Sygn. akt: KIO 2597/23, KIO 2608/23

WYROK

z dnia 25 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Adriana Urbanik

Członkowie: Emilia Garbala
Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 i 27 września 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2023 r. przez:

A.**wykonawcę Zakłady Automatyki "KOMBUD" S.A. z siedzibą w Radomiu (KIO 2597/23),**

B.**wykonawcę Alstom Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (KIO 2608/23)**

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie**

przy udziale **wykonawcy Alstom Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego (KIO 2597/23),

przy udziale **wykonawcy Ground Transportation Systems Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (KIO 2597/23, KIO 2608/23),

orzeka:

1.Oddala odwołania w sprawach KIO 2597/23 i KIO 2608,

2.Kosztami postępowania w sprawach KIO 2597/23 i KIO 2608/23 obciąża stosownie do wyniku postępowania odwołujących Zakłady Automatyki "KOMBUD" S.A. z siedzibą w Radomiu i Alstom Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Zakłady Automatyki "KOMBUD" S.A. z siedzibą w Radomiu**

tytułem wpisu od odwołania i kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Alstom Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

……

Sygn. akt: KIO 2597/23, KIO 2608/23

Uzasadnienie

Zamawiający – **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A**(ul. Targowa 74, 03-414 Warszawa) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, z późn. zm.) – dalej „Pzp", „PZP",
pn. „Zaprojektowanie i zabudowa systemu ERTMS/ETCS na linii kolejowej nr 8 (LCS Warszawa Okęcie i LCS Radom) numer referencyjny: 9090/IREZA1/11699/03052/23/P. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 sierpnia 2023 r., za numerem 2023/S 146-467839.

KIO 2597/23

W dniu 4 września 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca **Zakłady Automatyki Kombud S.A.**(ul. Wrocławska 7, 26-600 Radom) – dalej „Odwołujący". Odwołujący wniósł odwołanie na treść warunków zamówienia - Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ") w zakresie zmienionym przez Zamawiającego w dniu 25 sierpnia 2023 r. (dalej „Zmiana"), odnoszącym się do treści Tomu III SWZ – Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej: „PFU"). Odwołujący

zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 99 ust. 1, 2 i ust. 4 Pzp
w związku z art. 16 pkt 1-3 Pzp, art. 17 ust. 1-2 Pzp, art. 103 ust. 2-3 Pzp oraz w związku z art. 362 Pzp, poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia („OPZ") obejmującego:
1. nałożenie na wykonawcę obowiązku uzyskania pozytywnej opinii właściwej jednostki organizacyjnej upoważnionej do przeprowadzania 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 (nowy ppkt. 4.3.11.ff) PFU w zakresie odnoszącym się do zaimplementowanych interfejsów po stronie istniejących urządzeń SRK), 2. nałożenia na wykonawcę obowiązku przeprowadzenia wyceny i oceny ryzyka dla przeprowadzonej zmiany technicznej w istniejącym systemie sterowania ruchem kolejowym wynikającej z implementacji interfejsu w urządzeniach SRK, zgodnie z aktualnym rozporządzeniem (nowy ppkt 4.3.11.gg) PFU w zakresie odnoszącym się do implementacji interfejsu w istniejących urządzeniach SRK), - z naruszeniem wskazanych przepisów prawa, nakładając na wykonawców nieuzasadnione obowiązki - w zakresie opracowania dokumentacji po stronie istniejących urządzeń SRK innego producenta
- o zbędnym, niejasnym i wewnętrznie sprzecznym zakresie, w sytuacji gdy wykonawcy nie mają możliwości technicznych ani prawnych do ich realizacji bez zaangażowania ich producenta, a przez to także ograniczając uczciwą konkurencję i powodując nieuzasadnione uprzywilejowanie jednego wykonawcy (producenta/ dostawcy urządzeń SRK 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. Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu: dokonanie odpowiedniej zmiany treści SWZ - pkt 4.3.11 PFU, polegającej na: 1. usunięciu ppkt 4.3.11.ff) PFU w zakresie odnoszącym się do urządzeń i systemów SRK, 2. usunięciu ppkt 4.3.11.gg) PFU w zakresie odnoszącym się do urządzeń i systemów SRK, 3. i w konsekwencji usunięciu ppkt 4.3.11.hh) PFU w zakresie odnoszącym się do urządzeń i systemów SRK. Nadto, Odwołujący wniósł również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów, w tym dowodów z dokumentów powołanych w odwołaniu oraz dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania, a także przedłożonych w toku postępowania odwoławczego
- na okoliczności przytoczone w odwołaniu oraz w toku postępowania odwoławczego. Ewentualnie, na wypadek uznania przez Izbę, że następujące okoliczności: 1) brak możliwości wprowadzenia zmiany technicznej (implementacji interfejsu) w zabudowanych urządzeniach SRK warstwy podstawowej oraz uzyskania dla tej zmiany opinii jednostki organizacyjnej upoważnionej do przeprowadzania 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, bez zaangażowania producenta tych urządzeń lub jego upoważnionego przedstawiciela; 2) brak możliwości dokonania wyceny i oceny ryzyka dla przeprowadzonej zmiany technicznej w istniejącym systemie sterowania ruchem kolejowym wynikającej
z implementacji interfejsu w urządzeniach SRK warstwy podstawowej,
bez zaangażowania producenta tych urządzeń lub jego upoważnionego przedstawiciela
nie zostały wykazane przez Odwołującego w sposób wystarczający w drodze pozostałych środków dowodowych przedstawionych w toku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 539 Pzp wniósł o powołanie biegłego i dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny kolejnictwa ze specjalności sterowanie ruchem kolejowym dotyczącej ww. okoliczności.
W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:
1. Wstęp. Zamawiający prowadzi wszczęte w drodze ogłoszenia z dnia 1 sierpnia 2023 r. postępowanie, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i zabudowa systemu ERTMS/ETCS na linii kolejowej nr 8 (LCS Warszawa Okęcie LCS Radom). W toku postępowania zostały złożone dwa odwołania, rozstrzygnięte nieprawomocnym na dzień wniesienia niniejszego odwołania wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 września 2023 r. (sygn. akt KIO 2383/23, 2387/23). Odwołania te referowały do pierwotnej treści opublikowanych wraz ze wszczęciem postępowania warunków zamówienia. W dniu 25 sierpnia 2023 r., Zamawiający opublikował zmianę treści SWZ. Dowód: Zmiana treści SWZ z dnia 25 sierpnia 2023 r.
(w aktach sprawy oraz w załączeniu do odwołania). W ramach jej pozycji 13, Zamawiający dodał szereg nowych podpunktów do punktu 4.3.11 PFU „Inne wymagania", w tym lit. ff), gg)
i hh), które jako wcześniej niesformułowane wymogi co do realizacji zamówienia stanowią przedmiot niniejszego odwołania.
2. System ERTMS/ETCS. Tytułem wstępu, Odwołujący wyjaśnił, że system ERTMS/ETCS
to unijny system sterowania ruchem kolejowym o wysokim poziomie złożoności technicznej. Jego funkcją jest

umożliwienie interoperacyjności systemu kolejowego w ramach Unii Europejskiej wraz z jednoczesnym zwiększeniem jego standardu bezpieczeństwa. Przedmiotem zamówienia jest system ERTMS/ETCS poziomu 2, którego zasady implementacji określają tzw. Techniczne Specyfikacje Interoperacyjności podsystemu „Sterowanie" (dalej „TSI CCS") określone 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 (Dz. U. UE. L. z 2016 r. Nr 158, str. 1, z późn. zm.). W uproszczeniu, system poziomu 2 spełnia przede wszystkim zadania sygnalizacji kabinowej – przekazuje informacje o wskazaniach semaforów do urządzeń pokładowych zainstalowanych na pojazdach kolejowych, np. lokomotywach, drezynach
i składach zespolonych. Urządzenia pokładowe nadzorują prawidłową obsługę pojazdów kolejowych przez maszynistę i w razie potrzeby wywołują reakcję bezpieczną. Co istotne, prawidłowa praca systemu ERTMS/ETCS poziom 2 jest możliwa tylko w przypadku odpowiedniej komunikacji z systemami sterowania ruchem kolejowym (dalej: „SRK")
w warstwie podstawowej, obsługiwanymi przez dyżurnego ruchu urządzeniami odpowiadającymi za bezpieczeństwo na danym obszarze. Można spośród nich wyróżnić urządzenia stacyjne (odpowiedzialne za ruch w obrębie stacji) i liniowe (za jazdę pociągu pomiędzy dwoma kolejnymi stacjami). Na odcinku linii kolejowej (obejmującym LCS Warszawa Okęcie i LCS Radom, tj. od stacji Warszawa Aleje Jerozolimskie do stacji Radom), urządzenia SRK warstwy podstawowej już się znajdują – zostały zabudowane w ramach realizacji odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ("Zaprojektowanie
i wybudowanie zintegrowanego systemu sterowania i kierowania ruchem kolejowym
na odcinku Warszawa Okęcie – Radom linii nr 8 w ramach projektu POIiŚ 7.1-9.1", zamówienie udzielone w roku 2013) i są to urządzenia produkcji Thales (obecna nazwa: Ground Transportation Systems), co jest okolicznością bezsporną pomiędzy stronami, przyznaną przez Zamawiającego także w toku postępowania odwoławczego 2387/23. Typy tych urządzeń zostały przedstawione w ppkt 2.2.2.6 obecnego PFU – Urządzenia sterowania ruchem kolejowym. Dowód: treść PFU, ppkt 2.2.2.6 (w aktach sprawy). Innymi słowy, 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 8 oraz nr 440, a nie zabudowa urządzeń SRK warstwy podstawowej.
3. Wymogi Pzp względem Zamawiającego co do opisu przedmiotu zamówienia. Niniejsze odwołanie odnosi się do nowych ppkt 4.3.11.ff) i 4.3.11.gg) PFU, a w konsekwencji także
do ppkt 4.3.11.hh) PFU, wskazanych w jako „Inne wymagania", które to nakładają
na wykonawców nieuzasadnione i nietransparentne, wewnętrznie sprzeczne oraz niekonkurencyjne obowiązki w zakresie opracowania dokumentacji po stronie zainstalowanych już, istniejących urządzeń innego producenta (a nie urządzeń ERTMS/ETCS poziom 2, które będzie dostarczał wykonawca wybrany w niniejszym postępowaniu). W tym miejscu Odwołujący podkreślił, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Naruszeniem tej zasady jest sytuacja, w której wykonawcy muszą domyślać się zakresu swoich przyszłych obowiązków, czy przygotowywać ofertę
na postawie nietransparentnych zapisów SWZ. Ponadto, zgodnie z powszechnie przyjętą zasadą, wszelkie niejasności w tym zakresie powinny być wyjaśniane na korzyść wykonawców (Por. np. wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2022 r., sygn. akt KIO 1419/22, wyrok SO w Warszawie z dnia 28 lipca 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 79/22, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lipca
2022 r., sygn. akt XXIII Zs 79/22). Jak wskazał TSUE w wyroku z 10.05.2012 r., C-368/10, Komisja Europejska v Królestwo Niderlandów, EU:C:2012:284, „specyfikacje techniczne powinny umożliwiać oferentom jednakowy dostęp do zamówienia i nie mogą powodować tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień na konkurencję, muszą być dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić oferentom ustalenie przedmiotu zamówienia,
a instytucjom zamawiającym udzielenie zamówienia, oraz powinny być jasno wskazane, aby wszyscy oferenci wiedzieli, jakie wymagania określone przez instytucje zamawiające należy spełnić". Co więcej, w przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję
(art. 99 ust. 4 Pzp), co stanowi przedmiot niniejszego odwołania, wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji, co potwierdza utrwalona linia orzecznicza (por. m.in. wyrok KIO z 27 marca 2015 r., sygn. akt KIO 496/15, wyrok SA w Warszawie
z 24 stycznia 2012 r., sygn. akt VI ACa 965/11. Za uchwałą Izby z dnia 3 lipca 2017 r. (sygn. akt: KIO-KD 36/17): „dla przyjęcia naruszenia prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia jest już sama możliwość wystąpienia potencjalnego ograniczenia konkurencji w postępowaniu. Opis przedmiotu zamówienia ograniczający możliwość złożenia ofert przez

