

Sygn. akt:KIO 2383/23
KIO 2387/23

WYROK
z dnia 1 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Matecka

Jolanta Markowska

Aneta Mlącka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2023 r. przez:

A.wykonawcę Ground Transportation Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2383/23)

B.wykonawcę Zakłady Automatyki Kombud Spółka Akcyjna z siedzibą w Radomiu (sygn. KIO 2387/23)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

A.wykonawcy Alstom ZWUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicachzgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2383/23 po stronie odwołującego

B.wykonawcy Zakłady Automatyki Kombud Spółka Akcyjna z siedzibą w Radomiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2383/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

I.KIO 2383/23

- 1.Umarza postępowanie odwoławczego w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami 1 i 2.
- 2.Oddala odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 3.
- 3.Kosztami postępowania obciąża odwołującego: wykonawcę Ground Transportation Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i 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.

II.KIO 2387/23

- 1.Oddala odwołanie.
- 2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego: wykonawcę Zakłady Automatyki Kombud Spółka Akcyjna z siedzibą w Radomiu i 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.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:.....

.....

.....

Sygn. akt:KIO 2383/23
KIO 2387/23

Uzasadnienie

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.; dalej jako „ustawa Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Zaprojektowanie i zabudowę systemu ERTMS/ETCS na linii kolejowej nr 8 (LCS Warszawa Okęcie i LCS Radom (dalej: „Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 1 sierpnia 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 146-467/839.

KIO 2383/23

I. W dniu 11 sierpnia 2023 r. wykonawca Ground Transportation Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący GTS”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) sformułowaniu warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, tj. doświadczenia Wykonawcy w sposób ograniczający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania, a także w sposób nieproporcjonalny i nadmierny w stosunku do przedmiotu Zamówienia;
- 2) sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz niekorespondujący z treścią projektowanych postanowień umowy (Warunków Umowy), co może skutkować niemożliwością wykonania lub należytego wykonania przedmiotu Zamówienia,
- 3) zaniechaniu określenia w treści projektowanych postanowień umowy (Warunków Umowy) zakresu odpowiedzialności wykonawcy, w tym limitów kwotowych tej odpowiedzialności, w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, skutkującym naruszeniem przez Zamawiającego zasad konkurencyjności oraz równego traktowania wykonawców, a także naruszający zasady współżycia społecznego oraz wykształconą przez Zamawiającego praktykę realizowania umów o roboty budowlane w systemie „projektuj i buduj”.

Odwołujący GTS zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do doświadczenia Wykonawcy w sposób ograniczający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania, a przede wszystkim w sposób nadmierny i nieproporcjonalny, tj. Zamawiający w pkt 8.6.1 lit. c) Instrukcji dla Wykonawców oraz w sekcji III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu wymaga, aby wykonawca wykazał się następującym doświadczeniem: (...) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał: (...) c) roboty budowlane w ramach jednej umowy, na zakres których składają się Budowa lub Przebudowa co najmniej 2 przejazdów kolejowych w zakresie: urządzeń zabezpieczenia ruchu – zabudowa komputerowych urządzeń samoczynnej sygnalizacji przejazdowej lub półsamoczynnej sygnalizacji przejazdowej oraz nawierzchni przejazdowej (obejmującej zarówno nawierzchnię kolejową i drogową), podczas gdy Zamówienie nie obejmuje swoim zakresem wykonania prac projektowych i robót budowlanych w zakresie urządzeń zabezpieczenia ruchu;
- 2) art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, skutkujący niemożliwością wykonania lub należytego wykonania przedmiotu Zamówienia, a to poprzez zastosowanie w treści Programu Funkcjonalno - Użytkowego odniesień do treści Warunków ogólnych kontraktu FIDIC – „Warunków kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Wykonawcę” COSMOPOLI CONSULTANTS, wydanie angielsko-polski 2000, tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999 (zwanymi dalej: „FIDIC”), oraz Warunków Szczególnych określonych Umową, podczas gdy Warunki Umowy, stanowiące Tom II SWZ dla Postępowania, nie zostały skonstruowane w oparciu o wyżej wskazane warunki FIDIC oraz Warunki Szczególne;

a ponadto, w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu, o którym mowa w pkt 2 powyżej i żądania, o którym mowa w pkt II ppkt 2 petitum odwołania:

- 3) art. 353¹ k.c., art. 354 k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez skonstruowanie projektowanych postanowień umowy w sposób powodujący uprzywilejowanie Zamawiającego oraz naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku zobowiązaniowego oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługujących mu praw podmiotowych, prowadząc do naruszenia podstawowych zasad przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a to poprzez brak zawarcia w Warunkach Umowy postanowień ustalających granice, w tym limity kwotowe, odpowiedzialności

wykonawcy w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący GTS wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) dokonania zmiany pkt 8.6.1 lit. c) Instrukcji dla Wykonawców oraz sekcji III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób:

c) zabudowę systemu ERTMS/ETCS poziomu 2 na co najmniej 30 km linii kolejowej.

2) doprowadzenia do zgodności treści SWZ Tomu II Warunki Umowy (WU) z postanowieniami SWZ Tomu III Program Funkcjonalno-Użytkowy (PFU) w taki sposób, aby projektowane przez Zamawiającego Warunki Umowy (WU) były oparte o Warunki Ogólne FIDIC oraz Warunki Szczególne Umowy, o których mowa w pkt 2 Programu Funkcjonalno-Użytkowego, co jest zgodne z dotychczas stosowaną przez Zamawiającego praktyką;

zaś w przypadku nieuwzględnienia zarzutu, o którym mowa w pkt I pkt 3 petitum odwołania oraz żądania, o którym mowa w pkt 2 powyżej:

3) wprowadzenia do projektowanych postanowień Umowy (Warunków Umowy) postanowienia ustalającego granice odpowiedzialności wykonawcy, w tym limity kwotowe, w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, zgodnie z wymaganiami wskazanym w uzasadnieniu niniejszego Odwołania.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania Odwołujący GTS złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutów oznaczonych w odwołaniu nr 1 i 2.

