

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak
Aneta Młacka
Andrzej Niwicki

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lutego 2024 r. przez Odwołującego – Wykonawcę **Zakład Automatyki „KOMBUD” Spółka Akcyjna**, ul. Wrocławska 10, 26-600 Radom w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna**, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

przy udziale uczestnika **Alstom Polska Spółka Akcyjna** ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa po stronie Odwołującego

orzeka:

1Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 i 3 odwołania;

2Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany opisu przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający wskazanym w żądaniu alternatywnym zapisom zwalniającym Wykonawcę z odpowiedzialności za brak wykonania powiązania i integracji ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami SRK warstwy podstawowej zabudowanymi przez innego wykonawcę w zakresie prac, które muszą być wykonane przez podmiot trzeci.

3Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2.zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 23.600 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Odwołującego.

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.

Przewodnicząca:.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 359/24

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – PKP PLK S.A z/s w Warszawie, w trybie podstawowym na *zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: „Dostosowanie do wymaganych parametrów sieci TEN-T poprzez zabudowę systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii kolejowej nr 133 i linii kolejowej nr 134 na odc. Sosnowiec Jęzor - Kraków Główny”*(nr postępowania 9090/IRZR2/23278/00171/24/P), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23.01.2024 r., S/16 00046041-2024, wobec czynności polegającej na opisie przedmiotu zamówienia, wniesione zostało w dniu 02.02.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy Zakład Automatyki KOMBUD S.A. z/s w Radomiu (sygn. akt KIO 359/24).

Zamawiający opublikował treść specyfikacji warunków zamówienia w dniu 23.01.2024 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie

1.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, poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia („OPZ”) w zakresie wymagającym ingerencji w zabudowane urządzenia SRK2 warstwy podstawowej innego dostawcy/producenta oraz samodzielnego nawiązania z nim współpracy w zakresie powiązania i integracji tych urządzeń - co wynika z obowiązków powiązania urządzeń SRK warstwy podstawowej z urządzeniami systemu ERTMS/ETCS poziom 2, obowiązków dotyczących wykonania

integracji urządzeń SRK warstwy podstawowej, obowiązku pozyskania dla tych urządzeń wymaganych świadectw dopuszczenia do eksploatacji oraz opinii właściwej jednostki potwierdzającej brak zmian cech typu istniejących systemów SRK, jak również obowiązku przeprowadzenia dla tych urządzeń odpowiedniej wyceny i oceny ryzyka dla przeprowadzanej zmiany technicznej - w sposób:

- a) naruszający wskazane wyżej przepisy prawa,
- b) 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,
- c) ograniczający uczciwą konkurencję, powodując nieuzasadnione uprzywilejowanie jednego wykonawcy (wykonawcy urządzeń SRK warstwy podstawowej), co może doprowadzić do wyeliminowania innych wykonawców z ubiegania się o zamówienie oraz świadczy o niekonkurencyjności Postępowania,
- d) narzucający wykonawcom – na nieznanach i niepewnych zasadach – podwykonawstwo dostawcy urządzeń warstwy podstawowej, będącego bezpośrednim konkurentem 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,
- e) naruszając przez to także zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności, efektywności i przejrzystości, a ponadto
- f) prowadząc do nieuzasadnionego, bezprawnego skumulowania w ramach jednego postępowania zakresu obejmującego wykonanie ERTMS/ETCS poziom 2 z zakresem wymagającym ingerencji w urządzenia SRK warstwy podstawowej, który może być wykonany wyłącznie przez jeden podmiot i stanowiącym monopol tego podmiotu – co narusza także art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 3 Pzp;

2.art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp i z art. 362 Pzp oraz w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1, 3 Pzp, poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia („OPZ”) w zakresie wymagającym – bez przeprowadzenia procedury zmiany umowy - wymiany urządzeń SRK warstwy podstawowej, jeżeli po przeprowadzeniu inwentaryzacji okaże się konieczna celem ich dostosowania do współpracy z systemem ERTM/ETCS poziom 2 zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, w sposób:

- a) niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym na możliwość oszacowania na etapie składania ofert zakresu i wartości ewentualnej wymiany urządzeń SRK warstwy podstawowej,
- b) ograniczający uczciwą konkurencję, powodując nieuzasadnione uprzywilejowanie jednego wykonawcy (dostawcy/producenta urządzeń SRK warstwy podstawowej), jako jedyne go mogącego posiadać wiedzę co do zakresu konieczności ewentualnej wymiany urządzeń SRK warstwy podstawowej,
- c) naruszając przez to także zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości;

3.art. 131 ust. 1 Pzp, art. 138 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp, poprzez wyznaczenie przez Zamawiającego zbyt krótkiego terminu składania ofert, bez uwzględnienia złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego na ich prawidłowe przygotowanie i oszacowanie, co w konsekwencji oznacza także brak respektowania zasady proporcjonalności, przejrzystości i uczciwej konkurencji.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany sw:

W odniesieniu do zarzutu 1:

- 1.usunięcie pkt 4.3.11 ppkt 1, 3 oraz pkt 4.3.11 ppkt 5-10 PFU w zakresie wymagającym od wykonawcy ingerencji w urządzenia SRK warstwy podstawowej, ewentualnie ich doprecyzowanie poprzez wskazanie, że obowiązki w nich wskazane nie obejmują prac po stronie urządzeń SRK warstwy podstawowej;
- 2.dodanie lub uzupełnienie (doszczegółowienie) w pkt 4.3.1 ppkt 9 PFU, iż Zamawiający zapewni (skoordynuje) współpracę pomiędzy dostawcą systemu ERTMS/ETCS poziom 2 (Wykonawcą zadania objętego niniejszym Postępowaniem), a dostawcą/ producentem zabudowanych urządzeń SRK warstwy podstawowej, w zakresie powiązania i integracji tych urządzeń;
- 3.ewentualnie także, nakazanie Zamawiającemu wydzielenia zakresu przedmiotu zamówienia wymagającego ingerencji w urządzenia warstwy podstawowej SRK do osobnego zamówienia lub osobnej części;

