszony jest samodzielnie pozyskać ofertę oraz nawiązać współpracę z bezpośrednimi konkurentami, przed złożeniem oferty w Postępowaniu, oraz bez jakichkolwiek gwarancji czy zabezpieczeń ze strony Zamawiającego co do nawiązania takiej współpracy oraz warunków tej współpracy; tymczasem to Zamawiający powinien zapewnić – jako inwestor - wykonanie przez Alstom oraz Hitachi prac po stronie urządzeń zabudowanych przez te spółki w sposób umożliwiający prawidłowe ich powiązanie i integrację z urządzeniami zabudowywanymi przez Wykonawcę,
- b) zarówno Alstom, jak i Hitachi w świetle zaskarżonych postanowień SWZ posiadają nieusprawiedliwioną przewagę i możliwość dyktowania warunków cenowych i handlowych w zakresie wymagającym współpracy z nimi.
- c) Zamawiający nie określił w SWZ zakresu wymaganych prac dla producentów istniejących urządzeń ani nie udostępnił jakiegokolwiek dokumentacji technicznej tych urządzeń i związanych z nimi prac, co powoduje, że jedynie Alstom oraz Hitachi – znając zakres przedmiotu zamówienia w odpowiadających ich urządzeniom obszarze, uniemożliwiając innym wykonawcom jej wycenę.

Wskazana sytuacja zaburza konkurencyjność Postępowania oraz prowadzi

do nieporównywalności potencjalnych ofert. Wykonawcy Alstom i Hitachi nie tylko posiadają większą znajomość przedmiotu zamówienia niż inni potencjalnie zainteresowani wykonawcy, ale przede wszystkim są zdolni do złożenia bardziej konkurencyjnych ofert, gdyż wszyscy inni wykonawcy zmuszeni będą uwzględnić koszty współpracy z tymi wykonawcami, jej niepewny charakter oraz brak jakichkolwiek określonych zasad w tym zakresie. Ma to szczególne znaczenie w kontekście ustalonego kryterium oceny ofert – 100 % cena. Zasadność argumentów Odwołującego

dosadnie obrazują przy tym aktualne doświadczenia Zamawiającego w analogicznych projektach.

Jako klauzulę abuzywną na podstawie art. 433 pkt 3 Pzp, należy uznać, przerzucanie

na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający – w tym zakresie to na zamawiającym ciąży obowiązek precyzyjnego

i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, a nie przerzucanie na wykonawców konieczności „zdobycia go”, czy określenia własnym asumptem.

Postanowienia PFU w zakresie prac wymagających zaangażowania Alstom oraz Hitachi pozostają enigmatyczne i ogólnikowe, a ponadto brakuje jakichkolwiek gwarancji kontraktowych Zamawiającego – obecnego dysponenta urządzeń zabudowanych przez Alstom i Hitachi – do nawiązania na rynkowych zasadach współpracy przez te podmioty

z innymi potencjalnymi oferentami. Należy zauważyć, że program funkcjonalno-użytkowy powinien obejmować opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne (art. 103 ust. 3 Pzp). W braku jakiegokolwiek dokumentacji technicznej dotyczącej urządzeń zabudowanych przez podmioty trzecie, w które niezbędna będzie ingerencja Wykonawcy nie można mówić o wypełnieniu wymogów Pzp

co do obowiązku precyzyjnego wskazania wymogów w przedmiotowym zakresie. Reasumując, Odwołujący ani jakikolwiek inny wykonawca nie ma instrumentów prawnych

do zapewnienia sobie współpracy z Alstom i Hitachi w ramach tego Postępowania,

co potwierdzają zresztą dotychczasowe przykłady z praktyki. Tym bardziej zabroniona jest,

w świetle przywołanych wyżej okoliczności, jakakolwiek faktyczna ingerencja w urządzenia produkcji Alstom i Hitachi.