Uzasadniając zarzut nr 3 Odwołujący GTS stwierdził m.in., że projektowane postanowienia umowy (Warunki Umowy) nie zawierają postanowień, które określałyby zakres odpowiedzialności wykonawcy, co w ocenie Odwołującego GTS prowadzi do nieuzasadnionego uprzywilejowania Zamawiającego oraz narusza zasadę równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, która i tak w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doznaje znaczącego ograniczenia wobec braku możliwości negocjowania przez strony warunków przyszłej umowy o zamówienie publiczne. W ocenie Odwołującego GTS, brak zawarcia w treści Warunków Umowy postanowień, które określałyby zakres odpowiedzialności wykonawcy w związku z realizacją Zamówienia prowadzi do istotnego zaburzenia równowagi kontraktowej stron przyszłej umowy, a tym samym ogranicza krąg podmiotów, które mogłyby być zainteresowane złożeniem oferty w niniejszym Postępowaniu. W przypadku międzynarodowych warunków kontraktowych stosowanych w budownictwie standardem jest wprowadzanie postanowień, które precyzyjnie określałyby zakres odpowiedzialności Stron w związku z realizacją umowy o roboty budowlane, a tym samym pozwalałyby na dokonanie oceny rozłożenia ryzyk związanych z wykonaniem tych umów oraz dokonanie ich właściwej kalkulacji i ujęcia w cenie ofertowej. Przykład powyższego stanowią chociażby postanowienia Klauzuli 17 Warunków Ogólnych FIDIC, opisujących zakres ryzyk spoczywających zarówno na zamawiającym, jak i wykonawcy, a ponadto wprowadzających w Subklauzuli 17.6: (i) wyłączenie z zakresu odpowiedzialności Stron utraconych korzyści oraz (ii) ograniczenie odpowiedzialności wykonawcy do wskazanej w warunkach szczególnych kontraktu kwoty bądź – w braku wskazania takiej kwoty – do wysokości zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej (czyli, zgodnie z definicją zawartą w Subklauzuli 1.1.4.1 Warunków Ogólnych FIDIC, kwoty zaakceptowanej w Liście Akceptującym, a w polskich warunkach – wskazanej w ofercie wykonawcy, za realizację i ukończenie robót oraz usunięcie wszelkich wad). Postanowienia Klauzuli 17 FIDIC są stosowane przez PKP PLK S.A. w zawartych przez nie umowach na roboty budowlane, w zasadniczo niezmienionej postaci. Modyfikacje dokonane przez Zamawiającego na mocy Warunków Szczególnych dotyczą zazwyczaj postanowień Subklauzuli 17.4, dotyczącej skutków zagrożeń stanowiących ryzyko Zamawiającego, oraz Subklauzuli 17.7 dotyczącej użytkowania pomieszczeń i urządzeń zaplecza Zamawiającego. W szczególności Zamawiający nie dokonał wykreślenia ani modyfikacji: a) Subklauzuli 17.1, dotyczącej odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy; b) Subklauzuli 17.2, dotyczącej zakresu odpowiedzialności wykonawcy za opiekę nad Robotami oraz Dobrami, w tym określającej cenurę czasową takiej odpowiedzialności (do momentu wystawienia Świadectwa Przejęcia bądź lub do momentu, w którym będzie uważało się, że takie świadectwo zostało wystawione); c) Subklauzuli 17.5, dotyczącej odpowiedzialności stron umowy w przypadku naruszenia prawa własności intelektualnej i przemysłowej; d) wspomnianej już Subklauzuli 17.6, wyłączającej z odpowiedzialności wykonawcy utracone korzyści oraz wprowadzającej limity kwotowe odpowiedzialności wykonawcy [Dowody: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) dla przetargu nieograniczonego dla zadania pn. Zabudowa systemu ERTMS/ETCS Poziom 2 na linii E30 odcinek Podłęże – Rzeszów, Tom II Warunki Umowy – wyciąg (załącznik nr 13 do odwołania), Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) dla zadania pn. Zabudowa systemu ERTMS/ETCS Poziom 2 na linii E20 Kunowice – Terespol (z wyłączeniem Węzła Warszawskiego) i systemu ERTMS/ETCS Poziom 1 na linii C-E20 Łowicz – Łuków, Tom II Warunki Umowy – wyciąg (załącznik nr 14 do odwołania) Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) dla przetargu nieograniczonego na zaprojektowanie i wykonanie urządzeń ERTMS/ETCS Poziom 1 dla linii kolejowej nr 226 Pruszcz Gdański – Gdańsk Port Północny w ramach Projektu