W odniesieniu do zarzutu 2:

1.zmianę pkt 4.3.11 ppkt 11 PFU poprzez uzupełnienie i dodanie kolejnego zdania o treści: „W takiej sytuacji Wykonawcy przysługuje uprawnienie wynikające z § 12 Warunków umowy (Procedura zgłaszania zmian i roszczeń).”, a także uwzględnienie treści (odesłanie do) pkt 4.3.11 ppkt 11 PFU w treści § 9 Warunków umowy „Prawo do zmiany Umowy”;

W odniesieniu do zarzutu 3:

1.zmianę pkt 17.1 SWZ oraz pkt 5.1.12 ogłoszenia o zamówieniu poprzez wyznaczenie terminu składania ofert na dzień nie krótszy niż 15 kwietnia 2024 r., a w konsekwencji zmiany SWZ i ogłoszenia o zamówieniu w zakresie terminu związania ofertą oraz terminu otwarcia ofert.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący kwestionuje zapisy PFU nakładające na wykonawcę obowiązek powiązania i integracji dostarczanych i zabudowywanych przez wykonawcę urządzeń ERTMS/ETCS poziom 2 z istniejącymi urządzeniami warstwy podstawowej SRK, które zostały dostarczone i wykonane w ramach odrębnej inwestycji i są to urządzenia produkcji Thales (obecna nazwa Grounds Transportation Systems „GTS”).

Główny i relewantny zakres zamówienia objętego niniejszym postępowaniem - system ERTMS/ETCS poziom 2 - polega na wykonaniu swoistej „nakładki” na urządzenia SRK warstwy podstawowej. Przedmiotem niniejszego postępowania jest zaprojektowanie i zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii kolejowej nr 133 oraz nr 134, a nie zabudowa urządzeń SRK warstwy podstawowej.

Istotne dla prawidłowego funkcjonowania sygnalizacji kabinowej i bezpiecznej kontroli jazdy pociągu, jest zapewnienie wzajemnej, prawidłowej komunikacji między urządzeniami warstwy podstawowej a systemem ERTMS/ETCS. System ERTMS/ETCS poziom 2 potrzebuje informacji z urządzeń SRK warstwy podstawowej i dlatego niezbędne jest zdefiniowanie interfejsu pomiędzy tymi urządzeniami. Odwołujący nie kwestionuje obowiązku przygotowania takiego interfejsu po stronie urządzeń ERTMS/ETCS poziom 2 (przedmiot niniejszego postępowania), czy też obowiązku udziału w integracji i powiązania urządzeń ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami SRK warstwy podstawowej. Wszelkie te czynności i obowiązki ze strony dostarczanych urządzeń ERTMS/ETCS poziom 2 powinny być wykonane przez wykonawcę w ramach obecnego zamówienia. Odwołujący kwestionuje jedynie narzucanie wykonawcy działań i obowiązków, do których uprawniony jest tylko i wyłącznie dostawca zabudowanych już w przeszłości urządzeń warstwy podstawowej SRK (tj. spółka GTS), zwłaszcza w zakresie ingerencji w te urządzenia, wykonywania w nich interfejsów czy przeprowadzania w odniesieniu do nich jakichkolwiek zmian technicznych (także w odniesieniu do dokumentacji technicznej oraz uzyskiwania wymaganych świadectw dopuszczenia do eksploatacji czy opinii właściwej jednostki organizacyjnej). Implementacja interfejsu w urządzeniach warstwy podstawowej SRK pociąga za sobą, m.in. zmiany w sposobie działania istniejącego urządzenia oraz konieczność realizacji dużego zakresu sprawdzeń poprawności działania urządzenia po wprowadzonych zmianach. To może zrealizować tylko dostawca/producent danego urządzenia. Dodatkowo, poszczególne urządzenia oraz oprogramowanie są przedmiotem ochrony prawa autorskiego i praw wyłącznych, w tym w odniesieniu do danych, informacji, kodów źródłowych czy licencji – jakiegokolwiek zmiany techniczne przez podmiot trzeci (w tym w odniesieniu do dokumentacji) są niedopuszczalne. Nie bez znaczenia pozostają również względy utrzymania gwarancji producentkiej, którą Zamawiający utraciłby w przypadku dokonania integracji przez podmiot trzeci. Czynności te w odniesieniu do zabudowanych już urządzeń SRK warstwy podstawowej, z przyczyn technicznych oraz prawnych, objęte są więc monopolem jednego podmiotu, spółki GTS, która uczestniczy także w postępowaniach w przedmiocie ERTMS/ETCS, a więc jest bezpośrednim konkurentem innych wykonawców w obecnym postępowaniu.

Ponadto, opisywane urządzenia jako zapewniające bezpieczeństwo ruchu kolejowego, podlegają restrykcyjnym wymogom przepisów ustawy o transporcie kolejowym. Urządzenia takie mogą być eksploatowane na podstawie świadectw dopuszczenia typu wydawanych przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego. Każda nieautoryzowana modyfikacja w tego typu urządzeniach powoduje utratę takiego świadectwa. W związku z powyższym jakiegokolwiek modyfikacje w urządzeniach warstwy podstawowej mogą być realizowane tylko przez dostawcę/producenta, na którego zostało wystawione stosowne świadectwo dopuszczenia typu przez Prezesa UTK.