wszystkich wykonawców mogących to zamówienie wykonać, a który nie jest podyktowany racjonalnymi i obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, jednoznacznie narusza prawo.
Z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp [obecnie art. 99 ust. 1 i 4 Pzp - przyp. aut.] należy wywieść zatem zasadę neutralności opisu przedmiotu zamówienia, który powinien być dokonany w taki sposób, że charakterystyka wymagań Zamawiającego jest tak samo czytelna i zrozumiała dla wszystkich wykonawców i nie pozycjonuje ich szans na uzyskanie zamówienia". Jak wskazano z kolei w wyroku Izby z dnia 11 sierpnia 2020 r. (sygn. akt: KIO 1694/20), prawo zamawiającego do opisania przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający jak najlepszą realizację swoich potrzeb, nie jest nieograniczone. W orzecznictwie podnosi się także,
iż ograniczający konkurencję jest wymóg uzależniający wykonawców od konkretnego podmiotu - producenta, konkurującego na rynku usług będącego przedmiotem zamówienia. Powyższe już samo w sobie wskazuje na ryzyko uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców z uwagi na narzuconą im konieczność współpracy z określonym podmiotem (2022-08-19, KIO 2009/22).
W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 99 ust. 4 Pzp wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji.
W szczególności Odwołujący pragnie przywołać tezy niedawnego wyroku KIO z dnia 13 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 209/23: „Ustalony stan rzeczy wprost wpisuje się w podnoszone przez odwołującego naruszenie art. 99 ust. 4 p.z.p. Norma ta jest jedną z głównych zasad związanych z procesem formułowania przedmiotu zamówienia, zakazującą opisywania go
w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez scharakteryzowanie produktów dostarczanych przez konkretnego wykonawcę, jeżeli prowadzi to do uprzywilejowania niektórych wykonawców lub produktów, jak miało miejsce
w rozpoznawanym sporze. Co istotne, w omawianej normie ustawodawca posłużył się sformułowaniem "mógłby utrudniać uczciwą konkurencję". Powyższe powoduje, że na odwołującym ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, zaś ciężar dowiedzenia, że do takiego utrudnienia - pomimo prawdopodobieństwa jego wystąpienia - nie doszło lub nie może dojść zostaje przerzucony na zamawiającego.". Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący w ramach niniejszego odwołania dąży do wykazania wszelkich relewantnych dla niniejszego odwołania okoliczności faktycznych, jednakże dla jego skuteczności wystarczające będzie, by zostały one uprawdopodobnione. Wszystkie powyższe wymogi Pzp zostały naruszone przez Zamawiającego w wyniku dodania nowej treści SWZ w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu.
4. Charakter obowiązków z pkt 4.3.11.ff) PFU, 4.3.11.gg) oraz 4.3.11.hh) PFU, uprzywilejowanie jednego wykonawcy.
Zgodnie z wprowadzoną Zmianą, pkt 4.3.11.ff) PFU stanowi, że „Wykonawca, dla zaimplementowanych interfejsów po stronie urządzeń objętych obowiązkiem posiadania świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu uzyska pozytywną opinię właściwej jednostki organizacyjnej upoważnionej do przeprowadzania 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. Wyżej wymieniona opinia będzie zawierała potwierdzenie,
że rozwiązania zastosowane w niniejszym projekcie nie zmieniają cech typu istniejących systemów SRK i dSAT oraz zachowują zgodność z typem określonym w świadectwach wydanych przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego". Zgodnie natomiast z nowym pkt 4.3.11.gg) PFU „Wykonawca przeprowadzi wycenę i ocenę ryzyka dla przeprowadzonej zmiany technicznej w istniejącym systemie sterowania ruchem kolejowym wynikającej
z implementacji interfejsu w urządzeniach SRK i dSAT. Wyżej wymieniona ocena zostanie przeprowadzona zgodnie z aktualnym rozporządzeniem. Raport z wyżej wymienionej przeprowadzonej wyceny i oceny Wykonawca przedłoży Zamawiającemu". W wyżej wymienionym ppkt PFU Zamawiający wymaga zatem od Wykonawcy przedłożenia (pozyskania) ekstensywnej dokumentacji technicznej dla interfejsów po stronie istniejących urządzeń SRK warstwy podstawowej, a więc urządzeń innego producenta,
już zainstalowanych u Zamawiającego, a nie stanowiących przedmiotu niniejszego postępowania. Tylko dostawca/producent urządzeń SRK warstwy podstawowej, który dokonał zmiany w tych urządzeniach, poprzez implementację interfejsu, może uzyskać stosowne dokumenty w tym zakresie. W kontekście ppkt 4.3.11.ff) PFU wskazać należy, że urządzenia sterowania ruchem kolejowym (SRK) służą do zapewnienia bezpieczeństwa i sprawności ruchu kolejowego przy założeniu, że tabor oraz pozostałe obiekty i urządzenia związane
z ruchem kolejowym spełniają również odpowiednie wymagania w zakresie ruchu kolejowego. Aby to zagwarantować urządzenia SRK objęte są obowiązkiem posiadania świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu zgodnie z zapisami art. 22f ustawy z dnia 28 marca 2023 r. o transporcie kolejowym (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 602. Obowiązek ten nie dotyczy

elementów systemu ERTMS/ETCS poziom 2 (które są składnikami interoperacyjności) zgodnie z art. 22f ust. 12. „Uzyskanie świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu nie jest wymagane dla typów urządzeń i typów budowli, o których mowa w ust. 1, ujętych w TSI jako składniki interoperacyjności i objętych deklaracją WE zgodności lub przydatności do stosowania składnika interoperacyjności.”). Natomiast rozporządzenie Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 13 maja 2014 r. w sprawie dopuszczania do eksploatacji określonych rodzajów budowli, urządzeń i pojazdów kolejowych (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1923) określa w rozdziale 3 wykaz rodzaju budowli i urządzeń oraz pojazdów kolejowych, dla których wymagane jest uzyskanie świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu. W skład urządzeń wymagających świadectw są wymienione: a) Stacyjne urządzenia sterowania ruchem kolejowym, b) urządzenia blokady liniowej, c) Systemy zabezpieczenia ruchu na przejazdach kolejowych, d) urządzenia
do wykrywania stanów awaryjnych pojazdów kolejowych, e) system zdalnego sterowania ruchem kolejowym. Są to typy urządzeń, które są wymienione w tabeli „Zakres podstawowy - stan odcinka Warszawa Aleje Jerozolimskie – Radom”, która jest umieszczona w tomie III SWZ – PFU w pkt 2.2.2.6 Urządzenia sterowania ruchem kolejowym. Należy je wyraźnie odróżnić od zamawianych w niniejszym postępowaniu urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2. Każde kolejne zabudowane urządzenie musi zostać zweryfikowane na zgodność
z typem i przed przekazaniem do eksploatacji producent albo jego upoważniony przedstawiciel musi wystawić deklarację zgodności z typem dla danego urządzenia. Proces ten dla istniejących na linii nr 8 urządzeń SRK warstwy podstawowej produkcji firmy GTS (d. Thales) został już zrealizowany w ramach wcześniejszego przetargu na zabudowę urządzeń SRK. Dokumentacja zmiany technicznej może być wykonana tylko przez podmiot realizujący zmianę. Tylko producent/dostawca urządzeń SRK warstwy podstawowej może zrealizować implementację interfejsu po stronie tych urządzeń. Tym samym opracowanie wymaganych prawem dokumentów, też musi być zrealizowane przez tego producenta/dostawcę – dotyczy to uzyskania opinii jednostki 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. Tym samym opracowanie dokumentów, o których mowa w ppkt 4.3.11.ff) PFU, też musi być zrealizowane przez tego producenta/dostawcę, a nie powinno stanowić odpowiedzialności wykonawcy zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania. Odwołujący podkreślił doniosły zakres tych dokumentów wynikający z obowiązujących przepisów prawa – ich opracowanie zwyczajnie nie jest możliwe bez dostępu do pełnej specyfikacji urządzeń. W tym kontekście należy także zauważyć, iż dokumentacja techniczna urządzeń SRK warstwy podstawowej nie stanowi załączników do SWZ w niniejszym postępowaniu, a z treści SWZ nie wynikają jakiekolwiek uprawnienia do ingerencji w tę dokumentację po stronie wykonawcy innego niż producent urządzeń SRK. Dowód: treść SWZ, w tym PFU (w aktach sprawy). Analogiczny charakter ma wycena i ocena ryzyk, o której mowa w pkt 4.3.11.gg) PFU. Tylko producent/dostawca urządzeń SRK warstwy podstawowej może zrealizować implementację interfejsu po stronie tych urządzeń, a co za tym idzie przygotowanie stosownej dokumentacji. Sporządzenie takiego dokumentu bez dostępu
i znajomości pełnej specyfikacji urządzenia SRK zwyczajnie nie jest możliwe. Tym samym opracowanie tego dokumentu również będzie musiało zostać zrealizowane przez producenta/dostawcę wdrażającego zmianę. Tymczasem Zamawiający dąży do tego,
by odpowiedzialność za opracowanie wyżej wymienionych dokumentów ponosił wykonawca zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania, co nie jest możliwe bez udziału bezpośredniego konkurenta wykonawcy. Nadmienił, iż w pkt 4.3.11.gg) PFU, Zamawiający odwołuje się niesprecyzowanego rozporządzenia, co jednak, jak należy się domyślać, odnosi się do rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) nr 402/2013 z dnia 30 kwietnia 2013 r.
w sprawie wspólnej metody oceny bezpieczeństwa w zakresie wyceny i oceny ryzyka
i uchylające rozporządzenie (WE) nr 352/20098. W ramach obecnego postępowania, wykonawca systemu ERTMS/ETCS poziom 2 ma obowiązek realizować proces zarządzania ryzykiem zgodnie z tym rozporządzeniem (pkt 4.8. PFU). W ramach powyższego wykonawca systemu ERTMS/ETCS poziom 2 powinien opracować stosowną dokumentację dla wprowadzanej zmiany w systemie kolei wynikającym z zabudowy systemu ERTMS/ETCS poziom 2. Czym innym jest jednak zmiana w dostarczanych urządzeniach systemu ERTMS/ETCS poziom 2 lub zmiana wynikająca z powiązania i integracji, a czym innym zmiana w urządzeniach SRK warstwy podstawowej, do której prawo ma producent tych urządzeń. Konsekwencją modyfikacji ppkt 4.3.11.ff) i gg) PFU powinna być także odpowiednia zmiana pkt 4.3.11.hh) PFU. Reasumując podał, że jedynie producent urządzeń SRK posiada niezbędną wiedzę i możliwości prawne realizacji obowiązków z pkt ff), gg) i hh) z pkt 4.3.11 PFU – w tym pełną specyfikację swoich urządzeń niezbędną do wprowadzenia w nich zmian (a także odpowiednie know-how co do ich działania). Podkreślił, że Zamawiający nie opublikował, ani nie ma (jak wynika z dokumentacji postępowania) prawa do wykorzystania żadnych dokumentów producenta/dostawcy, które umożliwiłyby wykonawcy zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania wykonanie tych obowiązków. Ingerencja w urządzenia oraz oprogramowanie, jak i w przedmiocie dokumentacji technicznej dla takiej