Podobnie przedmiotem tego zamówienia nie jest zastępstwo prawne czy procesowe Zamawiającego w zakresie uzyskania przez wykonawcę określonych praw/uprawnień

na rzecz Zamawiającego. Zgodnie z postanowieniami SWZ, Zamawiający nie wymaga

od oferentów ani posiadania określonego doświadczenia w tym zakresie, ani też dysponowania odpowiednim potencjałem. To Zamawiający powinien tak przygotować postępowanie, również odniesieniu do niezbędnej dokumentacji czy praw autorskich,

aby możliwe było jego wykonanie na konkurencyjnych warunkach.

Ekonomicznie bardziej efektywnym dla Zamawiającego byłoby osobne zlecenie prac objętym monopolem producenta urządzeń warstwy podstawowej (czy to w wykonaniu poprzedniego zamówienia, zamówienia dodatkowego, zamówienia z wolnej ręki czy osobnego zamówienia częściowego), co nastąpiłoby bez żadnego uszczerbku dla jakości tak zleconego zamówienia, jak i uzasadnionych interesów Zamawiającego, a w pozostałym zakresie umożliwiłoby przeprowadzenie w pełni konkurencyjnego przetargu. Zaniechanie sztucznej kumulacji różnych zakresów zamówienia odbyłoby się nie tylko z korzyścią dla efektywności ekonomicznej oraz konkurencyjności, ale także nie wpływałoby negatywnie na harmonogram inwestycji.

Względy przejrzystości wskazują na konieczność zmiany spornych wymogów, bowiem nie może być tak, że tylko tak drastycznie ograniczony krąg wykonawców (w tym przypadku tylko dwóch wykonawców – każdy w odniesieniu do swoich urządzeń) ma uprawnienia oraz informacje niezbędne do wykonania danego zakresu zamówienia, z pokrzywdzeniem innych, kompetentnych podmiotów rynkowych. W świetle obecnej sprawy Zamawiający ani potencjalni wykonawcy nie mają jakikolwiek narzędzi prawnych do oceny i weryfikacji zakresu prac wskazanych potencjalnie w przyszłości w ramach ofert współpracy (o ile taką zechcą złożyć) autorstwa Hitachi i Alstom – prowadzi to do oczywistej nieporównywalności ofert.

Tym sposobem każde zamówienie, wiążące się z koordynacją czy integracją z posiadanymi przez zamawiającego systemami, mogłoby być objęte monopolem lub dyktatem dotychczasowego dostawcy, co jednoznacznie zaprzecza zasadom Pzp oraz jest podkreślane jako zakazane w oficjalnych poradnikach UZP dotyczących opisu przedmiotu zamówienia

na systemu informatycznej .

Narzucanie wykonawcom – na nieznanych i niepewnych zasadach – podwykonawstwa dostawcy/producenta zabudowanych już urządzeń SRK (przy czym udział w konsorcjum zapewne nie jest faktycznie możliwy z uwagi na ustawowy zakaz złożenia więcej niż jednej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia), będącego bezpośrednim konkurentem

w obecnym Postępowaniu oraz przenosząc na nich wszelkie ryzyka z tym związane

oraz pełną odpowiedzialność (na zasadzie ryzyka) za działania konkurenta, narusza także zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp,

co do możliwości swobodnego wyboru kontrahenta oraz określenia warunków kontraktowania. Swoboda kontraktowania przejawia się także w zakazie zmuszania podmiotów do zachowań niewymaganych prawem.

Zamawiający zignorował także treść pisma z 18.12.2008 r. Europejskiego Stowarzyszenia Przemysłu Dostaw

Kolejowych (UNIFE), zrzeszającego przedsiębiorstwa zajmujące się projektowaniem, produkcją, utrzymaniem i renowacją systemów, podsystemów i powiązanego sprzętu dla transportu kolejowego, adresowanego do Zamawiającego odnośnie prowadzenia postępowań przetargowych na wykonanie systemu ERTMS. UNIFE wskazało, że kluczowym dla zachowania uczciwej konkurencji i wykonania interfejsów pomiędzy urządzeniami dostarczonymi przez różnych dostawców jest odpowiednie zarządzanie działaniami po stronie dostawcy interfejsu zlokalizowanego po stronie nastawnicy przez podmiot odpowiedzialny za zarządzanie infrastrukturą kolejową (a więc Zamawiającego), a zapewnienie sobie możliwości zarządzania działaniami dostawcy urządzeń zabudowanych powinno nastąpić w umowie zawartej pomiędzy zarządcą infrastruktury kolejowej a tym dostawcą.