Zgodnie z pkt 4.3.11 „Interfejsy”, ppkt 11 PFU, Wykonawca jest zobowiązany do wymiany istniejących urządzeń SRK warstwy podstawowej, jeśli po przeprowadzeniu ich inwentaryzacji okaże się konieczna, celem ich dostosowania do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2. Tym samym Zamawiający wymaga, aby wykonawca, z którym zostanie podpisana umowa, dokonał inwentaryzacji zabudowanych w przeszłości urządzeń firmy GTS warstwy podstawowej w kontekście ich dostosowania do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2, a w przypadku ich niedostosowania, dokonał koniecznej wymiany urządzeń. Oznacza to, iż Zamawiający sam nie posiada odpowiedniej wiedzy w tym zakresie, wobec czego nie sposób wymagać od wykonawców, aby na etapie przygotowywania ofert przetargowych,

określili zakres oraz koszty niezbędnej wymiany urządzeń podmiotu trzeciego. W tym celu będzie prowadzona inwentaryzacja, mająca miejsce na etapie realizacji umowy. Por. także pkt 2.2.2.4 PFU, zgodnie z którym obowiązkiem wykonawcy, przed przystąpieniem do prac projektowych, jest dokonanie inwentaryzacji urządzeń w terenie; a także pkt 3 PFU, zgodnie z którym w związku z tym, iż w trakcie opracowywania PFU na odcinku linii kolejowej objętym niniejszym PFU prowadzone były prace inwestycyjne, przedstawione dane w pkt 2.2. PFU dotyczące stanu istniejącego urządzeń SRK nie są danymi wiążącymi i należy je ponownie zinwentaryzować w celu weryfikacji przed rozpoczęciem etapu projektowania. Tym samym ewentualna konieczność wymiany urządzeń warstwy podstawowej, której zakres i koszty można określić dopiero po inwentaryzacji, powinna być dokonywana w drodze procedury zgłaszania zmian i roszczeń, jako odpowiednia klauzula adaptacyjna, względnie odnosząca się do prac dodatkowych, przewidzianej w § 9 Warunków umowy „Prawo do zmiany Umowy” oraz § 12 Warunków umowy „Procedura zgłaszania zmian i roszczeń”.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił po stronie Odwołującego Alstom Polska S.A. z/s w Warszawie.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. Zamawiający przekazał również opublikowane zmiany i wyjaśnienia do treści swz, w tym dotyczące w części postanowień stanowiących przedmiot zarzutów niniejszego odwołania i dokonał przesunięcia terminu składania ofert na 08.03.2024 r.

Zamawiający odniósł się do obowiązku dokonania przez wykonawcę powiązania i integracji urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej, który to system stanowi „nakładkę” na urządzenia SRK. Zabudowane na odcinkach linii kolejowych objętych niniejszym zamówieniem urządzenia SRK spełniać mają wymóg pełnej kompatybilności z systemem ERTMS/ETCS (Europejski System Zarządzania Ruchem Kolejowym) poziomu II i umożliwić docelowe ich włączenie w ten system.

Zgodnie z wymaganiami TSI Sterowanie 2023/1695, pkt. 6.3.4, tabela 6.3 Wymagania dotyczące oceny zgodności podsystemu przytorowego, jednym z aspektów podlegających ocenie zgodności z wymaganiami zasadniczymi interoperacyjności, do których spełnienia zobowiązany jest dostawca systemu ETCS poziom 2 jest: Integracja z przytorowymi urządzeniami sterowania ruchem kolejowym (nie dotyczy części poświęconej systemowi detekcji pociągu), w ramach którego przedmiotem oceny są:

- *Sprawdzić, czy wszystkie funkcje wymagane przez dane zastosowanie zostały wdrożone zgodnie ze specyfikacjami przywołanymi w niniejszej TSI – parametr podstawowy 4.2.3.,*
- *Sprawdzić prawidłowość konfiguracji parametrów (telegramy z eurobalis, komunikaty RBC, położenie tablic wskaźników itp.),*
- *Sprawdzić, czy interfejsy zostały prawidłowo zainstalowane i czy funkcjonują prawidłowo,*
- *Sprawdzić, czy podsystem „Sterowanie – urządzenia przytorowe” funkcjonuje prawidłowo zgodnie z informacjami na interfejsach z przytorowymi urządzeniami sterowania ruchem kolejowym (np. poprawne generowanie telegramów z eurobalis przez LEU lub komunikatów przez RBC).*

Zgodnie z wyżej przywołanymi zapisami po stronie dostawcy systemu ETCS poziom 2 jest obowiązek zapewnienia i potwierdzenia prawidłowej integracji systemu ETCS poziom 2 z przytorowymi urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej.

W odniesieniu do punktów od 5 do 9 punktu 4.3.11 „Interfejsy” PFU, jako wymagań, które może wykonać tylko dostawca urządzeń sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej Zamawiający uzasadniał potrzebą zapewnienia, iż implementacja powiązania i integracji z tymi urządzeniami nie będzie powodowała zmian cech typu urządzenia, co w konsekwencji będzie nadal zapewniać bezpieczne prowadzenie ruchu kolejowego. **Bezpodstawne jest twierdzenie, że tylko dostawca/producent urządzeń SRK warstwy podstawowej, który dokonał zmiany w tych urządzeniach, poprzez implementację interfejsu, może uzyskać stosowne dokumenty w tym zakresie.** Każdy podmiot, w tym producent urządzeń warstwy podstawowej może wskazać, czy też stwierdzić konieczność zatrudnienia jednostki oceniającej organizacyjnej. Bezpodstawne jest także stwierdzenie, że zatrudnienie jednostki organizacyjnej jest uprzywilejowaniem producenta urządzeń SRK warstwy podstawowej, a w opinii Zamawiającego jest wręcz przeciwnie. Deklarację zgodności z typem wystawić może producent bądź inny podmiot nie będącym producentem, chociażby wykonawca modernizacji. Aby taki podmiot, inny niż producent mógł wystawić deklarację zgodności z typem, zobowiązany jest wcześniej zlecić przeprowadzenie przez jednostkę organizacyjną badań technicznych niezbędnych do stwierdzenia zgodności z typem, które potwierdzą, że budowla/urządzenie mające wpływ na bezpieczeństwo prowadzenia ruchu kolejowego jest wykonane prawidłowo i spełnia zasadnicze wymagania, co skutkuje wystawieniem certyfikatu zgodności z typem przez uprawnioną jednostkę. W tym przypadku, jak i w przypadku wskazanym w punkcie 4.3.11, ppkt 5 i 6 PFU brak jest konieczności angażowania producenta danego urządzenia. Zamawiający wymaga zatrudnienia jednostki organizacyjnej również w przypadku, jeżeli podmiotem realizującym zadanie będzie producent obecnie zainstalowanych urządzeń klasycznych, w celu zapewnienia nienaruszalności urządzeń, z którymi będzie wiązał

się wykonawca systemu ETCS.