ingerencji
(w tym dane, informacje, kody źródłowe czy licencje) są przedmiotem ochrony prawa autorskiego i praw wyłącznych. Co za tym idzie, dokonanie integracji w dokumentację techniczną przez podmiot inny niż Thales (obecnie Ground Transportation Systems) nie tylko nie byłoby faktycznie, ale również i prawnie niemożliwe. W konsekwencji, nałożenie obowiązków z pkt 4.3.11 ppkt ff), gg), hh) PFU - w ramach zamówienia na system ERTMS/ETCS poziom 2 - powoduje nieuzasadnione uprzywilejowanie w postępowaniu producenta urządzeń SRK warstwy podstawowej. Wykonawca warstwy podstawowej na linii objętej przedmiotem postępowania jest podmiotem konkurencyjnym względem innych wykonawców, posiadającym rozwiązania systemu ERTMS/ETCS, o czym świadczy fakt złożenia przez niego odwołania w niniejszym postępowaniu o sygn. KIO 2383/23. Na każdym innym zainteresowanym wykonawcy, w tym Odwołującym, ciąży tymczasem obowiązek zaangażowania wykonawcy SRK warstwy podstawowej oraz uzależnienie od jego warunków technicznych oraz handlowych. Producent urządzeń SRK warstwy podstawowej ma tym samym przewagę i możliwość dyktowania warunków cenowych i handlowych, zwłaszcza
w sytuacji braku jakichkolwiek standardów rynkowych czy gwarancji kontraktowych ze strony Zamawiającego. Wskazana sytuacja zaburza konkurencyjność postępowania. Może to także realistycznie doprowadzić do sytuacji, w której jedynie wykonawca warstwy podstawowej będzie w stanie przedstawić konkurencyjną ofertę. Ma to szczególne znaczenie w kontekście ustalonego kryterium oceny ofert – 100 % cena. Podkreślił, że w razie zajścia konieczności realizacji spornych obowiązków dotyczących dokumentacji technicznej dla urządzeń Thales, to odnoszą się one do rozległej, sensytywnej dokumentacji technicznej, której sporządzenie wymaga dostępu i znajomości dokumentacji oraz know-how charakterystycznego jedynie dla producenta/dostawcy.
Na marginesie wskazał, że bez znaczenia pozostaje tutaj wynikające z PFU
dla zamówienia na urządzenia SRK warstwy podstawowej zobowiązanie nałożone na tego wykonawcę do współpracy z wykonawcą zamówienia stanowiącego przedmiot niniejszego postępowania. Zobowiązanie to ma charakter bardzo ogólny, nie określając w żaden sposób warunków tej współpracy. Ponadto, okoliczność ta potwierdza uzależnienie od jednego wykonawcy, a więc i także niekonkurencyjność postępowania. Dowód: wyciąg z PFU
z poprzedniego postępowania na wykonanie SRK warstwy podstawowej (w załączeniu).
5. Zbędność, brak jasności oraz wewnętrzna sprzeczność wymogów pkt 4.3.11.ff) PFU, 4.3.11.gg) oraz 4.3.11.hh) PFU.
Odwołujący podniósł ponadto, iż opublikowana przez Zamawiającego SWZ, w tym treść PFU, nie zawiera explicite wymagania w przedmiocie zabudowy części interfejsu po stronie urządzeń SRK. Co więcej, w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt 2387/23 dotyczącym innego punktu PFU (pkt 4.3.1 ppkt 8 PFU), Zamawiający wskazywał, iż nie ma konieczności ingerencji w część sprzętową systemu,
a urządzenia warstwy podstawowej są przystosowane do współpracy z systemem Euroradio+/Subset098, jednocześnie wskazując w toku postępowania odwoławczego przystosowanie urządzeń SRK warstwy podstawowej do powiązania. Dowód: pkt 18-20 odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dn. 25 sierpnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt 2387/23 (wyciąg w załączeniu do odwołania). Dowód: wyciąg z PFU z poprzedniego postępowania na wykonanie SRK warstwy podstawowej (w załączeniu do odwołania).
W związku z powyższym, skoro istniejące urządzenia SRK warstwy podstawowej są przygotowane do powiązania z system ERTMS/ETCS poziom 2, to kwestionowane obecnie zapisy pkt 4.3.11.pkt ff), gg) i hh) PFU są bezprzedmiotowe, wprowadzając dodatkowy brak transparentności i jednoznaczności w opisie przedmiotu zamówienia. Skoro bowiem nie ma potrzeby dokonywania zmian w urządzeniach SRK warstwy podstawowej w celu ich powiązania z systemem ERTMS/ETCS poziom 2, to tym samym również nie ma konieczności opracowywania dedykowanej dokumentacji dla wprowadzanej zmiany, ponieważ takiej zmiany nie będzie. W istocie, wskazane dokumenty w pkt ff) i gg), tj.: - pozytywna opinia właściwej jednostki organizacyjnej upoważnionej do przeprowadzania 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,
- dokumentacja wyceny i oceny ryzyka dla przeprowadzonej zmiany technicznej w istniejącym systemie sterowania ruchem kolejowym wynikającej z implementacji interfejsu w urządzeniach SRK, powinny zostać już opracowane i dostarczone zamawiającemu pkt hh) przez wykonawcę realizującego zadanie na zabudowę urządzeń SRK warstwy podstawowej na linii kolejowej
nr 8. Oczekiwanie dostarczenia takiej dokumentacji przez wykonawcę zadania zabudowy systemu ERTMS/ETCS poziom 2 jest nieuzasadnione i faworyzuje dotychczasowego dostawcę urządzeń SRK warstwy podstawowej, ponieważ dokumentacja ta - jak również wszelkie dane niezbędne do jej przygotowania – powinny być w posiadaniu tego wykonawcy
i Zamawiającego, a która nie została udostępniona w ramach obecnego postępowania. Powyższe dwa stanowiska Zamawiającego (w postępowaniu odwoławczym sygn. akt 2387/23 oraz Zmianie do SWZ) są ze sobą sprzeczne.

Przygotowanie rzetelnej oferty kontraktowej przez wykonawcę wymaga jednak precyzyjnych informacji ze strony Zamawiającego. Brak konieczności zmian w celu implementacji interfejsu po stronie tych urządzeń jest równoznaczny z brakiem konieczności wytworzenia i dostarczenia dokumentacji Zamawiającemu. Jeszcze raz podkreślić należy, że konieczność opracowania dokumentów wymienionych w pkt ff) i gg) oraz przekazania ich Zamawiającemu zgodnie z pkt hh) wynika
z konieczności udokumentowania prawidłowości wprowadzanej zmiany w urządzeniach objętych obowiązkiem posiadania świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu (de facto – urządzeniach SRK warstwy podstawowej). Ponownego podkreślenia zdaniem Odwołującego wymaga także fakt, iż czym innym jest implementacja interfejsu SRK-ETCS po stronie systemu ERTMS/ETCS poziom 2 wraz ze stosowną dokumentacją techniczną (do czego zobowiązany będzie wykonawca realizujący zamówienie objęte niniejszym postępowaniem), a czym innym implementacja interfejsu SRK-ETCS dla urządzeń SRK warstwy podstawowej wraz
z dokumentacją (obecny pkt ff) i gg)), dostarczonych w przeszłości Zamawiającemu przez wykonawcę Thales.
6. Podsumowanie. Według art. 99 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z kolei zgodnie z art. 99 ust. 4 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców
lub produktów. Nadto, Pzp w art. 16 ustanawia się zasadę, według której zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie
z zasadami przejrzystości i proporcjonalności. Jednocześnie art. 17 Pzp stanowi,
że zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku
do poniesionych nakładów. Zachowanie spornych wymogów PFU w obecnym kształcie prowadziłoby zatem do naruszenia art. 99 Pzp oraz podstawowych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Utrzymanie zaskarżonych wymogów doprowadziłoby
do nałożenia na wykonawców bądź to obowiązków nadmiarowych i przez to nie znajdujących uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, bądź to bliżej niesprecyzowanych, a w każdym wypadku faktycznie niemożliwych do realizacji samodzielnie przez jakiegokolwiek innego wykonawcę innego niż pierwotny wykonawca urządzeń SRK warstwy podstawowej, który nie tylko posiada wiedzę o zakresie przystosowania i jego urządzeń, ale dysponuje już wymaganą dokumentacją. Prowadzi to do konkluzji, że utrzymanie spornych wymogów jest nieproporcjonalne, nadmiarowe i uzależniające wykonawców od podmiotu konkurencyjnego
w obecnym postępowaniu oraz podrażające koszt oferty, a w związku z tym nieefektywne, biorąc w szczególności pod uwagę, że obowiązki te nie muszą być realizowane w ramach obecnego postępowania. Również i względy przejrzystości wskazują na konieczność zmiany spornych wymogów PFU. Dokumentacja postępowania nie zawiera ani danych niezbędnych do realizacji zaskarżonych obowiązków umownych, ani nawet do określenia ich zakresu – niezbędne do tego będzie know-how i dokumentacja, którym dysponuje jedynie wykonawca urządzeń SRK warstwy podstawowej. Narusza to w sposób oczywisty art. 99 ust. 1 Pzp. Mając na uwadze powyższe, przytoczone postanowienia SWZ świadczą o naruszeniu przede wszystkim art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp oraz art. 103 ust. 2 i 3 Pzp wynikającym z nienależytego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, a pośrednio też podstawowe zasady prowadzenia postępowania wynikające z art. 16 Pzp: uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości, a także zasady efektywności, gdyż takiego rodzaju naruszenie może mieć bardzo realne przełożenie na ceny złożone w postępowaniu.

W dniu 15 września 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie zarzutów odwołania w całości jako bezpodstawnych, obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego, przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w piśmie, na wskazane w nim okoliczności. W uzasadnieniu odpowiedzi
na odwołanie Zamawiający podał w szczególności:
Zamawiający podkreślił, iż przygotowując opis przedmiotu zamówienia wykazał się należytą starannością, uwzględniając przepisy ustawy Pzp oraz uzasadnione i obiektywne potrzeby Zamawiającego wynikające z konieczności zapewnienia prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Zgodnie z powyższym w uzasadnionych przypadkach zamawiający może