Dowód: pismo UNIFE do Zamawiającego z 18.12.2008 r.

Zasadność dzielenia zamówień na części powinna odzwierciedlać aspekt zwiększania konkurencji na rynku danych usług czy dostaw. Umożliwienie wykonawcom składania ofert częściowych jest jednym z podstawowych instrumentów prawnych, mającym przeciwdziałać nadmiernej agregacji zamówień, uzależnieniu podmiotów publicznych od jednego usługodawcy, ma sprzyjać dywersyfikacji, a tym samym minimalizowaniu ryzyka występowania na rynku zamówień publicznych patologicznych sytuacji, w których możliwość złożenia oferty na realizację zamówienia ograniczona jest do jednego wykonawcy. Takie sytuacje stanowią niewątpliwie naruszenie zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców.

Uzasadnienie zarzutu z pkt II.3

Odwolujący wskazał, że powyższa argumentacja jest adekwatna również co do wymogu zawartego w pkt 3.5.6.3.3 PFU, nakładającego na Wykonawcę obowiązek integracji zabudowanych w ramach przedmiotowego zamówienia urządzeń przytorowych systemu ETCS poziom 2 (RBC Warszawa Wawer) z urządzeniami przytorowymi systemu ETCS poziom 2 zabudowywanymi w ramach odrębnego kontraktu na linii nr 7 odcinek Otwock – Piława (RBC Piława).

Również w tym wypadku istnieje konieczność współpracy dostawców/producentów dwóch systemów, które należy powiązać. Obydwaj dostawcy muszą wspólnie uzgodnić rozwiązanie techniczne przewidziane do implementacji na granicy systemów. Następnie uzgodnione rozwiązanie musi zostać wdrożone na odcinku granicznym (zabudowa nowych balis zgodnie z projektem). W kolejnym kroku przyjęta architektura musi zostać przeniesiona do logiki komputerów RBC zarówno nowo budowanego w ramach obecnego przetargu (RBC Warszawa Wawer), jaki i już istniejącego (RBC Piława) zabudowanego przez podmiot trzeci (innego wykonawcę) w ramach odrębnego postępowania. Na koniec pozostaje fizyczna realizacja interfejsu (po obydwu stronach połączenia) i połączenia oraz przeprowadzenie szeregu prób i sprawdzeń potwierdzających prawidłowość zrealizowanego powiązania.

Jest to kluczowe dla zapewnienia prawidłowej działalności systemu służącego do realizacji bezpiecznej kontroli jazdy pociągu. Jednostka logiczna systemu – RBC odpowiada za ruch pociągów wyposażonych w urządzenia pokładowe systemu ETCS. Na podstawie informacji

z urządzeń srk warstwy podstawowej (urządzenia stacyjne i liniowe), RBC przekazuje

tzew. Zezwolenie na Jadę do urządzeń pokładowych systemu. Informacje te są wyświetlane

na pulpicie maszynisty, a urządzenia pokładowe dodatkowo weryfikują, czy maszynista postępuje zgodnie z otrzymanymi informacjami. W systemie tym balisy służą do jednoznacznej identyfikacji położenia pociągu na linii kolejowej. Tym samym jakkolwiek modyfikacja

w instalacji balis wymaga wprowadzenia tej zmiany w logice jednostki centralnej – RBC.

Granica obszarów odpowiedzialności dwóch RBC jest miejscem szczególnym, który wymaga specjalnej uwagi projektantów systemu. Odpowiedzialność za poszczególne pojazdy kolejowe przekraczające granicę obszarów dwóch RBC musi być przekazywana w sposób zapewniający bezpieczeństwo i płynność ruchu kolejowego. Realizowane to jest zgodnie z przyjętą w systemie ETCS poziom 2 funkcją „RBC-RBC Handover”.