POIIŚ 5.1-8 pn. Projekt poprawy dostępu kolejowego do Portu Gdańsk (most + dwutorowa linia kolejowa) realizowanego w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014 – 2020 – wyciąg (załącznik nr 15 do odwołania). Co więcej, postanowienia Klauzuli 17 FIDIC, w zmodyfikowanej postaci, są wykorzystywane także w umowach w sprawie zamówień publicznych zawieranych przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, który – w przeciwieństwie do Zamawiającego – bez względu na źródło finansowania umów o roboty budowlane, ponosi odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, o której mowa w ustawie 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 289 ze zm.) [Dowód: Wzorcowe Szczególne Warunki Kontraktu – Część B Postanowienia szczególne dla kontraktów realizowanych w systemie „Projektuj i buduj”, realizowanych przez GDDKiA, udostępnione na stronie internetowej: <https://www.gov.pl/web/gddkia/wzorcowe-dokumenty-kontraktowe-wkdla-systemow-projektuj-i-buduj-i-umowy-wskaznikowe> - wyciąg (załącznik nr 16 do odwołania). Zdaniem Odwołującego GTS, wprowadzenie klauzul precyzujących zakres odpowiedzialności stron przyszłej umowy o wykonanie Zamówienia jest nie tylko konieczne, ale również stanowi element wieloletniej praktyki kontraktowej stosowanej przez Zamawiającego w przypadku umów o roboty budowlane. A contrario brak wprowadzenia tego rodzaju postanowień będzie nie tylko sprzeczny z przyjętymi zwyczajami, ale również będzie prowadził do niemożliwości obiektywnego określenia rozłożenia ryzyk pomiędzy strony umowy, prowadząc do niczym nieuzasadnionego uprzywilejowania pozycji Zamawiającego, a w konsekwencji – mogącego skutkować nie tylko sporami na etapie realizacji umowy, ale przede wszystkim brakiem możliwości odpowiedniego skalkulowania ryzyk w cenie ofertowej przez wykonawców. To z kolei może prowadzić zarówno do zwiększenia kosztów wykonania Zamówienia po stronie wykonawców, a w skrajnym przypadku – powodować nieporównywalność ofert złożonych w Postępowaniu, gdyż brak będzie informacji na temat tego jakie konkretnie ryzyka i w jaki sposób zostały skalkulowane przez każdego z wykonawców. W związku z powyższym Odwołujący GTS zażądał zobowiązania Zamawiającego do dokonania zmiany treści Warunków Umowy poprzez wprowadzenie klauzul precyzujących zakres odpowiedzialności wykonawcy, uwzględniających co najmniej poniższe założenia: a) ograniczenie odpowiedzialności materialnej wykonawcy do kwoty odpowiadającej 100% wartości ceny brutto za wykonanie Zamówienia, wskazanej w ofercie wykonawcy z zastrzeżeniem, że ograniczenie to nie dotyczy odpowiedzialności wykonawcy za szkody wyrządzone Zamawiającemu z winy umyślnej; b) wyłączenie odpowiedzialności wykonawcy za korzyści utracone przez Zamawiającego w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem Zamówienia.

II. Pismem wniesionym w dniu 25 sierpnia 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 Zamawiający stwierdził, że zgodnie z obowiązującymi przepisami Zamawiający nie ma obowiązku wprowadzenia do projektowanych postanowień Umowy (Warunków Umowy) postanowień ustalających granice odpowiedzialności wykonawcy, w tym limitów kwotowych, w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. W przypadku kształtowania postanowień umownych Zamawiający musi uwzględnić cel, którym jest zagwarantowanie należytej realizacji zamówienia publicznego i dbałość o finanse publiczne. Kary umowne, w tym również granice odpowiedzialności wykonawcy, powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody - tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili:

- wykonawca Alstom ZWUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach - po stronie odwołującego;
- wykonawca Zakłady Automatyki Kombud Spółka Akcyjna z siedzibą w Radomiu - po stronie zamawiającego.

KIO 2387/23

IV. W dniu 11 sierpnia 2023 r. wykonawca Zakłady Automatyki Kombud Spółka Akcyjna z siedzibą w Radomiu (dalej: „Odwołujący Kombud”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec ustalonej przez Zamawiającego treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), w tym treści Tomu III SWZ – Programu Funkcjonalno - Użytkowego (dalej: „PFU”).

Odwołujący Kombud zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 99 ust. 1, 2 i ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp, art. 17 ust. 1-2 ustawy Pzp, art. 103 ust. 2-3 ustawy Pzp oraz w związku z art. 362 ustawy Pzp, poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia („OPZ”) w zakresie nałożenia na wykonawcę odpowiedzialności za powiązanie i integrację urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej zgodnie z protokołem Euroradio+/Subset098, a także możliwością wykorzystania do ww. powiązania specyfikacji warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica (załącznik nr 4), na którą składają się następujące dokumenty: „CBI-CBR Interface. Top Level Specification”, „EGO Protocol. Interface

Specification”, „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer” (pkt 4.3.1 pkt 8 na str. 81 PFU), co wymaga także zaprojektowania i wykonania adaptacji istniejących urządzeń srk (urządzeń warstwy podstawowej), w sposób naruszający wskazane przepisy prawa, ograniczający uczciwą konkurencję, powodując nieuzasadnione uprzywilejowanie jednego wykonawcy (wykonawcy urządzeń warstwy podstawowej), co może doprowadzić do wyeliminowania innych wykonawców z ubiegania się o zamówienie, naruszając przez to także zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności, efektywności i przejrzystości.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący Kombud wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SWZ - pkt 4.3.1 pkt 8 na str. 81 PFU, poprzez:

1) wyłączenie z zakresu zamówienia objętego Postępowaniem obowiązku Wykonawcy w postaci zaprojektowania i wykonania adaptacji istniejących urządzeń srk (urządzeń warstwy podstawowej) w zakresie niezbędnym do ich powiązania i integracji z urządzeniami systemu ERTMS/ETCS poziom 2 (urządzeniami warstwy nadrzędnej), zgodnie z protokołem Euroradio+/Subset098, a także możliwością wykorzystania do ww. powiązania specyfikacji warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica (załącznik nr 4), na którą składają się następujące dokumenty: „CBI-CBR Interface. Top Level Specification”, „EGO Protocol. Interface Specification”, „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer”;