Wykonawca warstwy podstawowej – urządzeń SRK ma obowiązek współpracować z wykonawcą warstwy nadrzędnej – systemu ERTMS/ETCS, co zostało przewidziane w warunkach przetargu na wykonanie warstwy podstawowej SRK (Przetarg nr 4).

Zamawiający odniósł się do projektu pn. *Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. „Dostosowanie do wymaganych parametrów sieci TEN-T poprzez zabudowę systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii kolejowej nr 351 na odc. Poznań Główny – Krzyż” realizowanego w ramach Krajowego Planu Odbudowy i Zwiększania Odporności (KPO), nr ref.: 9090/IREZA5/21004/05556/23/P7* przywołanego w odwołaniu. **Zamawiający wskazał, iż wyżej wskazanie postępowanie prowadzone było z zupełnie innym stanie faktycznym. W postępowaniu na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym (czyli w postępowaniu na warstwę podstawową) Zamawiający przewidział uruchomienie w ramach prawa opcji zadania polegającego na zapewnieniu współpracy dostawcy istniejących urządzeń sterowania ruchem kolejowym (AŽD PRAHA s.r.o.) z dostawcą systemu ETCS poziom 2, zgodnie z poniższym wymaganiem:**

7. Przewidywane zmiany w zakresie interfejsów

Wykonawca zobowiązany jest do świadczenia gotowości i realizację współpracy z innymi wykonawcami realizującymi roboty budowlane lub dostawy na rzecz Zamawiającego, a które wymagają powiązania z urządzeniami zabudowanymi w ramach niniejszego zadania. Współpraca będzie odbywać się za pośrednictwem Zamawiającego i/lub Inżyniera.

Wykonawca przewidzi, wyceni i uwzględni w ramach niniejszego zakresu zamówienia koszty związane ze współpracą z innymi wykonawcami w zakresie niezbędnym i koniecznym do realizacji skutecznego powiązania (bezpiecznego i niewprowadzającego ograniczeń eksploatacyjnych) urządzeń zabudowywanych w ramach niniejszego zadania z urządzeniami przewidywanymi do zabudowy i wymagającymi powiązania. Wykonawca dokona w istniejących urządzeniach srk niezbędnych zmian m.in. w oprogramowaniu, oraz weźmie udział w testach integracyjnych niezbędnych do zapewnienia powiązania z urządzeniami srk przewidzianymi do zabudowy w ramach innych zadań wymienionych poniżej

Współpraca urządzeń srk będzie odbywała się na zasadach zdefiniowanych w dokumentacji opracowanej przez Wykonawcę zgodnie z pkt. 3.6.2.1.15.

W związku z powyższym oczywiste było, iż Zamawiający mógł złożyć deklarację, iż „od początku jego intencją było, aby wykonawca wybrany w postępowaniu nie musiał zawierać umów z AŽD PRAHA s.r.o. pod kątem współpracy lub podwykonawstwa. Zamawiający zapewni współpracę pod kątem powiązania urządzeń, natomiast integracja i zapewnienie funkcjonalności będzie obowiązkiem wykonawcy”.

Pomimo zapewnienia współpracy (w ramach prawa opcji dla warstwy podstawowej) i niełączenia w jednym postępowaniu prac, które jest w stanie wykonać jedynie producent warstwy podstawowej z zakresem prac przewidzianych dla wykonawcy ERTMS/ETCS (czyli de facto postulatów Odwołującego), to i tak Odwołujący nie złożył oferty w tamtym postępowaniu.

Odnośząc się do braku podziału zamówienia na części Zamawiający m.in. wskazał, iż: *Wydzielenie części zamówienia, w taki sposób aby zakres zamówienia związany z wykonaniem (implementacją) interfejsu do urządzeń srk warstwy podstawowej Producenta oraz powiązania i integracji urządzeń srk warstwy podstawowej Producenta z urządzeniami ERTMS/ETCS poziom 2, w zakresie czynności, jakie w tym zakresie może po swojej stronie wykonać wyłącznie Producent, został udzielony jako odrębna część lub odrębne zamówienie, w żaden sposób nie spowoduje zwiększenia konkurencji, bowiem zamówienie takie będzie mogło być udzielone (przykładowo w trybie z wolnej ręki) tylko Producentowi. Jak sam Odwołujący wskazuje na stronie 18 w pkt 22 Odwołania, okolicznością bezsporną między uczestnikami rynku branżowego i Zamawiającym (potwierdzaną tak przez Zamawiającego, jak i poszczególnych producentów urządzeń sterowania ruchem kolejowym np. w ramach toczących się postępowań odwoławczych dotyczących materii zabudowy systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na liniach kolejowych w Polsce) jest natomiast, iż ingerencji takiej może dokonać jedynie wykonawca będący wykonawcą urządzeń i jednocześnie autorem ich oprogramowania (a zatem wykonawca zabudowy urządzeń warstwy podstawowej), a każdy inny wykonawca, który zamierzałby dokonać takiego wdrożenia zmuszony jest skorzystać w tym zakresie z usług wykonawcy warstwy podstawowej.*

Na posiedzeniu przed otwarciem rozprawy Odwołujący cofnął zarzut nr 2 i 3, a w związku z niejednoznacznym stanowiskiem Zamawiającego dotyczącym zapewniania współpracy po stronie dostawcy/producenta już zabudowanych urządzeń SRK z wykonawcą w zakresie niezbędnych do wykonania prac pozwalających na powiązanie i integrację systemu ERTMS/ETCS z urządzeniami SRK warstwy podstawowej, podtrzymał zarzut nr 1.