W każdym jednak wypadku konieczna jest współpraca dostawców/producentów dwóch systemów na granicy obszarów opracowania interfejsów w urządzeniach, które mają zostać powiązane. W tym wypadku zamawiający przekłada na Wykonawcę odpowiedzialność

za utworzenie interfejsu dwóch RBC – swojego oraz innego producenta.

Uzasadnienie zarzutu z pkt II.4 – „rozwiązania pośrednie”.

Odwolujący wskazał również na wysoką nieprecyzyjność aktualnej treści pkt 3.1.3.5, 3.1.3.6, 3.1.3.8, 3.1.3.9, a także innych podobnych punktów PFU. Zamawiający w treści ww. punktów PFU, a także innych postanowieniach dokumentacji Postępowania, wielokrotnie posługuje

się formułą, zgodnie z którą po stronie Wykonawcy leżą „wszelkie rozwiązania pośrednie wraz z niezbędnymi dla tych rozwiązań dokumentacjami projektowymi oraz uzgodnieniami

i decyzjami administracyjnymi, konieczne przy dochodzeniu do stanu docelowego przewidzianych rozwiązań”.

Niejasnym jest co Zamawiający uznaje właściwie, za „rozwiązania pośrednie”. Pojęcie to może wprowadzać kolejne, niewynikające wprost z dokumentacji zobowiązania ciążące na Wykonawcy do utworzenia kolejnych interfejsów

mających

łączyć zabudowane urządzenia z urządzeniami innych dostawców/producentów. Jeżeli postanowienia te nakazujące przeprowadzenie dalszych prac odnoszących się do powiązania urządzeń już zabudowanych z przedmiotem zamówienia, naruszałyby wówczas zasady uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz przejrzystości, powodując nieuzasadnione uprzywilejowanie jednego wykonawcy (dostawcy/producenta tych urządzeń), jako jedyne go mogącego posiadać jakąkolwiek wiedzę co do zakresu konieczności ewentualnej wymiany urządzeń SRK warstwy podstawowej – Odwołujący w tym zakresie wskazał na argumentację dotyczącą zarzutu z pkt II.2 Odwołania. Niedopuszczalne jest takie kształtowanie warunków zamówienia, które tylko jednemu z konkurujących przedsiębiorców umożliwia określenie zakresu niezbędnych prac celem złożenia oferty w przetargu publicznym. Aktualna treść

tych postanowień może jednak zakresowo obejmować coś zupełnie innego – np. nakładać

na Wykonawcę dodatkowe obowiązki i koszty związane z rozwiązaniami wdrożonymi na czas wykonywania robót budowlanych w celu zapewnienie organizacji ruchu w czasie realizacji robót.

Postanowienia SWZ są zatem w tym zakresie niejednoznaczne i niewyczerpujące, uniemożliwiając określenie zakresu obowiązków spoczywających na ich podstawie

na Wykonawcy, a co za tym idzie nie jest obiektywnie możliwa na tym etapie wycena tych obowiązków. W ocenie Odwołującego niezbędnym jest zatem doprecyzowanie wymogów Zamawiającego w tym zakresie, względnie usunięcie postanowień referujących do tak ogólnie sformułowanych „rozwiązań pośrednich” z dokumentacji Postępowania.

29 października 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołania (w zakresie podlegającym rozpoznaniu) wniósł o ich oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Zamawiający sformułował swoje cele przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i jest

to jego autonomiczna decyzja, która nie może być przedmiotem jakiegokolwiek środka ochrony prawnej. Przedmiotem tym może być jedynie sposób opisu przedmiotu zamówienia ze względu na dyspozycje normy prawnej zawarte w przepisach Pzp.

Obaj Odwołujący próbują zastąpić Zamawiającego w jego decyzjach dotyczących określenia celu a nie dokonanego przez zamawiającego sposobu opisu przedmiotu zamówienia. Zarzuty odwołań nie kwestionują bowiem dokonanego opisu zawartego w SWZ ze względu na naruszenie określonych norm prawnych, ale zmierzają do pozbawienia Zamawiającego prawa do decydowania co zmierza nabyć w niniejszym Postępowaniu.