2) a w konsekwencji także uszczegółowienie i uzupełnienie pkt 4.3.1. pkt 8 na str. 81 PFU, poprzez:

a) zobowiązanie Wykonawcy w ramach zamówienia objętego Postępowaniem do dostarczenia urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2, przygotowanych do powiązania i integracji z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej zgodnie z protokołem Euroradio+/Subset098. Do ww. powiązania Wykonawca może ponadto wykorzystać specyfikację warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica (załącznik nr 4), na którą składają się następujące dokumenty: „CBI-CBR Interface. Top Level Specification”, „EGO Protocol. Interface Specification”, „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer”;

b) zobowiązanie Zamawiającego, aby własnym kosztem i staraniem doprowadził do zaimplementowania w istniejących urządzeniach srk warstwy podstawowej protokołu Euroradio+/Subset098 z możliwością wykorzystania do ww. powiązania specyfikacji warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica (załącznik nr 4), na którą składają się następujące dokumenty: „CBI-CBR Interface. Top Level Specification”, „EGO Protocol. Interface Specification”, „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer” oraz do współdziałania dostawcy urządzeń srk warstwy podstawowej z Wykonawcą w zakresie niezbędnym do realizacji powiązania i integracji, w terminach umożliwiających realizację prac, zgodnie z harmonogramem zamówienia.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący Kombud wskazał m.in., że istotne dla prawidłowego wykonania obecnego zamówienia, w szczególności dla poprawnej realizacji funkcji 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. Techniczne Specyfikacje Interoperacyjności podsystemu „Sterowanie” („TSI CCS”), które zawarte są w Rozporządzeniu Komisji (UE) 2016/919 z dnia 27 maja 2016 r. w sprawie technicznej specyfikacji interoperacyjności w zakresie podsystemów „Sterowanie” systemu kolei w Unii Europejskiej, w sposób szczegółowy definiują sposób działania systemu ERTMS/ETCS poziom 2, ale już nie definiują powiązania systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z innymi systemami sterowania ruchem kolejowym (srk). Niemniej jednak jest to zagadnienie kluczowe dla realizacji zamówienia objętego Postępowaniem – zabudowy systemu ERTMS/ETCS poziom 2. Aby umożliwić sprawną wymianę informacji pomiędzy urządzeniami konieczne jest zdefiniowanie standardu wymiany informacji i jego implementację zarówno po stronie urządzeń ERTMS/ETCS poziom 2, jak i po stronie urządzeń srk warstwy podstawowej (urządzenia stacyjne, liniowe, system nadrzędny). W tym celu dostawcy urządzeń (tj. dostawca urządzeń srk warstwy podstawowej i dostawca ETCS) muszą uzgodnić bezpieczny interfejs komunikacyjny, w tym wypadku Zamawiający (PLK) zaproponował protokół Euroradio+/Subset098 (SWZ Tom III, p. 4.3.1 Zakres robót, pp 8). Dokument definiujący ten interfejs (Subset-098 RBC-RBC Safe Communication Interface issue: 3.0.0, który stanowi załącznik do TSI CCS) jest jednym z dokumentów opisującym działanie systemu ERTMS/ETCS i jest przywołany w TSI CCS jako dokument obowiązujący. W związku z powyższym dostawcy systemu ERTMS/ETCS są dobrze zaznajomieni z tym interfejsem, ale jego implementacja nie jest obowiązkowa po stronie urządzeń srk warstwy podstawowej. Interfejs opisany w dokumencie Subset-098 RBC-RBC Safe Communication Interface issue: 3.0.0, nie definiuje warstwy najniższej (warstwy fizycznej, czyli systemu transmisji) oraz nie definiuje warstwy najwyższej (warstwy aplikacji). Ta druga jest w tym przypadku kluczowa, ponieważ warstwa aplikacji definiuje zakres i sposób wymiany informacji pomiędzy urządzeniami systemu ETCS i srk warstwy podstawowej. Zamawiający proponuje/dopuszcza (SWZ Tom III, p. 4.3.1 Zakres robót, pp. 8) wykorzystanie specyfikacji warstwy aplikacji zdefiniowanej w trzech załączonych do przetargu