Odwołanie skierowane zostało do rozpoznania w zakresie zarzutu naruszenia 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, poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia („OPZ”) w zakresie wymagającym ingerencji w zabudowane urządzenia SRK2 warstwy podstawowej innego dostawcy/producenta oraz samodzielnego nawiązania z nim współpracy w zakresie powiązania i integracji tych urządzeń - co wynika z obowiązków powiązania urządzeń SRK warstwy podstawowej z urządzeniami systemu ERTMS/ETCS poziom 2, obowiązków dotyczących wykonania integracji urządzeń SRK warstwy podstawowej obowiązku pozyskania dla tych urządzeń wymaganych świadectw dopuszczenia do eksploatacji oraz opinii właściwej jednostki potwierdzającej brak zmian cech typu istniejących systemów SRK, jak również obowiązku przeprowadzenia dla tych urządzeń odpowiedniej wyceny i oceny ryzyka dla przeprowadzanej zmiany technicznej - w sposób:

- a) naruszający wskazane wyżej przepisy prawa,
- b) 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,
- c) ograniczający uczciwą konkurencję, powodując nieuzasadnione uprzywilejowanie jednego wykonawcy (wykonawcy urządzeń SRK warstwy podstawowej), co może doprowadzić do wyeliminowania innych wykonawców z ubiegania się o zamówienie oraz świadczy o niekonkurencyjności Postępowania,
- d) narzucający wykonawcom – na nieznanymi i niepewnymi zasadach – podwykonawstwo dostawcy urządzeń warstwy podstawowej, będącego bezpośrednim konkurentem 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,
- e) naruszając przez to także zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności, efektywności i przejrzystości, a ponadto
- f) prowadząc do nieuzasadnionego, bezprawnego skumulowania w ramach jednego postępowania zakresu obejmującego wykonanie ERTMS/ETCS poziom 2 z zakresem wymagającym ingerencji w urządzenia SRK warstwy podstawowej, który może być wykonany wyłącznie przez jeden podmiot i stanowiącym monopol tego podmiotu – co narusza także art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 3 Pzp;

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym swz, a także dowody przeprowadzone na rozprawie, stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła dowody powołane przez Odwołującego, w tym korespondencję i ofertę Ground Transportation Systems Polska Sp. z o.o. z 30.01.2024 r. (tajemnica przedsiębiorstwa) na okoliczność wykazania zasad współpracy, które narzuca dostawca urządzeń SRK warstwy podstawowej, w tym wyceny tej współpracy, a także zgłoszone przez Odwołującego w piśmie procesowym z 15.02.2024 r. dokumenty, przedstawiające skutki jakie dla postępowania prowadzonego w trybie otwartym ma wymóg współpracy z wykonawcą urządzeń SRK warstwy podstawowej. Ponadto Izba uwzględniła złożone przez Zamawiającego oświadczenie Ground Transportation Systems Polska Sp. z o.o. z 15.02.2024 r. o gotowości współpracy oraz prezentowane informacje o dotychczas przeprowadzonych postępowaniach w przedmiocie wykonania systemu ERTMS na innych odcinkach linii kolejowych. Dowody te dostarczały informacji, które pozwalały na ustalenie jakie skutki w dotychczas prowadzonych postępowaniach miał sposób określenia przez Zamawiającego zasad współpracy dostawcy systemu ERTMS z wykonawcą urządzeń SRK warstwy podstawowej już zabudowanych na odcinkach linii kolejowych, co w sposób bezpośredni miało znaczenie dla oceny zgodności opisu przedmiotu zamówienia z Ustawą, w tym zapewnienia możliwości ubiegania się o zamówienie na równych zasadach przez potencjalnych wykonawców i możliwość złożenia konkurencyjnej oferty w oparciu o narzuconą przez Zamawiającego koncepcję realizacji prac we współpracy z dostawcą/producentem urządzeń SRK warstwy podstawowej.

Izba ustaliła i zważyła.

Ponieważ strony w sposób spójny prezentowały zapisy PFU determinujące zakres nałożonych na wykonawcę obowiązków nie było konieczne ich przywoływanie w całości, a istotnym pozostawało stwierdzenie, że w obecnie prowadzonym postępowaniu zamówienie wymagać będzie powierzenia wykonania części prac dostawcy/producentowi zabudowanych na linii urządzeń SRK warstwy podstawowej. Zamawiający w rozdziale 4.3.1 PFU wskazał zakres prac

przewidzianych do realizacji związanych z zabudową systemu ERTMS/ETCS poziom 2. Zgodnie z ppkt 9 wykonawca odpowiedzialny jest za powiązanie i integrację urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej zgodnie z protokołem Euroradio+/Subset098 oraz specyfikacją warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica (załącznik nr 4) na którą składają się następujące dokumenty:

- a. „CBI-CBR Interface. Top Level Specification”,
- b. „EGO Protocol. Interface Specification”,
- c. „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer”.

Kolejne postanowienia PFU wskazują na czynności realizowane przez wykonawcę, które prowadzić mają do powiązania i integracji dostarczonych i zabudowywanych urządzeń ERTMS/ETCS poziom 2 z istniejącymi urządzeniami warstwy podstawowej SRK, które zostały dostarczone i wykonane w ramach odrębnej inwestycji producenta Thales (obecnie Ground Transportation Systems „GTS”).