Odwołujący Kombud kwestionuje obowiązek nawiązania współpracy pomiędzy urządzeniami stacyjnymi, liniowymi, kontroli prowadzenia pociągów i zdalnego sterowania. Znamienne jest przy tym, że tak szerokiego zakresu zarzutów i żądań nie stawia żaden inny wykonawca,

w tym Alstom czy Hitachi. Odwołujący Kombud zdaje sobie sprawę jak istotne jest powiązanie pomiędzy urządzeniami srk zabudowanymi na linii kolejowymi z urządzeniami dostarczonymi na podstawie tego Postępowania. Brak powiązania pomiędzy urządzeniami srk powoduje,

że udzielenie zamówienia na podstawie tego Postępowania jest bezcelowe i stanowiłoby wyłącznie stratę środków finansowych przez Zamawiającego.

Potwierdza to Odwołujący Kombud we fragmencie „Aby wszystkie te urządzenia umożliwiały zapewnienie bezpieczeństwa i sprawności ruchu pociągu, muszą tworzyć jedną spójną całość. Urządzenia te (srk) współpracują ze sobą za pomocą dokładnie zdefiniowanych interfejsów i zgodnie z przyjętymi i opracowanymi protokołami wymiany informacji. Tylko w ten sposób można zagwarantować prawidłowe działanie tych urządzeń i bezpieczeństwo ruchu kolejowego.”

Drugą ważną kwestię, którą poruszył Odwołujący Kombud jest okoliczność, że prawidłowa realizacja powiązania dwóch urządzeń srk może być wykonana tylko przy współpracy dwóch producentów powiązywanych urządzeń. Odwołujący Kombud nie wykazał jaki katalog czynności związany z integracją urządzeń srk musi zostać zrealizowany przez innych dostawców (w tym Astom i Hitachi). Jest to tylko subiektywne oświadczenie, które nie zostało wykazane przez Odwołującego, a nawet uprawdopodobnione. Wydzielenie do odrębnego zamówienia zakresu obejmującego powiązanie urządzeń srk będzie tylko pozorną czynnością nie wpływającą w żaden pozytywny sposób na realizację zamówienia objętego Postępowaniem. Wydzielenie powiązania urządzeń srk do odrębnego zamówienia jest wręcz niepożądane i niekorzystne dla Zamawiającego, bowiem nie zostanie osiągnięty cel wynikający z realizacji zamówienia.

Odwołujący Kombud nie wykazał, że okoliczność powiązania urządzeń stanowi czynność niezgodną z przepisami Pzp, ze względu na naruszenie przepisu art. 99 i następne Pzp (przepisy, które zostały wskazane w treści zarzutu odwołania). Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się i nie przedstawił wpływu ww. okoliczności (hipotetycznej) na konkurencyjność postępowania. Oznacza to, że teza postawiona przez odwołującego jest gołosłowna.

Czynności w zakresie integracji systemów są powszechne w obrocie gospodarczym.

W szczególności jest to wręcz powszechne w czasach obecnych (mnogość systemów versus rozbudowa systemów oraz modyfikacja funkcjonalności). Nie każda „ingerencja” w inny system winna być oceniana z założenia jako brak

konkurencyjności w postępowaniu. Niewielka czy wręcz incydentalna konieczność współpracy producentów oprogramowania nie może stanowić przesłanki nienależytego opisanie przedmiotu zamówienia. Powszechna jest współpraca pomiędzy wykonawcami a producentami w zakresie istniejących urządzeń srk, tj. urządzeń już zabudowanych i eksploatowanych na sieci PKP PLK S.A. Nadto, wyżej wskazane przykłady pokazują, że współpraca ta również ma miejsce pomiędzy różnymi wykonawcami.