dokumentach (załącznik 4 do SWZ Tom III), czyli: „CBI-CBR Interface Top Level Specyfification”, „EGO Protocol. Interfac Specyfification”, „Interface Specyfifikation CBI-CBR Interface, Application layer”. Te dokumenty definiują zasady, zakres i sposób wymiany informacji pomiędzy systemami: ETCS i srk warstwy podstawowej, uszczegóławiając zasady działania na poziomie interfejsu. Nie jest to jednak wystarczające do wykonania obowiązku wynikającego z pkt 4.3.1 ppkt 8 PFU, bowiem w kolejnym kroku konieczna jest implementacja tak zdefiniowanego interfejsu w fizycznych urządzeniach systemu ETCS i srk warstwy podstawowej oraz dopasowanie go do warunków lokalnych (przyjęcia oznaczeń poszczególnych obiektów na linii, tj. stacja, sygnalizatory, zwrotnice itp.). Tak daleko idącej ingerencji, jaką jest konieczność implementacji wspólnie przyjętego interfejsu ETCS-srk, zarówno po stronie urządzeń systemu ETCS, jak i urządzeń srk warstwy podstawowej, może dokonać tylko i wyłącznie dostawca/producent tych urządzeń, co wynika zarówno z uwarunkowań technicznych, jak i formalno-prawnych. Tylko producent danych urządzeń posiada niezbędne know-how oraz pełną specyfikację swoich urządzeń niezbędną do wprowadzenia zmian w urządzeniach. Nikt inny nie jest w stanie dokonać takie modyfikacji w sposób sprawny i bezpieczny. Implementacja nowego interfejsu w istniejących urządzeniach komputerowych pociąga za sobą zarówno modyfikację sprzętową hardware-u (np. konieczność dodatnia dodatkowego modułu, np. karty wejść/wyjść), jak i modyfikacje w zakresie oprogramowania (software), aby zrealizować wymianę informacji oraz wykorzystać uzyskane w trakcie wymiany dane. Pociąga to za sobą daleko idącą zmianę 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. Nie bez znaczenia pozostają również względy utrzymania gwarancji producentkiej, którą Zamawiający utraciłby w przypadku dokonania integracji przez podmiot trzeci. 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. Zauważył to Zamawiający w SWZ Tom III, p. 4.3.3 Wymagania formalno-prawne, pp. 3. W związku z powyższym jakiegokolwiek modyfikacje w urządzeniach warstwy podstawowej mogą być realizowane tylko przez dostawcę/producenta, na którego zostało wystawione stosowne świadectwo dopuszczenie typu przez Prezesa UTK. Jedynie zatem wykonawca urządzeń warstwy podstawowej ma możliwość ich adaptacji, a każdy inny wykonawca, który zamierzałby dokonać takiego wdrożenia, zmuszony byłby skorzystać w tym zakresie z usług wykonawcy warstwy podstawowej. Z powyższych względów, takie adaptacje są w praktyce wyłączane z zakresu zamówienia na budowę sytemu ERTMS/ETCS i udzielane wykonawcy warstwy podstawowej (w jednym przetargu lub osobno w trybie z wolnej ręki w oparciu o przesłankę możliwości realizacji zamówienia tylko przez jednego wykonawcę). Tytułem przykładu Odwołujący wskazał dwa postępowania, gdzie takie „prace adaptacyjne” zostały wyłączone z głównego zamówienia i zlecone w ramach zamówienia z wolnej ręki. Zauważył, że Zamawiający uwzględniał także w innych postępowaniach analogiczne zarzuty, wskazujące na ograniczenie konkurencji w takich sytuacjach, wymagające wyłączenia z zakresu przedmiotu zamówienia obowiązku dostosowania urządzeń już istniejących na linii, a co za tym idzie zleceniu takich prac bezpośrednio producentowi tych urządzeń (por. wyrok Izby z dnia 9 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2272/12, KIO 2333/12, KIO 2349/12, KIO 2350/12 (Warszawa-Łódź – zarzut uwzględniony przez zamawiającego), czy uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów w ramach postępowania o sygn. akt KIO 555/12 (E30 Legnica- Wrocław-Opole). Co więcej, również w poprzednim postępowaniu na zaprojektowanie i zabudowę systemu ERTMS/ETCS na linii kolejowej nr 8 (unieważnionym z uwagi na przekroczenie przez najkorzystniejszą ofertę budżetu zamawiającego), zamawiający – na skutek odwołania innego wykonawcy - usunął z treści OPZ wymóg adaptacji istniejących urządzeń SRK do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 [Dowód: wyjaśnienia do treści SWZ w postępowaniu 9090/IREZA1/10303/02941/21/P - w załączeniu]. Tymczasem w obecnym Postępowaniu Zamawiający przerzuca na wykonawców odpowiedzialność w powyższym zakresie. Postanowienie pkt 4.3.1.8 PFU dotyczy powiązania i integracji urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej. Aby to powiązanie i integracja była możliwa, konieczne jest wcześniejsze zaadaptowanie urządzeń mających zostać powiązanymi tj. ERTMS/ETCS poziom 2 i urządzeń srk warstwy podstawowej do uzgodnienia wspólnego protokołu i interfejsu. Uwzględniając powyższe, każdy z dostawców urządzeń, tj. urządzeń ERTMS/ETCS poziom 2 oraz urządzeń srk warstwy podstawowej, musi zaimplementować (zaadoptować) uzgodniony interfejs wraz z przyjętym protokołem (w tym wypadku Euroradio+/Subset098). Następnie – po przeprowadzonej implementacji - dostawcy urządzeń muszą dokonać wspólnej integracji urządzeń (tj. obowiązek współdziałania dostawców). Powyższe oznacza, że bez przeprowadzonej wcześniej implementacji (adaptacji) istniejących urządzeń srk warstwy podstawowej przez dostawcę (producenta) nie ma technicznych możliwości na dokonanie powiązania i integracji z urządzeniami ERTMS/ETCS poziom 2. W konsekwencji, nałożenie takiego obowiązku – jak w niniejszym Postępowaniu w pkt 4.3.1.8 PFU - w ramach

zamówienia na system ERTMS/ETCS poziom 2, powoduje nieuzasadnione uprzywilejowanie w Postępowaniu producenta urządzeń warstwy podstawowej. W okolicznościach niniejszej sprawy, wykonawca warstwy podstawowej na linii objętej przedmiotem Postępowania jest podmiotem konkurencyjnym względem innych wykonawców, posiadającym rozwiązania systemu ERTMS/ETCS. Na każdym innym zainteresowanym wykonawcy, w tym Odwołującym, ciąży tymczasem obowiązek uzyskania oferty współpracy od wykonawcy warstwy podstawowej – z zastrzeżeniem samego tego wykonawcy, który na skutek zaskarżonego postanowienia SWZ posiada przewagę i możliwość dyktowania warunków cenowych i handlowych. Wskazana sytuacja zaburza konkurencyjność Postępowania. Może to także realistycznie doprowadzić do sytuacji, w której jedynie wykonawca warstwy podstawowej będzie w stanie przedstawić konkurencyjną ofertę – a wszyscy inni wykonawcy utracą konkurencyjność ze względu na wysokość kosztów współpracy z wykonawcą warstwy podstawowej. Ma to szczególne znaczenie w kontekście ustalonego kryterium oceny ofert – 100 % cena.