Na wstępie należy wskazać, iż w sprawie nie budził sporu stwierdzenie, iż dla właściwej realizacji zamówienia konieczne jest połączenie i integracja systemu ERTMS/ETCS (Europejski System Zarządzania Ruchem Kolejowym) poziomu II z urządzeniami SRK warstwy podstawowej, co umożliwi ich włączenie w ten system. Również nie budziło sporu ustalenie, iż istnieje możliwość włączenia w system urządzeń SRK różnych producentów, jeżeli te mają możliwość takiej współpracy zgodnie z protokołem Euroradio+/Subset098, co Zamawiający opisał w PFU pkt 4.3.7 ppkt 9. Nie było również spornym ustalenie, że po stronie wykonawcy w ramach prac związanych z połączeniem i integracją systemu ERTMS konieczne będzie przygotowanie „nakładki” i jej połączenie z urządzeniami SRK, które również muszą być do tego przygotowane. Istotnym z punktu widzenia opisu przedmiotu zamówienia było natomiast stwierdzenie, iż dla wykonania prac w części związanej z urządzeniami SRK warstwy podstawowej zachodzi konieczność zaangażowania innego podmiotu, tj. producenta/dostawcy urządzeń, który jako jedyny może wykonać zakres prac bezpośrednio dotyczący tych urządzeń. Nie było przy tym konieczne ustalenie jaki jest zakres tych prac, a jedynie ustalenie, że inny podmiot nie może wykonać prac, które są narzucone w opisie przedmiotu zamówienia przez wskazanie na konieczność zapewnienia połączenia i integracji z urządzeniami SRK warstwy podstawowej, do czego należy również przygotować same urządzenia już zabudowane na linii kolejowej. W pierwotnej treści swz Zamawiający zamierzał również obarczyć wykonawcę obowiązkiem wymiany już zainstalowanych urządzeń SRK w sytuacji, gdyby okazało się, iż nie ma możliwości ich włączenia w dostarczony system. Ostatecznie Zamawiający zdecydował o usunięciu tego obowiązku, to jednak wskazuje, iż konieczność wprowadzenia zmian w urządzeniach SRK warstwy podstawowej jest niesporna i będzie konieczna dla zapewnienia działania systemu ERTMS.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie prezentując przykład dotyczący zamówienia na „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. *Dostosowanie do wymaganych parametrów sieci TEN-T poprzez zabudowę systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii kolejowej nr 351 na odc. Poznań Główny – Krzyżprzysta*”, iż to w ramach opcji obejmującej wycenę kosztów współpracy w zakresie niezbędnym i koniecznym do realizacji skutecznego powiązania urządzeń SRK zabudowanych, zapewniona została współpraca dostawcy urządzeń z przyszłym dostawcą systemu ETCS poziom 2. Już na etapie udzielenia zamówienia na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym wykonawca zobowiązany został w ramach zawartej umowy do wykonania w urządzeniach srk niezbędnych zmian, m.in. w oprogramowaniu, a także do udziału w testach integracyjnych niezbędnych do zapewnienia powiązania z urządzeniami srk przewidzianymi do zabudowy w ramach innych zadań. Tak ustalone zasady pozwalały Zamawiającemu na zapewnienie współpracy pod kątem powiązania urządzeń bez konieczności nakładania na kolejnego wykonawcę umowy o współpracy lub podwykonawstwie (str. 8 odpowiedzi na odwołanie).

W obecnym postępowaniu takiej deklaracji zapewnienia współpracy Zamawiający nie mógł złożyć, a jedyną gwarancją możliwości nawiązania współpracy przez wybranego wykonawcę z dostawcą urządzeń Thales miało być zobowiązanie tego podmiotu na etapie postępowania na zabudowę urządzeń SRK (Przetarg nr 4) do współpracy bez określenia jej warunków (wyceny). Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego złożonym na rozprawie, zasady te nie zostały również opisane w zawartej umowie na zabudowę urządzeń SRK dla przedmiotowej linii objętej obecnym zamówieniem. Ponadto, Zamawiający przedstawił ogólną deklarację tego podmiotu do gotowości współpracy z każdym potencjalnym oferentem i przedstawienia oferty na zakres prac, który może być wykonany wyłącznie przez dostawcę urządzeń SRK warstwy podstawowej (oświadczenie z 15.02.2024 r.).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przywołał na str. 4 przykłady postępowań, w których to wykonawca systemu ETCS poziom 2, jako „podłączający” się do istniejących urządzeń zobowiązany był do właściwej integracji z istniejącymi urządzeniami sterowania ruchem kolejowym. Z przedstawionych zestawień wynika, iż nie zawsze realizującym te zamówienia miał być ten sam podmiot, co realizujący zabudowę urządzeń SRK warstwy podstawowej. Informacja ta nie była precyzyjna, a Odwołujący na rozprawie przedstawił dane dotyczące dwóch zamówień, tj. dla linii kolejowej E65/C-E

65 odcinek Warszawa-Gdynia oraz linii kolejowej nr 4 odcinek Korytów-Zawiercie, z których wynika, że te same podmioty realizowały prace w zakresie zabudowy urządzeniami SRK jak i zabudowy systemem ERTMS/ETCS poziom 2, tj konsorcja w składach z Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. i Thales Polska Sp. z o.o.

Zamawiający udzielił konsorcjum w składzie Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o., Thales Polska Sp. z o.o. i Nokia Siemens Networks Sp. z o.o. na „zaprojektowanie i wykonanie interfejsu umożliwiającego powiązanie urządzeń srk produkcji Thales na stacji Gdańsk Wrzeszcz z blokadą liniową SHL-12 na szlaku Gdańsk-Wrzeszcz – Brętowo, dla etapu I integracji systemów Pomorskiej Kolei Metropolitalnej S.A. do ciągu linii E65 koniecznego do zrealizowania projektu POLiŚ 5.1-1 „Modernizacja linii kolejowej E65/C-E65 na odcinku Warszawa-Gdynia-w zakresie warstwy nadrzędnej LCS, ERTMS/ETCS/GSM-R, DSAT oraz zasilania układu trakcyjnego – Faza Wskazując w uzasadnieniu udzielenia zamówienia z wolnej ręki – wyboru procedury negocjacyjnej bez uprzedniego ogłoszenia o zamówieniu na przyczyny techniczne, ochronę praw wyłącznych, łącznie z prawem własności intelektualnej. Zamawiający wskazał, iż wykonanie interfejsu wymaga znajomości kodów źródłowych systemu EBI Lock 950 firmy Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. oraz systemu ESTW L90 5 firmy Thales Polska Sp. z o.o., a więścisłej współpracy producentów tych urządzeń (...) Biorąc pod uwagę, że w branży kolejowej powszechną praktyką jest zastrzeganie przez wykonawców praw autorskich do tworzonych przez nich rozwiązań technicznych i związanych z nimi opracowanych rozwiązań informatycznych, należy przyjąć, że systemy są własnością firm, które je instalowały. Spółka PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. nie dysponuje autorskimi prawami majątkowymi do rozwiązania technicznego i związanego z nim oprogramowania i jest tylko użytkownikiem systemów. Ten stan prawny nie pozwala na ingerencję w zabudowywane urządzenia innych dostawców, gdyż producent zbudowanych urządzeń musiałby udostępnić potencjalnym wykonawcom całe „know-how” które jest informacją ściśle chronioną (ogłoszenie z 18.10.2016 r., OJ S 203/2016 20/10/2016).