zmienić treść SWZ w każdym momencie przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający dokonał modyfikacji treści SWZ z własnej inicjatywy gdyż podczas wniesionych poprzednio odwołań w niniejszym postępowaniu, spostrzegł, że postanowienia SWZ nie odpowiadają
w pełni jego zamierzeniom (nie oddają jego woli w sposób dostatecznie zrozumiały). Jednocześnie Zamawiający wskazał, że wprowadzone zmiany nie zmieniają charakteru zamówienia. Powyższe potwierdza przywołana Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia
21 grudnia 2021 r., sygn. akt. KIO KIO/KU 23/21. Podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 maja 2013 r, sygn. akt. KIO 898/13.
Zamawiający wskazał również, że dla wykazania możliwości naruszenia konkurencji nie jest wystarczające samo podniesienie, iż dla Odwołującego dane warunki realizacji zamówienia są niewygodne lub nawet nie do przyjęcia. Fakt, że na rynku występują wykonawcy, którzy tak opisanego przedmiotu zamówienia nie mogą wykonać lub dla których jego realizacja jest utrudniona, niewygodna czy nieopłacalna, nie przesądza wcale o możliwości powstania naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia takiego naruszenia niezbędne jest przedstawienie i ocena, co najmniej kilku okoliczności związanych z danym zamówieniem,
w szczególności takich jak kształt i specyfika rynku, którego zamówienie dotyczy, rodzaj
i charakter danego ograniczenia konkurencji oraz jego skutki dla potencjalnych wykonawców, a z drugiej strony waga potrzeb Zamawiającego, których realizacji takie ograniczenie służy.
Przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 marca 2023 r. sygn. akt. KIO 704/23.
W odniesieniu do zarzutów odnośnie zapisów punktu 4.3.11, lit. ff) PFU zdaniem Zamawiającego 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.
Zamawiający, wykonawca czy też inny podmiot zaangażowany w prace projektowe może wskazać czy też stwierdzić konieczność zatrudnienia jednostki organizacyjnej. Niezależnie
od wybranego Wykonawcy, nawet jeśli tym podmiotem będzie Producent/Wykonawca urządzeń warstwy podstawowej, taki sam obowiązek będzie przed nim postawiony
w kontekście zatrudnienia jednostki organizacyjnej.
Przyjęcie takiego postępowania, świadczy o przejrzystości działań podmiotu, który dokłada wszelkich starań, aby jego prace zostały poparte obiektywną oceną, w tym przypadku jednostki organizacyjnej. Takie zlecenie może wynikać nie tylko z uwarunkowań kontraktowych, ale również sam wykonawca może uznać, że istnieje taka potrzeba.
Istotnym zagadnieniem w przedmiotowym kwestii jest sama funkcja i kompetencje jednostki organizacyjnej. Zgodnie z art. 22f ust. 1 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym: „Warunkiem dopuszczenia do eksploatacji typów budowli i typów urządzeń mających wpływ na poziom bezpieczeństwa ruchu kolejowego, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie ust. 14 pkt 2, jest uzyskanie świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu dla pierwszego ich egzemplarza.”.
Zamawiający podkreślił, że system kolei to złożony technicznie układ, którego bezpieczna integracja wymaga uwzględnienia wszystkich zagrożeń i sprawdzenia interfejsów w danym, rzeczywistym środowisku technicznym.
Podmiotem wyspecjalizowanym w zakresie wydawania opinii technicznych, certyfikatów zgodności typu czy certyfikatów zgodności z typem jest przedmiotowa jednostka organizacyjna. Zgodnie z art. 22g ust 2 ustawy o transporcie kolejowym, jednostka ta zapewnia przeprowadzenie badań technicznych urządzeń, jest bezstronna w stosunku do podmiotów bezpośrednio bądź pośrednio związanych z produkcją urządzeń, zapewnia niezbędny sprzęt do przeprowadzenia badań oraz posiada akredytację Polskiego Centrum Akredytacji
w przedmiocie swojej działalności. Co za tym idzie, podmiot ten jest gwarantem określenia zgodności technicznej i spełnianie zasadniczych wymagań urządzeń, które podlegają jego ocenie, a które niewątpliwe mają bezpośrednie przełożenie na bezpieczeństwo transportu kolejowego.
Co więcej, w zakresie swojej działalności związanej z dopuszczaniem do eksploatacji urządzeń typu oraz stwierdzania zgodności z typem, ma opracowywanie opinii technicznych, co zostało jasno wskazane w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 13 maja 2014 r. w sprawie dopuszczenia do eksploatacji określonych rodzajów budowli, urządzeń
i pojazdów kolejowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1923).
Bezpodstawnym jest także stwierdzenie, że zatrudnienie jednostki organizacyjnej jest uprzywilejowaniem producenta urządzeń SRK warstwy podstawowej, ponieważ w opinii Zamawiającego jest wręcz przeciwnie. Jak już wykazano powyżej, zgodnie ze wskazanymi regulacjami jednostka organizacyjna zachowuje bezstronność w stosunku co do producenta urządzeń. Natomiast zgodnie z art. 22f ust. 8 ustawy o transporcie kolejowym „Kolejne urządzenia albo budowle zgodne z typem, dla którego Prezes UTK wydał świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu, uznaje się za dopuszczone do eksploatacji, jeżeli:

a) producent albo jego upoważniony przedstawiciel przeprowadził procedurę oceny zgodności z typem, a następnie wystawił deklarację zgodności z typem, albo b) podmiot zamawiający, wykonawca modernizacji, importer, inwestor, dysponent, zarządca, użytkownik bocznicy albo przewoźnik kolejowy wystawił deklarację zgodności z typem dla urządzeń albo budowli, które zamierza wprowadzić do eksploatacji, po uprzednim przeprowadzeniu przez jednostkę organizacyjną, o której mowa w art. 22g ust. 9, badań technicznych niezbędnych
do stwierdzenia zgodności z typem, zakończonych wydaniem certyfikatu zgodności z typem.
Zgodnie z powyższym deklarację taką może wystawić producent bądź inny podmiot
nie będący producentem, chociażby wykonawca modernizacji. Natomiast, aby inny podmiot 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. Dopiero po otrzymaniu wyżej wymienionego dokumentu podmiot inny niż producent może wystawić deklaracje zgodności z typem. Zamawiający podkreślił,
że w przypadku tym, jak i w przypadku wskazanym w punkcie 4.3.11.ff) PFU brak jest konieczności angażowania producenta danego urządzenia.
Dlatego też, ponad wszelką wątpliwość, jednostka organizacyjna posiada odpowiednie uprawnienia, wiedzę i doświadczenie w kontekście stwierdzania zgodności z dopuszczanym typem, jest podmiotem całkowicie bezstronnym i może być zatrudniona przez każdy podmiot na zasadach rynkowych.
Zamawiający, jako zarządca narodowej sieci infrastruktury kolejowej, odpowiedzialny
za bezpieczeństwo ruchu kolejowego, wskazał na konieczność zatrudnienia jednostki organizacyjnej, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, a także podstawowo z uwagi
na świadomość wpływu na bezpieczeństwo jakie mają urządzenia SRK objęte świadectwami dopuszczenia do eksploatacji typu.
Jednocześnie Zamawiający wskazał, że w celu całkowitej pewności co do braku wpływu realizowanych prac na zgodność techniczną i bezpieczeństwo urządzeń z którymi będzie wiązał się przyszły wykonawca systemu ETCS (obowiązek braku naruszalności urządzeń wynika z SWZ) Zamawiający wymaga zatrudnienia jednostki organizacyjnej niezależnie, również w przypadku, jeżeli podmiotem realizującym zadanie w niniejszym postępowaniu będzie producent obecnie zainstalowanych urządzeń klasycznych.
Wobec powyższego nieprawdziwa jest argumentacja Odwołującego, który wskazuje,
że zatrudnienie jednostki organizacyjnej narusza zasady uczciwej konkurencji i stawia
w uprzywilejowanej pozycji jeden podmiot.
Odwołujący wniósł również o usunięcie pkt. 4.3.11.gg) PFU w zakresie odnoszącym się
do urządzeń i systemów SRK.
Zamawiający wskazał, że zarzuty Odwołania w tym zakresie są również całkowicie niezasadne i nie zasługują na uwzględnienie. Zgodnie z zapisami Rozdziału 4.8 PFU wykonawca ma obowiązek realizować proces zarządzania ryzykiem zgodnie z wymogami Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) nr 402/2013 z dnia 30 kwietnia 2013 r. w sprawie wspólnej metody oceny bezpieczeństwa w zakresie wyceny i oceny ryzyka i uchylające rozporządzenie (WE) nr 352/2009 (dalej: „Rozporządzenie”), więc zapis, że Wykonawca przeprowadzi wycenę i ocenę ryzyka dla przeprowadzonej zmiany technicznej w istniejącym systemie sterowania ruchem kolejowym wynikającej z implementacji interfejsu w urządzeniach SRK i dSAT, nie jest novum a jedynie podkreśleniem istotności przeprowadzenia takiej analizy.
Zgodnie z art. 3 pkt. 11 Rozporządzenia „wnioskodawca" oznacza jedno z poniższych:
a) przedsiębiorstwo kolejowe lub zarządcę infrastruktury, którzy wdrażają środki nadzoru ryzyka zgodnie z art. 4 dyrektywy 2004/49/WE; b) podmiot odpowiedzialny za utrzymanie, który podejmuje działania zgodnie z art. 14a ust. 3 dyrektywy 2004/49/WE; c) podmiot zamawiający lub producenta, który wzywa jednostkę notyfikowaną do zastosowania procedury weryfikacji WE zgodnie z art. 18 ust. 1 dyrektywy 2008/57/WE lub podmiot wyznaczony zgodnie z art. 17 ust. 3 tej dyrektywy; d) podmiot składający wniosek o zezwolenie
na dopuszczenie do eksploatacji podsystemów strukturalnych.”.
Natomiast zgodnie z art. 5 Rozporządzenia: „Wnioskodawca jest odpowiedzialny
za stosowanie niniejszego rozporządzenia w tym za ocenę znaczenia zmiany na podstawie kryteriów określonych w art. 4, oraz realizację procesu zarządzania ryzykiem określonego
w załączniku I. 2. Dodatkowo, przedmiotowe Rozporządzenie definiuje konieczność analizy zmiany także w aspekcie interfejsów.
W odniesieniu do systemu ETCS zarządzanie dokonywanymi zmianami w zakresie bezpieczeństwa definiuje punkt 3.2.1. TSI CCS, a punkt 4.5.2. określa odpowiedzialność podmiotu występującego z wnioskiem o weryfikację