V. Pismem wniesionym w dniu 25 sierpnia 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Odpowiadając na zarzuty Odwołującego Kombud Zamawiający wskazał, że specyfikacje europejskie definiują powiązania (interfejsy) wewnątrz systemu ETCS, natomiast nie definiują interfejsu do urządzeń zewnętrznych, jakimi są urządzenia sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej. W związku z powyższym Zamawiający określił swój standard interfejsu pomiędzy urządzeniami systemu ETCS a urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej (interfejs RBC-nastawnica) wykorzystujący standardy współpracy pomiędzy urządzeniami wewnątrz systemu ETCS tj. protokół Euroradio+/Subset-098 oraz opracowaną w ramach instalacji pilotażowych zabudowy systemu ETCS poziom 2 specyfikację warstwy aplikacji interfejsu, na którą składają się następujące dokumenty: „CBI-CBR Interface. Top Level Specification”, „EGO Protocol. Interface Specification”, „Interface Specification CBI-CB Interface, Application layer”. Zgodnie z wymaganiami określonymi w PFU dla zabudowy urządzeń sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej instalowanych w ramach zadania pn.: „Zintegrowany system sterowania i kierowania ruchem kolejowym na odcinku Warszawa Okęcie – Radom linii nr 8” w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej nr 8, odcinek Warszawa Okęcie – Radom”, urządzenia te są przystosowane do współpracy z systemem Euroradio+/Subset098. Oznacza to, że część interfejsu RBC-nastawnica została zaimplementowana w urządzeniach i w związku z tym nie ma konieczności ingerencji w część hardware (sprzętowa) systemu, co oznacza, że nie powoduje daleko idących zmian w systemie. Ponadto w ramach ww. zadania Wykonawca zobowiązany do współpracy z dostawcą systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na zasadach rynkowych, w szczególności poprzez ustalenie zakresu wymiany informacji pomiędzy systemami srk a ERTMS/ETCS poziom 2 przy wykorzystaniu protokołu Euroradio+/Subset098.

Wyciąg z PFU dla ww. zadania:

Urządzenia sterowania ruchem kolejowym instalowane na przedmiotowym odcinku muszą współpracować z urządzeniami ERTMS/ETCS poziom 2 zgodne z protokołem Euroradio+/Subset098, Wykonawca urządzeń srk będzie zobowiązany do współpracy z dostawcą systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na zasadach rynkowych, w szczególności poprzez ustalenie zakresu wymiany informacji pomiędzy systemami srk a ERTMS/ETCS poziom 2 przy wykorzystaniu protokołu Euroradio+/Subset098.

Natomiast w odniesieniu do kwestii modyfikacji w zakresie oprogramowania (software) Zamawiający udostępnił w ramach dokumentacji przetargowej opis sprawdzonego rozwiązania, niemniej jednak Wykonawca może zastosować inne rozwiązanie które jednocześnie pozwoli spełnić pozostałe wymaganie SWZ. Zamawiający umieścił w PFU opcjonalnie możliwość zastosowania specyfikacji warstwy aplikacji interfejsu RBC nastawnica, na którą składają się dokumenty:

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

Zamawiający w celu ułatwienia wykonawcom dokonania powiązania i integracji urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej udostępnił i umożliwił zastosowanie wypracowanej w ramach poprzednich postępowań specyfikacji interfejsu RBC-nastawnica jako rozwiązanie sprawdzone, przetestowane będące w eksploatacji komercyjnej. Zamawiający podkreślił, że przywołane w treści odwołania przykładowe dwa postępowania, gdzie takie „prace adaptacyjne” zostały wyłączone z głównego zamówienia i zlecone w ramach zamówienia z wolnej ręki, odnoszą się do zupełnie odmiennego stanu faktycznego niż obecne Postępowanie. Wskazane przykłady dotyczą postępowań, których przedmiotem były jedne z pierwszych wdrożeń systemu ETCS poziom 2, a urządzenia sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej w ogóle nie były

przystosowane do współpracy z systemem ETCS poziom 2. Na etapie wskazanych postępowań doświadczenie we wdrażaniu systemu ETCS poziom 2 było niewielkie, a Zamawiający i wykonawcy realizujący zamówienia nie mieli jeszcze wypracowanych rozwiązań w zakresie współpracy. Natomiast w niniejszym Postępowaniu urządzenia te są przystosowane do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 i praktyką jest, że po stronie wykonawcy realizującego zamówienie jest zaprojektowanie i wykonanie powiązania urządzeń srk (urządzeń warstwy podstawowej) z urządzeniami systemu ERTMS/ETCS poziom 2 (urządzeniami warstwy nadrzędnej) zgodnie z protokołem Euroradio+/Subset098. Na potwierdzenie tego, że gwarantuje konkurencyjność w postępowaniach dotyczących realizacji robót zabudowy systemu ERTMS/ETCS poziom 2 wskazuje przykładowe postępowania:

- a) „Projekt i zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 i ERTMS/GSM-R wraz z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy nadrzędnej dla 8 LCS-ów na linii kolejowej E – 65 Warszawa - Gdynia” w ramach projektu POIiŚ 7.1-1.4 „Modernizacja linii kolejowej E65/C-E 65 na odcinku Warszawa – Gdynia - w zakresie warstwy nadrzędnej LCS, ERTMS/ETCS/GSM-R, DSAT oraz zasilania układu trakcyjnego”,
- b) Wdrożenie systemu ERTMS/ETCS poziom 2, wraz z budową LCS oraz samoczynnej blokady liniowej, na odcinku linii kolejowej nr 4, Korytów – Zawiercie,
- c) Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E20 Kunowice – Terespol (z wyłączeniem węzła warszawskiego),
- d) Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E30 odcinek Podłęże – Rzeszów,
- e) Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E59 odcinek Wrocław - Poznań w ramach projektu Zabudowa systemu ERTMS/ETCS na liniach sieci bazowej TEN-T,
- f) „Projekt i zabudowa systemu ERTMS/ETCS na linii E75 na odcinku Warszawa Rembertów – Białystok” w ramach projektów CEF I „Prace na linii E 75 na odcinku Sadowne – Czyżew wraz z robotami pozostałymi na odcinku Warszawa Rembertów – Sadowne” i CEF II „Prace na linii E 75 na odcinku Czyżew – Białystok”,
- g) Roboty budowlane na linii 227/249 i stacji Gdańsk Zaspas Towarowa oraz linii 722 w ramach Projektu „Poprawa infrastruktury kolejowego dostępu do Portu Gdańsk”,
- h) Zabudowa systemu ERTMS/ETCS na linii 278 Węgliniec Zgorzelec w ramach projektu Zabudowa ERTMS/ETCS na liniach sieci bazowej TEN-T.