Odwolujący wystąpił do Zakładu Sterowania Ruchem i Teleinformatyki Instytutu Kolejnictwa o wyrażenie stanowiska w przedmiocie dwóch pytań, tj. *Czy w świetle istniejących uwarunkowań technicznych oraz prawnych wprowadzenie zmiany technicznej (implementacji interfejsu) w zabudowanych urządzeniach SRK warstwy podstawowej oraz uzyskanie dla tej zmiany opinii jednostki organizacyjnej upoważnionej do przeprowadzenia badań koniecznych do uzyskania świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego wchodzących w skład podsystemu strukturalnego sterowanie w zakresie oddziaływania przeprowadzonej implementacji interfejsu na istniejące urządzenia SRK warstwy podstawowej w związku z zabudową systemu ERTMS/ETCS poziom 2 można dokonać bez zaangażowania producenta urządzeń SRK warstwy podstawowej lub jego upoważnionego przedstawiciela?* oraz *Czy w świetle istniejących uwarunkowań technicznych oraz prawnych dokonanie wyceny i oceny ryzyka dla przeprowadzonej zmiany technicznej w istniejącym systemie sterowania ruchem kolejowym wynikającej z implementacji interfejsu w urządzeniach SRK warstwy podstawowej można dokonać bez udziału producenta urządzeń SRK warstwy podstawowej lub jego upoważnionego przedstawiciela?* Kierownik Zakładu Sterowania Ruchem Kolejowym i Teleinformatyki w piśmie z 15.09.2023 r. udzielił odpowiedzi na oba pytania:

W dokumentacji technicznej dla urządzenia srk muszą zostać zdefiniowane wszystkie warunki użytkowania takiego urządzenia w tym również te związane z interfejsami do urządzeń z nimi współpracującymi. Brak takiej dokumentacji oznacza, że urządzenia te nie są przystosowane do współpracy z określonymi urządzeniami i konieczne jest przeprowadzenie stosownych badań, których celem jest uzyskanie/rozszerzenie świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu, tak aby dany interfejs był w pełni uwzględniony. Uzyskanie takiego świadectwa jest możliwe tylko przez producenta urządzenia, które wcześniej nie było dostosowane do danego interfejsu. – pytanie nr 1.

Dokumentacja procesu zarządzania ryzykiem jest złożonym kompletem dokumentów, który jest opracowany i zarządzany przez producenta danego urządzenia. Zmiany w tej dokumentacji i uzupełnienia nie są możliwe bez zaangażowania danego producenta. – pytanie nr 2.

Do odwołania załączone zostało pismo UNIFE (Europejskie Stowarzyszenie Przemysłu ds. Kolejowych) z 18.12.2008 r. zawierające odpowiedź na pytania PKP PLK zadane w piśmie z 5.12.2008 r., a dotyczące przyszłych postępowań na wdrożenie systemu ERTMS i braku ujednoczenia interfejsów pomiędzy nastawnicami, a RBC różnych dostawców. W piśmie UNIFE wskazano na właściwy model podejścia mający gwarantować uczciwe warunki w przetargach, wdrożony pomyślnie w innych krajach i polegający na tym, iż *to dostawca nastawnic musi być przygotowany na dostarczenie „części po stronie nastawnic” do interfejsu z RBC, które ze względów technicznych dostawca RBC nie może wykonać samodzielnie (pkt 1). Powinno to być zarządzane przez zarządcę infrastruktury we współpracy z dostawcą nastawnic. Dostawcy RBC i nastawnic muszą się wspólnie uzgodnić stosowny protokół kodowania i czasu wymiany danych (pkt 2). Odnosnie do pierwszego punktu (część interfejsu po stronie nastawnic), jest on zwykle rozwiązywany na mocy umowy pomiędzy zarządcą infrastruktury, a dostawcą nastawnic. Jak można przypuszczać, dostosowanie to jest warunkiem*

wstępny i kluczowy dla zapewnienia odpowiedniego poziomu uczciwej konkurencji pomiędzy dostawcami wyrażającymi chęć udziału w przetargu na ETCS.

W świetle powyższego Izba uwzględniła odwołanie.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, co do braku precyzji opisu przedmiotu zamówienia, co ma wpływ na możliwość sporządzenia konkurencyjnej i opartej na rynkowej wycenie prac oferty i prowadzi do ograniczenia konkurencji w postępowaniu, w którym uprzywilejowanym będzie producent urządzeń SRK warstwy podstawowej, który dostarczył i zabudował urządzenia SRK, dla których konieczne będzie opracowanie i wdrożenie interfejsu pozwalającego na ich włączenie w dostarczony system ERTMS/ETCS poziom 2.