Okoliczność stanowiąca konieczność współpracy wbrew twierdzeniom Odwołującego Kombud nie oznacza w żaden sposób utrudnienia (lub wręcz niemożliwości) przygotowania oferty. Nie można czynić z tak ogólnego stanowiska zarzutu dotyczącego niezgodności postanowień SWZ z przepisami Pzp. Jest to zatem kolejna teza Odwołującego, która nie została wykazana (czy nawet uprawdopodobniona).

Identycznie należy ocenić sugestię jakoby określone podmioty wpływały na proces kształtowania wyceny. Raz jeszcze należy podnieść, że Odwołujący Kombud nawet nie dokonał próby ustalenia zakresu współpracy z określonymi podmiotami. Tym samym, brak jest jakichkolwiek dowodów na okoliczność braku możliwości czy utrudnieniu dokonaniu wyceny oferty. Nadto, Zamawiający ponownie wskazuje, że współpraca taka jest powszechna, czego najlepszym przykładem jest postawa Odwołującego 1 i 2, którzy realizowali podobne projekty.

Podkreślić należy, że Odwołujący Kombud sformułował odwołanie w sposób prezentujący jego własne subiektywne oceny oraz wyrażający oczekiwania dla niego korzystne. Jest to oczywiście działanie nieprawidłowe w świetle kontryktoryjnego charakteru postępowania odwoławczego.

Odwołujący Kombud kwestionuje obowiązek powiązania pomiędzy urządzeniami srk zabudowanymi na linii kolejowymi z urządzeniami dostarczonymi na podstawie tego Postępowania. Odwołujący Kombud nie domaga się od Zamawiającego przekazania konkretnej dokumentacji technicznej czy sprecyzowania zakresu wymaganych prac, ale wyłączenie swojej odpowiedzialności w zakresie prac, które mogą (w jego ocenie) zostać wykonane jedynie przez podmiot trzeci, względnie wyłączenia tego zakresu z zamówienia. Zresztą Odwołujący Kombud nawet nie precyzuje jakie informacje czy dokumenty na temat współpracy są mu niezbędne dla przygotowania oferty i jakich informacji brak w SWZ,

w odniesieniu do konkretnych punktów SWZ. Odwołujący Kombud wyłącznie blankietowo

i ogólnie rzuca hasło, że brak jest dokumentacji technicznej urządzeń srk, ale nie wskazuje

co jest jemu niezbędne. Z tych względów argumentacja Odwołującego jest gołosłowna i nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający jasno określił przedmiot zamówienia, ponieważ wykonawcy, którzy nota bene są profesjonalistami w swojej branży, rozumieją wymóg powiązania ze sobą urządzeń srk.

W zakresie drugiego odwołania Zamawiający wskazał:

Czynności w zakresie integracji systemów są powszechne w obrocie gospodarczym.

Same twierdzenia Odwołującego Alstom zawierające niekonkretne i ogólnikowe twierdzenia, nie mogą stanowić dowodu w przedmiotowej sprawie. Współpraca wykonawców, którzy realizowali podobne zamówienia w różnym czasie jest faktem, zaś Odwołujący Alstom

nie wykazał, że współpraca będzie nie możliwa. W zakresie odniesienia się do szczegółowych twierdzeń Odwołującego Alstom Zamawiający podniósł zbliżoną argumentację

jak w przypadku odwołania Odwołującego Kombud.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności

treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron

i Przystępującego zawarte w odwołaniach, odpowiedzi na odwołania i pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołań, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 3764/24

w zakresie zarzutu nr 6.3. Wobec modyfikacji SWZ z 25 października 2024 r. i zgodnego wniosku Stron o umorzenie postępowania jako bezprzedmiotowego, Izba na podstawie

art. 568 pkt 2 Pzp postanowiła umorzyć postępowanie we wskazanej części.

W pozostałym zakresie Izba merytorycznie rozpoznała oba odwołania, uznając, że podlegają one oddaleniu.

Rozpoznając oba odwołania Izba przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania,

oraz wszystkie wnioskowane przez Strony i Przystępujących dowody z dokumentów.