Powyższe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem była zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 nie były realizowane tylko przez jednego wykonawcę tj. dostawcę/producenta danego urządzenia, a przez różnych wykonawców. Zamawiający stwierdził, że wymagania ustalone w obecnym Postępowaniu mają charakter standardowych wymagań, na co przywołał przykłady z innych postępowań. Wyjaśnił, że w unieważnionym postępowaniu usunął zapisy dotyczące adaptacji urządzeń srk do współpracy z systemem ETCS poziom 2 zgodnie ze specyfikacją warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica, na którą składają się następujące dokumenty: „CBI-CBR Interface. Top Level Specification”, „EGO Protocol. Interface Specification”, „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer” wychodząc naprzeciw żądaniom wykonawcom. Natomiast pozostawił wymóg wykonania interfejsów do urządzeń SRK z wykorzystaniem protokołu Euroradio+/Subset098 oraz specyfikacji warstwy aplikacji interfejsu RBC-nastawnica, interfejsów urządzeń przejazdowych i urządzeń dsat., przy założeniu, że wszelkie dane niezbędne do realizacji ww. interfejsów wykonawca zobowiązany będzie uzyskać własnym sumptem. W niniejszym Postępowaniu Zamawiający określa wymóg w tym zakresie wskazując, że potencjalni wykonawcy mogą zastosować wypracowaną już specyfikację warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica, na którą składają się następujące dokumenty: „CBI-CBR Interface. Top Level Specification”, „EGO Protocol. Interface Specification”, „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer” ale dopuszcza też inne rozwiązania w tym zakresie. Zamawiający wprost wskazuje: „Do ww. powiązania Wykonawca może ponadto wykorzystać specyfikację warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica (załącznik nr 4), na którą składają się następujące dokumenty:

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

Zamawiający stwierdził, że pozostawił w ten sposób wykonawcom pewną swobodę w stosowaniu szczegółowych rozwiązań technicznych.

VI. Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

KIO 2383/23

Odwołujący GTS zarzucił Zamawiającemu, że brak w projekcie umowy postanowień ustalających granice odpowiedzialności wykonawcy, w tym limity kwotowe, w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu zamówienia, prowadzi do nieuzasadnionego uprzywilejowania zamawiającego oraz narusza zasadę równowagi stron stosunku zobowiązaniowego.

W ocenie składu orzekającego Izby należy zgodzić się ze stanowiskiem przedstawionym przez Zamawiającego, że obowiązujące przepisy nie przewidują obowiązku wprowadzenia do umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień ustalających granice odpowiedzialności wykonawcy w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy.

Zgodnie z przepisem art. 471 Kodeksu cywilnego, stanowiącym ogólną klauzulę odpowiedzialności kontraktowej, dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Jak wskazuje się w doktrynie, „każde zachowanie dłużnika polegające na naruszeniu treści zobowiązania, niezależnie od rodzaju i rozmiaru tego naruszenia lub sposobu, w jaki do niego doszło, rodzi w świetle art. 471 KC odpowiedzialność kontraktową dłużnika, jeżeli objęte jest okolicznościami, za które ponosi on odpowiedzialność” (K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 31, Warszawa 2023). Natomiast zgodnie z art. 472 kodeksu cywilnego jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności. „Zasadą, która może być wywodzona z art. 472 KC, jest to, że dłużnik ponosi odpowiedzialność bez względu na postać i stopień swojej winy (por. za wielu J. Dąbrowa, w: System PrCyw, t. III, cz. 1, s. 770; Z. Gordon, Odpowiedzialność doradcy podatkowego, s. 37)” (K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 31, Warszawa 2023). Odpowiedzialność dłużnika może być modyfikowana przepisem ustawy, jak na przykład ma to miejsce na gruncie art. 433 pkt 1 ustawy Pzp. Wprawdzie strony mogą umownie ograniczyć odpowiedzialność dłużnika do określonej postaci winy (np. wyłącznie winy umyślnej), jednakże nieskorzystanie z tej możliwości nie może świadczyć o naruszeniu przepisów ustawy.

Również okoliczność, że Zamawiający nie zawarł w projekcie umowy postanowienia odpowiadającego treści klauzuli FIDIC czy postanowienia stosowanego w ramach wcześniejszej praktyki Zamawiającego lub przez innych zamawiających, nie jest wystarczająca do stwierdzenia naruszenia przepisów prawa. Należy przypomnieć, że zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy. Również zatem zaniechanie zawarcia w projekcie umowy określonego postanowienia należy oceniać pod kątem wymogów wynikających z przepisów ustawy.

Natomiast za odrębne kwestie należy uznać: nieprecyzyjność projektowanych postanowień umowy regulujących odpowiedzialność wykonawcy, obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością za okoliczności od niego niezależne czy przewidzenie podwójnej odpowiedzialności za to samo zdarzenie – na co Odwołujący GTS wskazywał na rozprawie w odniesieniu do § 28 ust. 2 i 3 projektu umowy. Należy jednak zauważyć, że w odwołaniu nie zostały postawione zarzuty w tym zakresie i w związku z tym, zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, nie mogły one podlegać rozpoznaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że zarzut nr 3 nie podlegał uwzględnieniu i w związku z tym orzekła, jak w punkcie I.2 sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 a contrario ustawy Pzp.

W zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu nr 1 i 2, wobec wycofania ich przez Odwołującego GTS, postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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).