podsystemu, w zakresie uwzględnienia zagrożeń wynikających ze wzajemnych oddziaływań różnych składników podsystemu
oraz interfejsów z innymi podsystemami.
Zabudowa systemu ETCS poziom 2 wraz z implementacją powiązania (w tym interfejsów) przez Wykonawcę jest przedmiotem zamówienia, czyli przedmiotem zmiany w istniejącym systemie kolejowym (rozumianym jako ogół infrastruktury kolejowej), dlatego też powinno zostać kompleksowo ocenione przez Wykonawcę zgodnie z PFU. Natomiast Zamawiający
w pkt. 4.3.11.gg) PFU jedynie doprecyzowuje zakres tej oceny, ażeby ponad wszelką wątpliwość wykonawca przeprowadził ją w zakresie wymaganym zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.
Wobec powyższego zarzut dotyczący procesu zarządzania ryzykiem jest bezpodstawny, gdyż to przepisy prawa narzucają obowiązek przeprowadzenia przez producenta, wykonawcę czy wnioskodawcę oceny znaczenia zmiany. To wykonawca jako odpowiedzialny realizator zmiany na własną odpowiedzialność i kierując się własnym doświadczeniem i kompetencjami decyduje o konieczności bądź nie w przedmiotowej ocenie uwzględniania przedstawicieli podmiotów stron trzecich związanych z daną zmianą. Takie same działania musi realizować zamawiający czy inne podmioty działające na rynku kolejowym, co wynika bezpośrednio
z przepisów prawa. To tylko od danego podmiotu i przepisów prawa zależy zakres, forma
i stopień szczegółowości przedmiotowych ocen oraz skład zespołu oceniającego.
Odnosząc się do pkt. 4.3.11.hh) PFU, Zamawiający wskazał, że dotyczy wprowadzenia terminów dostarczenia dokumentów i jest ściśle powiązany z pkt. 4.3.11.ff)
oraz pkt. 4.3.11.gg), z których wynika obowiązek dostarczenia dokumentów dotyczących bezpiecznego interfejsu urządzeń sterowania ruchem i co z tym związane, potwierdzenie przeprowadzenia analizy ryzyka. Punkt hh) jedynie wskazuje na termin i sposób przekazania wyżej wymienionych dokumentów. Wprowadzenie tego punktu jest tylko usystematyzowaniem działań.
Ponadto Zamawiający podkreślił, że taki sposób opisu przedmiotu zamówienia zawierający tożsame wymagania jak w punktach 4.3.11.ff) 4.3.11.gg) oraz 4.3.11.hh) stosowany był niejednokrotnie podczas realizowanych zadań związanych z zabudową systemu ETCS poziom 2 i dotychczas nie budził wątpliwości, i nie był przedmiotem odwołania. Przykładowo Zamawiający wskazał poniższe umowy, będące w fazie realizacji: Wdrożenie systemu ERTMS/ETCS poziom 2, wraz z budową LCS oraz samoczynnej blokady liniowej, na odcinku linii kolejowej nr 4, Korytów – Zawiercie (załącznik nr 3), Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E20 Kunowice – Terespol (z wyłączeniem węzła warszawskiego) (załącznik nr 4), „Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E30 odcinek Podłęże - Rzeszów” (załącznik nr 5) Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E59 odcinek Wrocław - Poznań w ramach projektu Zabudowa systemy ERTMS/ETCS na liniach sieci bazowej TEN-T (załącznik nr 6), „Projekt i zabudowa systemu ERTMS/ETCS r 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” (załącznik nr 7), Roboty budowlane
na linii 227/249 i stacji Gdańsk Zaspa Towarowa oraz linii 722 w ramach Projektu". Poprawa infrastruktury kolejowego dostępu do Portu Gdańsk" (załącznik nr 8).
Zabudowa systemu ERTMS/ETCS na linii 278 Węgliniec Zgorzelec w ramach projektu Zabudowa ERTMS/ETCS r liniach sieci bazowej TEN-T (załącznik nr 9). Powyższa argumentacja wyraźnie potwierdza, że wymóg wskazany w pkt. 4.3.11.ff) 4.3.11.gg)
oraz 4.3.11.hh) PFU jest podyktowany ważnymi względami zagwarantowania i zapewnienia współpracy, integracji i bezpieczeństwa użytkowania urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej, które Zamawiający już posiada.
Tym samym zarzuty i wnioski Odwołującego sformułowane względem omówionych wyżej zapisów PFU są niezasadne i stanowią wyłącznie próbę dostosowania brzmienia dokumentacji przetargowej pod indywidulane potrzeby lub możliwości Odwołującego.
Należy zdaniem Zamawiającego podkreślić, że przepisy ustawy Pzp nie nakazują Zamawiającemu rezygnacji z własnych założeń i preferencji celem dopuszczenia do udziału
w postępowaniu wszystkich podmiotów działających na danym rynku. W każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dochodzi do ograniczenia konkurencji
w pewnym stopniu z uwagi na opis wymagań zamawiającego, postawione warunki udziału
w postępowaniu czy kryteria oceny ofert.
Zamawiający mając na uwadze swoje potrzeby, a także zobowiązania wynikające
z obowiązujących przepisów krajowych oraz przepisów unijnych jest uprawniony do ich odzwierciedlenia w opisie przedmiotu zamówienia, o ile krąg wykonawców zdolnych do jego realizacji nie zostanie w sposób bezzasadny

znacząco ograniczony.
Zamawiający przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 grudnia 2021 r., sygn. akt. KIO 3395/21.
Zamawiający wskazał, że to na Odwołującym spoczywa ciężar okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski. Potwierdza to orzecznictwo m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 sierpnia 2022 r., sygn. akt. XXIII
Zs 86/22 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 marca 2023 r., sygn. akt. KIO 674/23.
Powyższe potwierdza, że ciężar dowodu spoczywa na Odwołującym, który w żadnym stopniu nie wykazał i nie udowodnił, że czynności Zamawiającego naruszały przepisy ustawy Pzp.
Odwołujący nie udźwignął ciężaru wykazania, że zmiana opisu przedmiotu zamówienia nastąpiła w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, ograniczający uczciwą konkurencję, powodując nieuzasadnione uprzywilejowanie jednego wykonawcy, 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. Wobec tego, zarzut w tym zakresie nie zasługuje
na uwzględnienie.

KIO 2608/23

W dniu 4 września 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca **Alstom Polska S.A.** (ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa) – dalej „Odwołujący". Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami czynności Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.
z siedzibą w Warszawie polegających na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem poprzez modyfikacje dotyczące treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ") w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności treści Tomu III SWZ – Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej: „PFU") w zakresie dotyczącym obowiązku adaptacji istniejących urządzeń SRK (urządzeń warstwy podstawowej) niezgodnie
z przepisami PZP oraz na nienależytym przygotowaniu postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 99 ust. 1, 2 i ust. 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP, art. 17 ust. 1-2 PZP, art. 103 ust. 2-3 PZP w zw. z art. 362 PZP oraz w zw.
z art. 433 pkt 3 PZP, poprzez sporządzenie OPZ w zakresie obowiązku wykonania (implementacji) interfejsu do urządzeń SRK warstwy podstawowej, co zdaniem Odwołującego stanowi naruszenie wskazanych wyżej przepisów PZP i skutkuje uniemożliwieniem złożenia oferty w warunkach zapewniających uczciwą konkurencję, a nadto które prowadzi
do uprzywilejowania jednego wykonawcy kosztem innych, którzy mogą zostać wyeliminowani z ubiegania się o zamówienie, w szczególności w okolicznościach, gdy tak określony opis przedmiotu zamówienia nie jest uzasadniony specyfiką przedmiotu zamówienia oraz nakłada na wykonawcę odpowiedzialność za ryzyka związane z wykonaniem zamówienia, które są niedostosowane do określonych przez samego Zamawiającego warunków realizacji zamówienia, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający – w szczególności
za niezapewnienie odpowiednich praw własności intelektualnej umożliwiających ingerencję
w interfejs urządzeń warstwy podstawowej. Skutkuje to nadto uniemożliwieniem wykonawcom prawidłowego przygotowania i wyceny ofert, a w konsekwencji skutkuje również nieporównywalnością ofert, jakie zostałyby ewentualnie złożone w postępowaniu. Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany SWZ w pkt 4.3.11 lit. bb), dd), ff), gg), hh) PFU (dodane zmianą z 25 sierpnia 2023 r.) poprzez wyłączenie z zakresu zamówienia w niniejszym postępowaniu obowiązku Wykonawcy polegającego
na zaprojektowaniu i wykonaniu adaptacji istniejących urządzeń SRK (urządzeń warstwy podstawowej) w zakresie, który jest konieczny do ich powiązania i integracji
z urządzeniami ERTMS/ETCS poziomu 2, poprzez wykreślenie z SWZ wskazanych powyżej postanowień pkt 4.3.11 lit. bb), dd), ff), gg), hh) PFU alternatywnie uszczegółowienie
i uzupełnienie wprowadzonych zmianą z dnia 25 sierpnia 2023 r. postanowień pkt 4.3.11
lit. bb), dd), ff), gg), hh) PFU poprzez sprecyzowanie, że wykonanie adaptacji istniejących urządzeń SRK warstwy podstawowej w zakresie niezbędnym do ich powiązania i integracji
z urządzeniami ERTMS/ETCS poziomu 2 nie wchodzą w zakres przedmiotowego postępowania. Odwołujący wniósł także o zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa prawnego. Odwołujący wniósł nadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania (wynikających z dokumentacji postępowania) oraz dowodów złożonych w toku postępowania odwoławczego. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:
1. Zamawiający prowadzi postępowanie na zaprojektowanie i zabudowę systemu ERTMS/ETCS na linii kolejowej nr 8 (LCS Warszawa Okęcie i LCS Radom) przewidzianego do realizacji w ramach Programu Fundusze Europejskie na

Infrastrukturę, Klimat, Środowisko 2021 – 2027.
2. W dniu 25 sierpnia 2023 r. na platformie zakupowej Zamawiającego pojawiła się informacja o zmianie SWZ, m.in. w zakresie zmian dotyczących wykonania integracji urządzeń SRK, urządzeń dSAT, urządzeń CUiD z urządzeniami systemu ERTMS/ETCS poziom 2. Wprowadzona zmiana zakłada m.in.: a) nałożenie na wykonawcę obowiązku wykonania interfejsów do urządzeń SRK, urządzeń przejazdowych i urządzeń dSAT. Wszelkie dane niezbędne do realizacji ww. interfejsów wykonawca zobowiązany jest uzyskać własnym sumptem; b) nałożenie wymogu, że urządzenia systemu ERTMS/ETCS nie mogą naruszać właściwości funkcjonalnych i konstrukcyjnych urządzeń SRK dSAT, z którymi będą współpracować. W przeciwnym razie wykonawca we własnym zakresie i na własny koszt uzyska wymagane świadectwa i dopuszczenia do eksploatacji dla urządzeń SRK i dSAT,
w których dokonał zmian, wymaganych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa;
c) nałożenie na wykonawcę obowiązku uzyskania dla zaimplementowanych interfejsów
po stronie urządzeń objętych obowiązkiem posiadania świadectwa dopuszczenia
do eksploatacji typu pozytywnej opinii właściwej jednostki organizacyjnej upoważnionej
do przeprowadzania 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. Wskazana wyżej opinia ma zawierać potwierdzenie, że rozwiązania zastosowane w niniejszym projekcie nie zmieniają cech typu istniejących systemów SRK i dSAT oraz zachowują zgodność z typem określonym w świadectwach wydanych przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego;
d) przeprowadzenie przez wykonawcę wyceny i oceny ryzyka dla przeprowadzonej zmiany technicznej w istniejącym systemie sterowania ruchem kolejowym wynikającej z implementacji interfejsu w urządzeniach SRK i dSAT. Wyżej wymieniona ocena zostanie przeprowadzona zgodnie z aktualnym rozporządzeniem. Raport z wyżej wymienionej przeprowadzonej wyceny i oceny Wykonawca przedłoży Zamawiającemu.
3. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dokonując wyżej wymienionych zmian istotnie zmienił zakres zamówienia, wprowadzając obowiązek dokonania adaptacji urządzeń SRK
z systemem ERTMS/ETCS. Pierwotne brzmienie SWZ, w szczególności pkt 4.3.1 ppkt 8 PFU nie wskazywał nawe pośrednio na konieczność dokonania adaptacji przez wykonawcę
i Odwołujący nie zamierzał i nie zamierza kwestionować jakichkolwiek postanowień specyfikacji znajdujących się w niej przed dokonaniem zmian w dniu 25 sierpnia 2023 r. Odwołujący wskazał, że dotychczasowy punkt 4.3.1.8 PFU odnosi się wyłącznie
do powiązania i integracji, do potrzeb których można wykorzystać wskazane w tym punkcie protokoły: „CBI-CBR Interface. Top Level Specification", „EGO Protocol. Interface Specification", „Interface Specification CBI-CBR Interface Application layer". W brzmieniu SWZ do 25 sierpnia 2023 r. wykonawca miał prawo zakładać, że adaptacja nie wchodzi w zakres przedmiotowy tego zadania.
4. Szczególną uwagę należy zwrócić na różnice pomiędzy zakresami prac do wykonania przez wykonawcę, to jest a) powiązanie i integrację za pomocą specyfikacji warstwy aplikacyjnej (co nie oznacza ingerencji w urządzenia sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej
– zgodnie z dotychczasowym brzmieniem SWZ), a b) wykonaniem interfejsu do urządzeń SRK (czego nie da się zrobić bez ingerencji w istniejące urządzenia sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej i wymaga szerokiego/istotnego zakresu prac do wykonania po stronie producenta istniejących na linii urządzeń SRK warstwy podstawowej), a która to konieczność wyrażona została w sposób dostateczny przez Zamawiającego dopiero w wyniku dodania punktu 4.3.11 PFU. Stąd potrzeba odwołania zaistniała dopiero na tym etapie.
5. Odwołujący wyjaśnił przy tym, że system ERTMS/ETCS, który podlegać ma zabudowie
na wyżej wymienionej linii kolejowej, to wdrażany w całej Unii Europejskiej system sterowania ruchem kolejowym, kompatybilny pomiędzy różnymi państwami. Celem wdrażania tego systemu jest zapewnienie interoperacyjności transportu kolejowego, czyli możliwości swobodnego poruszania się pociągów w sieciach kolejowych poszczególnych państw (właścicieli infrastruktury) bez konieczności zatrzymywania się na granicach oraz wymiany lokomotyw lub maszynistów. Celem działania tego systemu jest również zwiększenie bezpieczeństwa w ruchu kolejowym (np. poprzez automatyczne informowanie o zajętości danego toru oraz o innych zagrożeniach). System ten ma złożony technicznie charakter
i bazuje na istniejącej infrastrukturze kolejowej, działa w oparciu o urządzenia sterowania ruchem kolejowym i współpracuje tylko z określonymi standardami tych urządzeń. Podstawowe dane niezbędne dla jego działania pochodzą z już zabudowanych urządzeń sterowania ruchem kolejowym i systemów (dSAT). Z tego względu, istotne dla przygotowania wyceny i późniejszego zaprojektowania oraz zabudowy systemu ERTMS/ETCS są dane dotyczące: lokalizacji, odległości, pochyleń miarodajnych itp. Każda zmiana danych geograficznych (np. zmiany istniejącego układu