Izba ustaliła, co następuje:

Mimo rozbudowanej argumentacji Odwołujących niesporna okazała się okoliczność, że do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia niezbędny jest udział podmiotów trzecich – tj. wykonawcy Hitachi oraz Alstom. Zamawiający przyznał ten fakt, a na gruncie dokumentacji postępowania, w szczególności postanowień objętych zarzutami odwołań, okoliczność ta nie budziła wątpliwości.

Podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu miało natomiast ustalenie, czy powyższy fakt, w świetle postanowień SWZ, narusza zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu i czy sposób skonstruowania opisu przedmiotu zamówienia stawia wykonawcę Hitachi w uprzywilejowanej pozycji.

Obaj Odwołujący wskazywali na potencjalne utrudnienie im udziału w postępowaniu przez wykonawcę Hitachi, który mógłby wykorzystać swoją przewagę tak, że sam zaoferowałby Zamawiającemu realizację przedmiotu zamówienia za cenę zdecydowanie korzystniejszą

niż jako podwykonawca któregoś z Odwołujących. Istotą zarzutów było więc twierdzenie, że Hitachi wyceniając swoją pracę dla Odwołujących mógłby celowo zawyżyć cenę po to, by Odwołujący nie byli w stanie złożyć Zamawiającemu ofert korzystniejszych cenowo niż Hitachi.

Izba wskazuje jednak, że w tak samo uprzywilejowanej pozycji w jakiej miały być podmiot Hitachi jest też Odwołujący Alstom – między stronami nie było sporu, że przedmiot zamówienia obejmował będzie też włączenie nowowytworzonej infrastruktury do sprzętu i systemu już funkcjonującego, do którego prawa przysługują wykonawcy Alstom, a nie Hitachi. Nie jest więc tak, że Zamawiający doprowadził do uprzywilejowania jednego wykonawcy kosztem pozostałych.

Z dowodów złożonych przez Zamawiającego jasno wynika, że konieczność współpracy wykonawców realizujących bieżące prace z wykonawcami robót wcześniejszych jest

czymś powszechnie występującym. Zamawiający złożył m.in. listę takich postępowań

i o ile Odwołujący Alstom kwestionował z przyczyn formalnych wartość tego dowodu,

to nie polemizował z jego treścią. Izba uznała ten dowód Zamawiającego za wiarygodny, ponieważ jest on zgodny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, a także zgodny

z wiedzą jaką Izba dysponuje z urzędu na gruncie innych postępowań odwoławczych

z udziałem tego Zamawiającego.

Odwołujący Alstom oparł swoje stanowisko na dowodach objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Wynikało z nich, że w jednym z wcześniejszych postępowań Odwołujący faktycznie napotkał na realne trudności w uzyskaniu oferty od wykonawcy Hitachi. Biorąc jednak pod uwagę ustalony stan faktyczny uznać należy, wobec braku dowodów przeciwnych – że przypadki trudności w nawiązaniu współpracy z innymi podmiotami są wyjątkiem,

a nie regułą. Normą jest bowiem współpraca między wykonawcami i to zostało potwierdzone m. in. dowodami Zamawiającego. Żaden z Odwołujących nie wykazał jednak, by na gruncie tego postępowania podjęto już jakieś działania zmierzające do porozumienia z wykonawcą Hitachi, co za tym idzie Odwołujący nie podjęli nawet próby udowodnienia, że wykonawca ten zamierza utrudniać pozostałym uczestnikom udział w postępowaniu. Z tego względu wcześniejsze trudności Odwołującego Alstom z nawiązaniem współpracy z Hitachi, na gruncie dowodów zgromadzonych w postępowaniu, Izba uznała za incydentalne.

Konieczność współpracy z wykonawcą Hitachi nie jest też wynikiem bezprawnych czy dyskryminujących działań ze strony Zamawiającego. Wynika ona z okoliczności

o obiektywnym charakterze – praw wyłącznych przysługujących temu wykonawcy do sprzętu i oprogramowania systemu, z którym wykonawca przedmiotu zamówienia będzie musiał połączyć swoją część zadania. Sytuacja wykonawców byłaby zatem taka sama, niezależnie od tego kto wykonałby wcześniejsze odcinki przedmiotu zamówienia – cały czas istniałaby konieczność włączenia realizowanego przedmiotu zamówienia do już istniejącej i funkcjonującej infrastruktury.