KIO 2387/23

W PFU dla zabudowy urządzeń sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej instalowanych w ramach zadania pn.: „Zintegrowany system sterowania i kierowania ruchem kolejowym na odcinku Warszawa Okęcie – Radom linii nr 8” w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej nr 8, odcinek Warszawa Okęcie – Radom” Zamawiający przewidział następujące wymagania:

Urządzenia sterowania ruchem kolejowym instalowane na przedmiotowym odcinku muszą współpracować z urządzeniami ERTMS/ETCS poziom 2 zgodne z protokołem Euroradio+/Subset098. Wykonawca urządzeń srk będzie zobowiązany do współpracy z dostawcą systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na zasadach rynkowych w szczególności poprzez ustalenie zakresu wymiany informacji pomiędzy systemami srk a ERTMS/ETCS poziom 2 przy wykorzystaniu protokołu Euroradio+/Subset098. [Wyciąg z PFU dla ww. zadania].

Z powyższego wynika, że urządzenia warstwy podstawowej są już przystosowane do współpracy zgodnie z protokołem Euroradio+/Subset098.

Ponadto, w pkt 4.3.1.8. PFU w ramach obecnego Postępowania Zamawiający przewidział, że w ramach zamówienia „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. Do ww. powiązania Wykonawca może ponadto wykorzystać specyfikację warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica (załącznik nr 4) na którą składają się następujące dokumenty:

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

Z ww. postanowienia PFU wynika zatem jedynie możliwość, a nie obowiązek wykorzystania specyfikacji warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica (załącznik nr 4), na którą składają się ww. dokumenty. Oznacza to możliwość skorzystania przez wykonawcę z innego rozwiązania niż wskazane przez Zamawiającego. Biorąc pod uwagę sposób sformułowania ww. postanowienia PFU (wyrażenie „może ponadto wykorzystać”) nie można również wykluczyć rozwiązania wskazanego przez Zamawiającego na rozprawie, tj. ograniczenia się przez wykonawcę wyłącznie do protokołu Euroradio+/Subset098. Odwołujący Kombud nie wykazał, że jedynym możliwym rozwiązaniem jest wykorzystanie dodatkowych protokołów, oprócz protokołu Euroradio+/Subset098.

Należy zauważyć, że Odwołujący Kombud obciążał obowiązek udowodnienia okoliczności, na których oparł podniesione zarzuty. W ocenie składu orzekającego Izby obowiązkowi temu Odwołujący Kombud nie sprostał. W szczególności Odwołujący Kombud nie udowodnił, że istnieje konieczność wykorzystania do realizacji zamówienia dodatkowych protokołów, w tym trzech protokołów, które w treści PFU zostały wskazane jedynie jako możliwe do wykorzystania. Nie stanowi wystarczającego dowodu treść dokumentu CBI-CBR Interface. Top Level Specification (załącznik nr 4 do PFU; rysunek trzeci na stronie piątej). Po pierwsze, jak wskazano powyżej, ww. dokument został przez Zamawiającego wskazany jedynie jako możliwy do wykorzystania przez wykonawcę. Po drugie, w ocenie składu orzekającego Izby z rysunku wskazanego przez Odwołującego Kombud nie wynika żadna konkretna czy przesądzająca dla rozpoznania odwołania treść. Po trzecie, Odwołujący Kombud nie przedstawił tłumaczenia fragmentu tego dokumentu na język polski.

Ponadto, w PFU dla zamówienia na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej został zawarty względem wykonawcy tego zadania wymóg współpracy z dostawcą systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na zasadach rynkowych, w szczególności poprzez ustalenie zakresu wymiany informacji pomiędzy systemami srk a ERTMS/ETCS poziom 2 przy wykorzystaniu protokołu Euroradio+/Subset098. Po pierwsze, Zamawiający zapewnił, że wykonawca urządzeń srk będzie zobowiązany do współpracy z dostawcą systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na zasadach rynkowych. Po drugie, Odwołujący Kombud nie wykazał co konkretnie miałyby obejmować oferta współpracy, którą według jego twierdzeń musiałby uzyskać od wykonawcy warstwy podstawowej. Po trzecie, Odwołujący Kombud nie wykazał poziomu ewentualnych kosztów, które musiałby ponieść w związku z podjęciem takiej współpracy, przekraczających poziom kosztów ponoszonych przez wykonawcę warstwy podstawowej. Okoliczności związane z nawiązaniem współpracy pomiędzy tymi dwoma wykonawcami nie zostały przez Odwołującego Kombud wyjaśnione oraz wykazane i w konsekwencji nie było możliwości dokonania przez Izbę ustaleń faktycznych w ww. zakresie.

Odnosząc się do złożonych przez Odwołującego dowodów z dokumentów dotyczących innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (załączniki do pisma Odwołującego Kombud z dnia 27 sierpnia 2023 r., ogłoszenia o udzieleniu zamówienia złożone na rozprawie, wyjaśnienia do treści SWZ załączone do odwołania) należy stwierdzić, że nie mogą one mieć przesądzającego znaczenia dla rozpoznania niniejszej sprawy. Biorąc pod uwagę sposób sformułowania tez dowodowych przez Odwołującego Kombud należy stwierdzić, że mogą one co najwyżej potwierdzać różne praktyki stosowane przez Zamawiającego w tym zakresie. Dokonując oceny czynności Zamawiającego w obecnym Postępowaniu należy przede wszystkim kierować się treścią postanowień SWZ obowiązujących w tym Postępowaniu oraz ustalonych w postępowaniu na wykonanie warstwy podstawowej. Bez wątpliwa pewne znaczenie należy również przypisać doświadczeniu nabywanemu przez Zamawiającego wraz z realizacją kolejnych zamówień. Z kolei powołane

przez Odwołującego Kombud Rekomendacje Urzędu Zamówień Publicznych nie mogą stanowić dowodu potwierdzającego jakąkolwiek okoliczność faktyczną (a nie stanowisko prawne czy pogląd) istotną dla niniejszej sprawy.

Mając na uwadze powyższe, a w szczególności nieudowodnienie przez Odwołującego Kombud podniesionych zarzutów, Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu. W związku z tym Izba orzekła, jak w punkcie II.1 sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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 na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:

.....

.....