torowego) ma bezpośredni znaczący wpływ na projektowanie systemu ERTMS/ETCS. Zabudowa systemu ERTMS/ETCS wymaga
w związku z tym odpowiedniego uprzedniego przygotowania linii kolejowej poprzez wyposażenie jej w wyżej wymienione urządzenia sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej, urządzenia łączności kolejowej i systemy teletransmisyjne.
6. Innymi słowy, system ERTMS/ETCS stanowi co do zasady pewnego rodzaju „nakładkę"
na uprzednio odpowiednio przygotowane i zmodernizowane urządzenia sterowania ruchem kolejowym tzw. warstwy podstawowej. Zakres zamówienia objętego niniejszym postępowaniem polega na wykonaniu „nakładki" ERTMS/ETCS na urządzenia warstwy podstawowej, zaś sama warstwa podstawowa realizowana jest na zlecenie Zamawiającego
w odrębnym zamówieniu, przez wybranego dla tego zamówienia wykonawcę.
7. Wykonanie opisywanej wyżej „nakładki" ERTMS/ETCS na urządzenia sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej wymaga zapewnienia wzajemnej komunikacji pomiędzy urządzeniami warstwy podstawowej a urządzeniami („nakładką") ERTMS/ETCS. Standardem na sieci PKP PLK jest komunikacja w oparciu o 3 protokoły (dokumenty): „CBI-CBR Interface. Top Level Specification", „EGO Protocol. Interface Specification", „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer".
8. Powyższe protokoły mają być stosowane zarówno po stronie urządzeń tzw. warstwy podstawowej, jak również po stronie nakładki ERTMS/ETCS. Po stronie warstwy podstawowej, wdrożenie wyżej wymienionych protokołów wymaga bezpośredniej ingerencji
w same urządzenia warstwy podstawowej oraz ich oprogramowanie i wyposażenie tych urządzeń w odpowiednie funkcjonalności umożliwiające ich późniejszą komunikację
z wykonaną nakładką ERTMS/ETCS. 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. Z tego względu, wdrożenie takie realizowane jest zwykle w ramach zamówienia dotyczącego wykonania warstwy podstawowej urządzeń sterowania ruchem kolejowym (co zazwyczaj przewidywane jest przez Zamawiającego od razu
w materiałach przetargowych na wykonanie warstwy podstawowej, lub – jeżeli z jakichś względów nie zostało to przewidziane - jako prace dodatkowe).
9. Odnosząc się do treści wprowadzonych zmian – z punktu 4.3.11 lit. bb) PFU jednoznacznie wynika obowiązek wykonania (implementacji) interfejsu do urządzeń SRK warstwy podstawowej i zdaniem Odwołującego postanowienie to nie powinno być odczytywane w inny sposób, tym bardziej, że pozostałe nowo wprowadzone postanowienia potwierdzają wyżej wymienioną interpretację. Dodatkowo wskazać należy, że nałożenie przez Zamawiającego obowiązku uzyskania przez wykonawcę wszelkich niezbędnych danych „własnym sumptem" wskazuje na brak przygotowania ze strony Zamawiającego odpowiednich warunków do wykonania zamówienia przez wykonawców niebędących producentami urządzeń SRK warstwy podstawowej. Odwołujący wskazuje, że pozyskanie odpowiednich uprawnień jest potencjonalnie bardzo kosztownym procesem w porównaniu do szacowanej wartości wykonania całego zamówienia, co znacząco wpływa na konkurencyjność ofert oraz przejrzystość postępowania. Reasumując – wykonanie interfejsów do urządzeń SRK, urządzeń przejazdowych i dSAT jest faktycznie uzupełnianiem czynności niezleconych przez Zamawiającego na wcześniejszym etapie oraz przerzucaniem odpowiedzialności
na wykonawców za swoje uprzednie zaniechania.
10. Wskazał na punkt 4.3.11. lit dd), gdzie Zamawiający wyraźnie sugeruje,
że implementacja interfejsów w urządzeniach SRK i dSAT do współpracy z systemem ERTMS/ETCS może naruszyć właściwości tych urządzeń, gdyż wtedy wymagane są nowe świadectwa, dopuszczenia itp. Sama implementacja interfejsu w dostosowanych
do współpracy urządzeniach nie powinna naruszać typu tych urządzeń, tak więc czyniąc wykonawcę odpowiedzialnym za certyfikację, Zamawiający czyni go odpowiedzialnym również za adaptację. Jednocześnie w punkcie 4.3.11. lit. gg Zamawiający stwierdza jednoznacznie, że zmiana będzie konieczna w urządzeniach SRK warstwy podstawowej poprzez nałożenie
na wykonawcę obowiązku „przeprowadzenia wyceny i oceny ryzyka dla przeprowadzonej zmiany technicznej w istniejącym systemie sterowania ruchem kolejowym wynikającej
z implementacji interfejsu w urządzeniach SRK i dSAT". Postanowienie to nie jest warunkowane w żaden sposób, co wskazuje, że taka ocena jest konieczna
do przeprowadzenia.
11. Odwołujący podniósł, że istniejące urządzenia SRK i dSAT nie są przystosowane
do współpracy z systemami ERTMS/ETCS – wbrew twierdzeniom Zamawiającego podnoszonym w toku postępowania

odwoławczego o sygnaturze KIO 2387/23 dotyczącym niniejszego zamówienia. Świadczy o tym redakcja wprowadzonej zmiany w punkcie 4.3.11
lit. ff) PFU. W przypadku, w którym takie przystosowanie do współpracy między urządzeniami istniałoby, oznaczałoby to że Zamawiający posiada „dopuszczony" i zaimplementowany typ interfejsu do współpracy z ERTMS/ETCS bez warstwy aplikacyjnej (SA) w ramach dopuszczonego typu. W takim wypadku Zamawiający musiałby pozyskać jedynie opinię od właściwej jednostki potwierdzającą, że zaimplementowany interfejs jest zgodny z dopuszczonym typem interfejsu.
12. Zamawiający czyniąc odpowiedzialnym wykonawcę za dopuszczenie interfejsu po stronie istniejących urządzeń SRK, czyni wykonawcę odpowiedzialnym za dostosowanie istniejących urządzeń do współpracy z systemami ERTMS/ETCS.
13. Ponadto, w poprzednim postępowaniu na zaprojektowanie i zabudowę systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii kolejowej nr 8 (unieważnionym z uwagi na przekroczenie budżetu zamawiającego przez najkorzystniejszą ofertę) Zamawiający potwierdził w sprostowaniu do odpowiedzi nr 243, że urządzenia SRK warstwy podstawowej nie są dostosowane do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 zgodnie ze specyfikacjami warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica. Dowód pismo Zamawiającego z 22 października 2021 r. – wyjaśnienia do Specyfikacji Warunków Zamówienia w postępowaniu na „Zaprojektowanie i zabudowę systemu ERTMS/ETCS na linii kolejowej nr 7 w ramach projektu POIiŚ 5.1 -10 Prace na linii kolejowej nr 8, odcinek Warka – Radom (LOT C,D,E) nr postępowania 9090/IREZA1/10303/02941/21/P – na okoliczność potwierdzającą brak dostosowania urządzeń SRK warstwy podstawowej do współpracy z systemem ERTMS/ETVS poziom 2 zgodnie ze specyfikacjami warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica.
14. W zakresie prac przedmiotowego przetargu dla linii kolejowej nr 8 na odcinku Warszawa – Radom jest powiązanie urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 tj. komputera RBC dla LCS Okęcie obejmującego 4 systemy zależnościowe typu ESTW (warstwa podstawowa) oraz komputera RBC dla LCS Radom obejmującego 6 systemów zależnościowych typu ESTW (warstwa podstawowa) (załącznik nr 4 do PFU "Specyfikacja interfejsu CBI-CBR"). Wymagana jest również obsługa granic wjazd/wyjazd do ERTMS/ETCS poziom 2 na posterunkach: al. Jerozolimskie, Okęcie, Czachówek Płd, Radom Wschodni, Radom Główny. Zgodnie z informacją przekazaną nam przez jednego z wykonawców urządzeń warstwy podstawowej w ramach innego zadania realizowanego dla PKP PLK rozwiązanie techniczne w urządzeniach ESTW warstwy podstawowej implementowane dotychczas na sieci PKP PLK w ramach zabudowy systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na jednej z głównych linii kolejowych przy wykorzystaniu specyfikacji warstwy aplikacyjnej interfejsu RBC – nastawnica umożliwia jedynie współpracę istniejącego interfejsu pomiędzy dwoma systemami zależnościowymi typu ESTW do RBC innego producenta. Dodatkowo rozwiązanie techniczne urządzeń SRK warstwy podstawowej ESTW nie obejmuje obsługi granic wjazd/wyjazd do ERTMS/ETCS poziom 2 z RBC innego Producenta przy wykorzystaniu specyfikacji warstwy aplikacyjnej intefejsu RBC – nastawnica.
15. Według wyżej wymienionego wykonawcy urządzeń SRK przygotowanie oferty podwykonawczej w zakresie dostosowania urządzeń warstwy podstawowej, których producentem jest wyżej wymieniona spółka do współpracy z systemem ETCS produkcji Alstom (RBC) nie jest aktualnie możliwe ze względów technicznych, jak i organizacyjnych. Ewentualnie rozszerzenie rozwiązania technicznego byłoby możliwe do wykonania, ale wiązałoby się z przeprowadzeniem odpowiednich prac rozwojowych, programistycznych i inżynierii bezpieczeństwa, co skutkowałoby znacznym kosztem i niewspółmiernym wydłużeniem czasu realizacji całego projektu. Tym samym, podkreślany przez Zamawiającego, wymóg ewentualnej współpracy na warunkach rynkowych pomiędzy wykonawcą a producentem urządzeń obarczony jest bardzo wysokim ryzykiem nieustalenia takich warunków między dwoma podmiotami niezależnymi od Zamawiającego, co może mieć kluczowe znaczenie dla należytego wykonania zamówienia, w szczególności przez podmiot niebędący producentem urządzeń warstwy podstawowej. Za wysoce prawdopodobne należałoby uznać, że analogiczna sytuacja miałaby miejsce także w przypadku realizacji zamówienia na podstawie postępowania, którego dotyczy odwołanie – niezależnie od okoliczności który z podmiotów trzecich jest wykonawcą urządzeń SRK warstwy podstawowej. Odwołujący wskazuje, że ewentualne ryzyko braku współpracy pomiędzy wykonawcą systemu ERTMS/ETCS a wykonawcą urządzeń warstwy podstawowej rzutuje na terminy wykonania zamówienia, sytuację majątkową wykonawcy – w tym konieczność uwzględnienia niedochowania terminów wskazanych przez Zamawiającego, a tym samym poniesienia odpowiedzialności za nienależytą realizację zamówienia – de facto z przyczyn,