W ocenie składu orzekającego Zamawiający nie zapewnił warunków uczciwej konkurencji przez pozostawienie niedoprecyzowanych zasad współpracy, faktycznie przerzucając na wykonawców zapewnienie sobie i podjęcie współpracy z podmiotem, który musi wykonać część prac, jednocześnie będąc zainteresowanym realizacją całości zamówienia. W sprawie istotnym dla oceny wystąpienia naruszenia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia było włączenie do zakresu prac, za jakie odpowiadać miał wykonawca, tych których wykonanie wymagało zaangażowania konkurującego na rynku podmiotu. Oznaczało to, iż złożenie oferty wymagałoby zawarcia umowy z konkretnym podmiotem i wyceny kosztów wykonania części prac przez podmiot zewnętrzny dla urządzeń, które nie będą dostarczane i zabudowywane w ramach obecnego zamówienia. Tym samym prowadziło to do sytuacji, w której przypisanie odpowiedzialności za zgodność już dostarczonych urządzeń z warunkiem możliwości współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2, zostałyby faktycznie przerzucone na obecnego wykonawcę systemu, a co najmniej zachodziłaby niejasność co do wskazania, który z podmiotów powinien odpowiadać za warstwę podstawową. Uwzględniając niesporną okoliczność, iż to dostawca urządzeń SRK w ramach zrealizowanej umowy powinien odpowiadać za możliwość włączenia tych urządzeń do systemu ETCS, logika i doświadczenie wynikające z realizowanych na innych odcinkach zamówień prowadzić powinna do ustalenia zasad współpracy, które nie powinny zaburzać mechanizmów konkurencyjności. Zamawiający sam w odpowiedzi na odwołanie wskazał na inne możliwe rozwiązanie pozwalające uzyskać ten sam efekt finalny – włączenia już zabudowanych urządzeń SRK w system ETCS poziom 2, np. w drodze zamówienia z wolnej ręki udzielonego na wykonanie części dotyczącej urządzeń SRK warstwy podstawowej dostarczonych i zabudowanych w ramach wcześniejszych zamówień.

Obowiązek dokonania precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia nie jest ograniczony wyłącznie do określenia zakresu świadczenia, ale jak powinno mieć miejsce w niniejszej sprawie, również opisanie warunków wykonania tego świadczenia przez potencjalnych wykonawców na uczciwych i przejrzystych zasadach. Jeżeli zakresem zamówienia objęta zostaje również część prac, które wymagają ich wykonania przez inny podmiot, z którym Zamawiający miał zawartą umowę na dostawę i zabudowę urządzeń SRK, to należy uznać, iż pozostawienie niedoprecyzowanych zasad na jakich współpracą tego podmiotu z wykonawcą systemu ETCS miałyby mieć miejsce, prowadzi wprost do braku możliwości dokonania wyceny kosztów prac, a tym samym złożenia konkurencyjnej oferty. Należy zatem traktować tą sytuację w drodze analogii do innych zamówień, w których konieczne jest ingerowanie w urządzenia już dostarczone, do czego uprawnień nie mają inne podmioty działające na rynku i to po stronie Zamawiającego spoczywa odpowiedzialność za brak możliwości uzyskania gwarancji współpracy na warunkach konkurencyjnych. Zamawiający decydując o obecnej formule zamówienia, w którym konieczne jest ingerowanie w urządzenia innych producentów, co z uwagi na ochronę własności intelektualnej wymaga bezwzględnie udziału tego podmiotu w części prac, nie może zakładać, że dla innych podmiotów udział w zamówieniu jest otwarty i dostępny na warunkach uczciwej konkurencji. Przedstawiony na rozprawie dowód w postaci oferty, jaką uzyskał Odwołujący od podmiotu GTS w postępowaniu, w którym również konieczne było jego zaangażowanie (tajemnica przedsiębiorstwa GTS) prowadzi do wniosku, iż wykonawca nie ma możliwości negocjacyjnych i pozostaje na słabszej pozycji, w zasadzie czyniącej nierealnym jego udział w postępowaniu na równych zasadach. Przy obecnej formule dyktującym warunki dla tego zamówienia pozostaje w zasadzie jeden podmiot, który może dowolnie przedstawić ofertę współpracy, odbiegającą od realnych kosztów świadczenia, jakie miałby realizować na rzecz innego podmiotu.

Przedstawione na rozprawie oświadczenie o gotowości współpracy Ground Transportation Systems Polska Sp. z o.o. z każdym potencjalnym oferentem nie zmienia stanu niepewności, gdyż nadal potencjalny wykonawca nie może na tej podstawie określić, czy możliwe będzie złożenie konkurencyjnej oferty. Stworzenie wyłącznie pozoru konkurencyjności w postępowaniu przetargowym, w sytuacji gdy to wyłącznie od podmiotu zainteresowanego również uzyskaniem zamówienia, zależy na jakich zasadach podejmie współpracę, prowadzi faktycznie do monopolizowania zamówienia. Przykładem obrazującym ten wniosek jest oferta jaką otrzymał Odwołujący od Ground Transportation Systems Polska Sp. z o.o. w innym postępowaniu, w którym konieczne było uzyskanie oferty podwykonawczej, której wysokość rażąco odbiegała od wyceny faktycznej, jaką ten podmiot sam przedstawił w swojej ofercie. Prezentuje to efekt jaki w

zamówieniu stwarza przyjęty przez Zamawiającego sposób organizacji zamówienia, w którym konieczne jest uzyskanie świadczenia od innego podmiotu, na co wykonawca nie ma żadnego wpływu, a co determinuje treść oferty, jaką mógłby złożyć w postępowaniu przetargowym.

Uwzględniając stanowisko organu, do którego sam Zamawiający wystąpił z pytaniem w 2008 r. o możliwe rozwiązanie stosowane w innych krajach członkowskich (UNIFE), należy przyjąć, iż to po stronie zarządcy infrastruktury kolejowej spoczywa ciężar odpowiedzialności za zapewnienie realizacji interfejsu dla urządzeń już dostarczonych w ramach wcześniejszych zamówień. Obecne zapisy swz stanowią barierę dla innych podmiotów, niż dotychczas realizujący zamówienia na urządzenia SRK warstwy podstawowej, a jej usunięcie wymaga dokonania modyfikacji postanowień w tym kierunku, aby wyraźnie wskazać na brak odpowiedzialności wykonawcy systemu ERTMS/ETCS poziom 2 za wykonanie części prac koniecznych do włączenia już zabudowanych urządzeń w dostarczany system, a wymagających ingerencji w te urządzenia.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 1 i 2 w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 20.000 zł oraz uzasadnione koszty Odwołującego wykazane rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi w całości Zamawiającego.

Przewodnicząca:.....

.....

.....