Nie ulega przy tym wątpliwości, że sytuacja wykonawców zainteresowanych udziałem

w postępowaniu nie jest komfortowa. Konieczność współpracy z podmiotem trzecim i jej uwzględnienie na etapie składania ofert z całą pewnością nie jest wygodne. Nie oznacza

to jednak, że jest to sytuacja niezgodna z prawem, w szczególności, że sporna część zamówienia prowadzona jest w trybie zaprojektuj i wybuduj, który ze swojej natury zakłada,

że opis przedmiotu zamówienia jest w pewnym stopniu ogólny, a jego doprecyzowanie następuje dopiero na etapie prac projektowych.

Podkreślenia wymaga również to, że nawet jeśli Izba uznałaby zarzuty odwołań za zasadne

w stopniu uzasadniającym nakazanie Zamawiającemu zmiany warunków zamówienia,

to powiązane z zarzutami odwołań żądania były zbyt daleko idące. Izba nie jest związana żądaniami odwołań, ale nie oznacza to, że odwołujący zwolnieni są z obowiązku ich podniesienia i prawidłowego sformułowania. Żądania muszą być związane z zarzutami odwołania – muszą z nimi korespondować w taki sposób, by ich zasądzenie prowadziło

do usunięcia naruszeń będących podstawami zarzutów. Żądania muszą być też proporcjonalne do zarzutów – muszą uwzględniać fakt, że celem postępowania jest udzielenie przez zamawiającego określonego zamówienia i by w jego wyniku zaspokojone zostały obiektywne potrzeby zamawiającego. Zamawiający jest gospodarzem postępowania – żądania nie mogą więc zmierzać do przesadnej ingerencji w warunki zamówienia, tj. w sposób przekraczający konieczność usunięcia określonych nieprawidłowości.

Żądania podniesione przez obu Odwołujących nie spełniały powyższych wymogów.

Skoro istotą problemu był fakt, że wykonawca Hitachi mógłby zróżnicować pod względem

np. cen, oferty kierowane do poszczególnych wykonawców zainteresowanych udziałem

w postępowaniu, to żądania winny zmierzać np. do uzyskania przez Zamawiającego od tego podmiotu trzeciego zobowiązania do zapewnienia takiej samej ceny każdemu wykonawcy. Natomiast żądania usunięcia spornej części przedmiotu zamówienia do odrębnego postępowania bądź wyłączenia odpowiedzialności wykonawcy za realizację tego zakresu zadania są rażąco niewspółmierne do istoty problemu i całkowicie pomijają potrzebę Zamawiającego do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Żądania miały służyć wyłącznie dobru zainteresowanych wykonawców i zwiększać ich komfort udziału

w postępowaniu. Powyższe, wobec nieudowodnienia przez Odwołujących, że kwestionowane przez nich postanowienia warunków zamówienia są rzeczywiście sprzeczne z przepisami ustawy Pzp, wskazywało na to, że wykonawcy wnieśli odwołania przede wszystkim w celu zapewnienia sobie wygodnego udziału w postępowaniu, bez względu na sens tego postępowania i jego przedmiot.

Nie potwierdziły się również twierdzenia Odwołujących o niejednoznacznym opisie przedmiotu zamówienia. Podkreślenia wymaga, że obaj Odwołujący byli w stanie bardzo precyzyjnie wskazać, które z postanowień warunków zamówienia miały zawierać nieprawidłowości – żądania zostały sporządzone w sposób bardzo konkretny – Odwołujący byli w stanie zidentyfikować fragmenty dokumentacji, które w ich ocenie były niezgodne z przepisami prawa. Obaj Odwołujący w prawidłowy sposób zrozumieli też sens i znaczenie kwestionowanych przez siebie postanowień.

W konsekwencji Izba oddaliła oba odwołania w zakresie podlegającym rozpoznaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy

na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący

.....

.....