na które wykonawca nie powinien ponosić odpowiedzialności. Bowiem do obowiązków Zamawiającego należy zapewnienie odpowiednich warunków realizacji zamówienia,
w niniejszym postępowaniu zapewnienie dostosowania urządzeń SRK warstwy podstawowej
do systemów ERTMS/ETCS. Dowód: pismo wykonawcy urządzeń SRK warstwy podstawowej do Odwołującego dotyczące realizacji zabudowy systemu ERTMS/ETCS na jednej z linii kolejowych znajdujących się w zarządzie PKP PLK – na okoliczność uprzywilejowania przez Zamawiającego jednego z potencjalnych wykonawców w nieuzasadniony sposób wskazany
w niniejszym odwołaniu, a także na okoliczność przerzucenia na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający oraz na okoliczność nienależytego przygotowania postępowania. Jednocześnie Odwołujący zastrzegł, iż wyżej wymieniony dowód stanowić może tajemnicę przedsiębiorstwa podmiotu trzeciego będącego wykonawcą urządzeń SRK warstwy podstawowej. Z tego też względu wskazane wyżej pismo zostanie przedstawione Izbie oraz Zamawiającemu w toku rozprawy.
16. W świetle powyższego, Odwołujący wskazał, że nałożenie takiego obowiązku
na wykonawcę zamówienia objętego postępowaniem, mimo iż wdrożenie wskazanych
3 protokołów, w zakresie warstwy podstawowej, może być bezpośrednio zrealizowane wyłącznie przez konkretnego producenta – wykonawcę zadania dotyczącego realizacji warstwy podstawowej sterowania ruchem kolejowym, powoduje uprzywilejowanie
w postępowaniu tegoż właśnie podmiotu. Przy aktualnym brzmieniu opisu przedmiotu zamówienia każdy bowiem inny wykonawca zainteresowany ubieganiem się o udzielenie zamówienia będzie musiał, w celu przygotowania i skalkulowania swojej oferty
w postępowaniu, wpierw zwrócić się do wykonawcy warstwy podstawowej o przedstawienie jego oferty współpracy w zakresie zrealizowania wyżej wymienionych 3 protokołów
oraz uwzględnić takie warunki w swojej własnej ofercie w postępowaniu, czego z kolei nie będzie musiał czynić wykonawca warstwy podstawowej. Zamawiający nie przewidział przy tym w postępowaniu w wyżej wymienionym zakresie żadnych środków, które zapewniłyby równą konkurencję pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. Odwołujący również wskazał, że wykonawca warstwy podstawowej również posiada rozwiązania nakładki ERTMS/ETCS i z pewnością zainteresowany jest również postępowaniem.
17. Powyższe okoliczności w oczywisty sposób stawiają producenta urządzeń SRK
w uprzywilejowanej pozycji, gdyż wyłącznie on jest w posiadaniu niezbędnego know-how
oraz praw własności intelektualnej do dostosowania urządzeń warstwy podstawowej celem umożliwienia współpracy z systemem ERTMS/ETCS.
18. Opisane działania Zamawiającego wiążą się w związku z powyższym z ograniczeniem kręgu potencjalnych wykonawców oraz nieuzasadnionego faworyzowania jednego podmiotu
i tym samym do dyskryminowania innych wykonawców i producentów, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 4 PZP, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców
lub produktów. Jak przykładowo wskazano w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia
3 lipca 2017 r. (sygn. akt: KIOKD 36/17): „dla przyjęcia naruszenia prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia jest już sama możliwość wystąpienia potencjalnego ograniczenie konkurencji w postępowaniu. Opis przedmiotu zamówienia ograniczający możliwość złożenia ofert przez wszystkich wykonawców mogących to zamówienie wykonać, a który nie jest podyktowany racjonalnymi i obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, jednoznacznie narusza prawo. Z art. 29 ust. 1 i 2 PZP [obecnie art. 99 ust. 1 i 4 PZP - przyp. aut.] należy wywieść zatem zasadę neutralności opisu przedmiotu zamówienia, który powinien być dokonany w taki sposób, że charakterystyka wymagań Zamawiającego jest tak samo czytelna i zrozumiała dla wszystkich wykonawców i nie pozycjonuje ich szans na uzyskanie zamówienia". Jak wskazano z kolei w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 sierpnia 2020 r. (sygn. akt: KIO 1694/20): „Zamawiający ma pełne prawo tak opisać przedmiot zamówienia, aby zapewnić jak najlepszą realizację swoich potrzeb. Nie jest to jednak prawo nieograniczone. Swoboda Zamawiającego w tym zakresie nie może bowiem w sposób nieuzasadniony zawężać kręgu wykonawców, którzy mogą wykonać przedmiot zamówienia. Zatem oceniając opis przedmiotu zamówienia pod kątem zgodności z art. 29 ust. 2 PZP [obecnie art. 99 ust. 4 PZP – przyp. aut.] należy ustalić, czemu służą jego poszczególne elementy - czy są one uzasadnione istotą i celem zamówienia, czy też, nie służąc żadnym obiektywnie uzasadnionym potrzebom, zawężają krąg wykonawców mogących zamówienie wykonać.". Mając na uwadze powyższe, przytoczone postanowienia SWZ należy uznać
za niezgodne z art. 99 ust. 1, 2 i 4 PZP oraz art. 103 ust. 2 i 3 PZP określającymi zakres obowiązków spoczywających na

Zamawiającym w zakresie należytego opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu, jak również naruszające wyrażone w art. 16 PZP wymogi dotyczące przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

19. Redakcja wprowadzonych zmian do SWZ wskazuje, zdaniem Odwołującego, że wykonawca zadania objętego postępowaniem odpowiedzialny będzie za zapewnienie powiązania i integracji urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej zgodnie z 3 protokołami. Wykonawca będzie zatem odpowiedzialny za efekt końcowy w postaci wdrożenia działającego systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na modernizowanej linii kolejowej. Pomimo jednak podkreślenia takiej odpowiedzialności Wykonawcy, Zamawiający jednocześnie zaniechał jednoznacznego opisania stanu linii kolejowej, na której prace prowadzić będzie miał wykonawca, w szczególności co do stanu urządzeń SRK warstwy podstawowej, z którymi wykonawca dokonywać będzie miał wymaganego powiązania i integracji. Zamawiający odmówił bowiem jednoznacznego określenia, czy urządzenia te są już do takiej współpracy dostosowane bądź dostosowane będą (co – jak wyjaśniono powyżej – determinuje możliwość wykonania niniejszego zamówienia przez wykonawcę), a jeśli tak: kiedy to nastąpi, w szczególności czy nastąpi to w terminie umożliwiającym wykonawcy wywiązanie się z ciążących na nim zobowiązań w terminach narzuconych w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego.

Z treści zmodyfikowanego SWZ można natomiast wręcz interpretować w ten sposób, iż Zamawiający w ogóle nie przewiduje dokonania przezeń dostosowania urządzeń SRK warstwy podstawowej do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2, a mimo to oczekuje od wykonawcy niniejszego zamówienia, iż ten wdroży działający system ERTMS/ETCS poziom 2, współpracujący z tymi urządzeniami SRK, i obciąża wykonawcę ryzykami wynikającymi z tego tytułu (w tym ryzykiem terminowej realizacji zamówienia i sankcjami z tytułu kar umownych za niedotrzymanie tego terminu).

20. Wskutek dokonanych przez Zamawiającego zmian treści SWZ, Zamawiający nie dopełnił spoczywającego na nim obowiązku jednoznacznego określenia, jaki konkretnie zakres prac i czynności wykonawcy mają uwzględnić (a w konsekwencji również wycenić) w swoich ofertach, tj. czy mają uwzględniać konieczność dokonywania modernizacji urządzeń SRK warstwy podstawowej oraz w jakim zakresie. Ewentualnie złożone w postępowaniu oferty obarczone będą zatem wadą w postaci ich nieporównywalności, bowiem w świetle zmodyfikowanej treści SWZ i opisanych niejednoznaczności, każdy z wykonawców może poczynić w tym zakresie odmienne założenia.

21. Tym samym, Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia oraz stanu linii kolejowej, na której wykonana ma zostać zabudowa systemu ERTMS/ETCS w sposób zgodny z powołanymi wyżej przepisami prawa, zgodnie z którymi to na Zamawiającym spoczywa obowiązek precyzyjnego i wyczerpującego przedstawienia wykonawcom informacji na temat zakresu zamówienia i jego uwarunkowań, na potrzeby sporządzenia (w tym kalkulacji) ofert. W szczególności, stosownie do powołanych regulacji prawnych Zamawiający zobowiązany jest przedstawić w PFU aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia (a zatem również wiążący Zamawiającego wobec wykonawców, stan linii kolejowej, na jakiej ma zostać zrealizowane zamówienie, oraz założenia, jakie wykonawcy mają przyjąć w tym względzie) czy dodatkowe wytyczne inwestorskie i uwarunkowania związane z budową i jej przeprowadzeniem.

22. Ponadto, Zamawiający przeniósł również na wykonawcę zamówienia objętego postępowaniem w sposób nieuzasadniony ryzyka związane z realizacją zamówienia, niedostosowane do określonych przez Zamawiającego uwarunkowań realizacji zamówienia, a za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, co czyni postanowienia takie również niedopuszczalnymi na gruncie art. 433 pkt 3 PZP. W przypadku, w którym wykonawca odpowiadać miałby za efekt końcowy w postaci zapewnienia funkcjonowania systemu ERTMS/ETCS poziom 2, a przy tym poza zakresem jego obowiązków leżałoby wykonanie dostosowania urządzeń SRK do współpracy z systemem ERTMS/ETCS, wykonawca odpowiadać miałby (tak terminowo, jak i finansowo) za okoliczności odeń niezależne, a leżące wyłącznie w gestii Zamawiającego. Zamawiający nie przewidział przy tym w opisywanym przypadku uprawnień dla wykonawcy do dochodzenia np. zmiany terminu realizacji zamówienia czy zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku, w którym Zamawiający nie wywiązałby się z obowiązków co do przekazania wykonawcy na potrzeby realizacji zamówienia linii kolejowej w stanie umożliwiającym wykonanie „nakładki" systemu ERTMS/ETCS poziom 2. Ponadto Zamawiający nie uwzględnił okoliczności, że zarówno same urządzenia, jak i oprogramowanie znajdujące się w ich wyposażeniu podlegają ochronie prawnoautorskiej. W związku z powyższym, obowiązkiem Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu było zapewnienie każdemu z wykonawców odpowiednich licencji w odniesieniu do wszelkich kodów źródłowych, danych dotyczących urządzeń SRK warstwy podstawowej, tak aby wykonawca mógł wykonać zamówienie w sposób nienaruszający własności intelektualnej podmiotu trzeciego. Powyższa okoliczność powoduje w oczywisty sposób

nieuzasadnione uprzywilejowanie dostawy urządzeń warstwy podstawowej względem innych wykonawców, gdyż ci ostatni są faktycznie „zmuszeni" do uzyskania odpowiednich praw umożliwiających ingerencję w urządzenia warstwy podstawowej, co znacząco wpływa na konkurencyjność ofert, ich cenę oraz faktyczną możliwość złożenia oferty przez innego wykonawcę. Powyższe ograniczenia należy uznać za rażąco sprzeczne z PZP, tym bardziej, że w przedmiotowym postępowaniu cena jest jedynym kryterium oceny ofert.

23. W konsekwencji, w świetle przytoczonych przepisów oraz mając na uwadze wynikający
z art. 99 ust. 1 i 2 PZP obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia oraz obowiązku powiązania określonych przez Zamawiającego cech robót budowlanych z przedmiotem zamówienia i ich proporcjonalności do jego wartości i celów,
jak również wynikającą z art. 16 pkt 3 PZP zasadę proporcjonalności, bezpodstawnym jest obciążanie wykonawcy obowiązkami oraz ryzykami wynikającymi z braku należytego przygotowania przez Zamawiającego urządzeń SRK warstwy podstawowej do współpracy
z systemem ERTMS/ETCS poziom 2.

24. Mając powyższe na uwadze, przedstawiony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wymagań przewidzianych w powołanych przepisach PZP, Rozporządzenia i Kodeksu cywilnego, zaś Zamawiający przerzuca na wykonawcę ryzyko
i odpowiedzialność za sytuacje nieleżące w gestii wykonawcy. Tym samym, Zamawiający
w powyższym zakresie nadużył również swojej pozycji dominującej jako autora dokumentacji postępowania.

W dniu 15 września 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie zarzutów odwołania w całości jako bezpodstawnych, obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą, przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w piśmie, na wskazane w nim okoliczności.

W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podał w szczególności:

Przygotowując opis przedmiotu zamówienia Zamawiający wykazał się należytą starannością, uwzględniając przepisy ustawy Pzp oraz uzasadnione i obiektywne potrzeby Zamawiającego wynikające z konieczności zapewnienia prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z powyższym w uzasadnionych przypadkach zamawiający może zmienić treść SWZ w każdym momencie przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający dokonał modyfikacji treści SWZ z własnej inicjatywy gdyż podczas wniesionych poprzednio odwołań
w niniejszym postępowaniu, spostrzegł, że postanowienia SWZ nie odpowiadają w pełni jego zamierzeniom (nie oddają jego woli w sposób dostatecznie zrozumiały). Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że wprowadzone zmiany nie zmieniają charakteru zamówienia.

Powyższe potwierdza uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2021 r.,
sygn. akt. KIO KIO/KU 23/21.

Podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 maja 2013 r, sygn. akt. KIO 898/13.

Zamawiający wskazał również, że dla wykazania możliwości naruszenia konkurencji nie jest wystarczające samo podniesienie, iż dla Odwołującego dane warunki realizacji zamówienia są niewygodne lub nawet nie do przyjęcia. Fakt, że na rynku występują wykonawcy, którzy tak opisanego przedmiotu zamówienia nie mogą wykonać lub dla których jego realizacja jest utrudniona, niewygodna czy nieopłacalna, nie przesądza wcale o możliwości powstania naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia takiego naruszenia niezbędne jest przedstawienie i ocena, co najmniej kilku okoliczności związanych z danym zamówieniem,
w szczególności takich jak kształt i specyfika rynku, którego zamówienie dotyczy, rodzaj
i charakter danego ograniczenia konkurencji oraz jego skutki dla potencjalnych wykonawców, a z drugiej strony waga potrzeb Zamawiającego, których realizacji takie ograniczenie służy.

Przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 marca 2023 r. sygn. akt. KIO 704/23.

Zamawiający poinformował, że system ETCS poziom 2 będący przedmiotem niniejszego postępowania jest systemem kontroli jazdy pociągu zgodnym ze standardem europejskim zdefiniowanym w Technicznej Specyfikacji Interoperacyjności w zakresie podsystemów „Sterowanie" („TSI CCS") stanowiącej załącznik do rozporządzenia Komisji (UE) 2016/919
z dnia 27 maja 2016 r. w sprawie technicznej specyfikacji interoperacyjności w zakresie podsystemów „Sterowanie" systemu kolei w Unii Europejskiej (Dz.U.UE.L.2016.158.1 z dnia 2016.06.15). Wymóg jego instalacji na liniach kolejowych w Polsce wynika bezpośrednio
z przepisów unijnych celem zapewnienia jednolitego systemu sygnalizacji w skali Unii Europejskiej (tzw. interoperacyjności), poprawy bezpieczeństwa ruchu kolejowego
oraz poprawy osiągów eksploatacyjnych.

System ETCS nie może jednak funkcjonować samodzielnie, a informacje niezbędne do zapewnienia właściwego działania, określonego w PFU wymagają zapewnienia współpracy z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym tzw. warstwy podstawowej, urządzeniami zabezpieczenia ruchu na przejazdach kolejowo-drogowych, urządzeniami detekcji stanów awaryjnych taboru (dSAT) oraz centrum utrzymania i diagnostyki (CUiD), które obecnie są zabudowane na odcinku linii objętej przedmiotowym zamówieniem. Celem zapewnienia współpracy systemu ETCS poziom 2 będącego przedmiotem niniejszego zamówienia niezbędne jest zapewnienie tzw. powiązania (w tym interfejsu) pomiędzy systemem ETCS poziom 2 a ww. urządzeniami.

Odwołujący odnosząc się do treści wprowadzonych przez Zamawiającego zmian w zakresie pkt. 4.3.11 lit. bb) wskazał, że „jednoznacznie wynika obowiązek wykonania (implementacji) interfejsu do urządzeń SRK warstwy podstawowej i zdaniem Odwołującego postanowienie to nie powinno być odczytywane w inny sposób, tym bardziej, że pozostałe nowo wprowadzone postanowienia potwierdzają ww. interpretacje. Dodatkowo należy wskazać, że nałożenie przez Zamawiającego obowiązku uzyskania przez wykonawcę wszelkich niezbędnych danych „własnym sumptem" wskazuje na brak przygotowania ze strony Zamawiającego odpowiednich warunków do wykonania zamówienia przez wykonawców niebędących producentami urządzeń SRK warstwy podstawowej. Odwołujący wskazuje, że pozyskanie odpowiednich uprawnień jest potencjalnie bardzo kosztownym procesem w porównaniu do szacowanej wartości wykonania całego zamówienia, co znacząco wpływa na konkurencyjność ofert oraz przejrzystość postępowania.".

W odniesieniu do powyższego Zamawiający poinformował, że wymagania te zostały zawarte w PFU przed wprowadzeniem modyfikacji, wobec powyższego twierdzenia należy w tym zakresie uznać za spóźnione.

Powyższe wymaganie zostało zawarte, w PFU w punkcie 4.3.1, ppkt 8, o następującej treści: 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".

Należy przy tym, zdaniem Zamawiającego, odnieść się do twierdzenia Odwołującego, który podkreśla różnicę pomiędzy „powiązaniem i integracją" a „wykonaniem interfejsu". Zamawiający zwrócił uwagę, że pojęcie „powiązania" jest pojęciem szerszym i zawiera w sobie interfejs. W związku z powyższym poprzez zawarcie w PFU wymogu „powiązania i integracji" Zamawiający oczekuje przeprowadzenia wszelkich niezbędnych prac, w tym interfejsów umożliwiających współpracę urządzeń systemu ETCS poziom 2 z urządzeniami SRK warstwy podstawowej.

Obecnie trudno znaleźć w regulacjach prawnych definicji pojęć „powiązania" oraz „interfejsu" w urządzeniach sterowania ruchem kolejowym. Dlatego Zamawiający przywołał artykuł autorstwa Wydziału Transportu Politechniki Warszawskiej zamieszczony w czasopiśmie popularno-naukowym „Logistyka" wydanie 4/2015 pt. „Powiązania krajowych urządzeń SRK warstwy podstawowej i ETCS" (załącznik nr 4), w którym autorzy przedstawiają definicję „powiązania" i „interfejsu", które brzmią następująco: Interfejs – jest to układ wejść i wyjść danego urządzenia (systemu, podsystemu) wraz z sygnałami przez nie przesyłanymi oraz odpowiadającą im logiką i sekwencjami działania urządzenia, umożliwiający łączenie i współpracę pomiędzy tym urządzeniem a innymi urządzeniami. Powiązanie - jest to układ połączeń wykorzystujący interfejsy urządzeń, mogący zawierać dodatkowe elementy, który umożliwia łączenie i współpracę pomiędzy urządzeniami połączonymi za jego pośrednictwem. Współpraca rozumiana jest jako przenoszenie energii i/lub sygnałów o określonej postaci. Ponadto, w ww. artykule stwierdza się, że: „…powiązanie jest pojęciem szerszym, obejmującym zawsze interfejsy łączonych urządzeń".

Dowód: Wyciąg z artykułu Wydziału Transportu Politechniki Warszawskiej pt. „Powiązania krajowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym i ETCS".

Tak więc wymóg zawarty w bazowej treści PFU dotyczący powiązania i integracji urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej zawiera w sobie interfejsy. Wyżej przywołane zapisy PFU zawierające wymóg dokonania powiązania urządzeń były już przedmiotem wcześniejszego odwołania o sygn. akt KIO 2383/23, KIO 2387/23, gdzie Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzuty Odwołującego w tym zakresie.

W odniesieniu do wymogu wykonawca jest zobowiązany do wykonania interfejsów do urządzeń przejazdowych i dSAT. Powyższe wymaganie zostało zawarte w punkcie 3.3.2.1, ppkt 1, lit a) PFU (załącznik nr 5), o treści: Wykonawca opracuje koncepcję projektową (koncepcję wyposażenia linii), opisującą proponowane rozwiązania techniczne uwzględniające wieloetapowość niniejszego zadania. Koncepcja zawierać będzie, co najmniej opis: f) powiązania systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami zabezpieczenia ruchu

na przejazdach kolejowo-drogowych, g) powiązania systemu ERTMS/ETCS poziom 2
z urządzeniami dSAT, h) powiązania systemu ERTMS/ETCS poziomu 2 z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym.
W dalszej części SWZ to jest Tom IV Rozbicie Ceny Ofertowej („RCO"), Zamawiający odpowiednio w części 3 Tabel
Roboty budowlane ERTMS/ETCS poziom 2, poz. 3.5 wymaga: „Powiązanie urządzeń ETCS z urządzeniami SRI
warstwy podstawowej, CUiD i dSAT", natomiast w poz. 4.2 Tabeli „Testy funkcjonalno-integracyjne z urządzeniami SRK",
nałożył wręcz obowiązek powiązania istniejących urządzeń SRK (sterowania ruchem kolejowym)
oraz dSAT (detekcji stanu awaryjnych taboru) z urządzeniami ERTMS/ETCS poziom 2. Przy czym dla potwierdzenia poprawności działania powyższego powiązania, również przewidział dokonanie testów funkcjonalno-integracyjnych z urządzeniami SRK z urządzeniami ERTMS/ETCS Poziom 2.
Zamawiający wskazał, że powyższe wymagania wskazane w dokumentacji niniejszego postępowania nie były zakwestionowane przez wykonawców i nie stanowiły zarzutów odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.
Dodatkowo wymóg powiązania urządzeń systemu ETCS z urządzeniami SRK w tym przypadku ssp (samoczynny system przejazdowy), został również przewidziany w SWZ Tom III w pkt. 4.3.9 ppkt. 10 Wymagania dla urządzeń zewnętrznych, zgodnie z którym:
„w przypadku powiązania urządzeń systemu ETCS z urządzeniami zabezpieczenia ruchu
na przejazdach kolejowo-drogowych i przejściach wyposażonych w Top z wykorzystaniem koderów LEU i balis, grupy balis, składające się z balisy przełączalnej i nieprzełączalnej zabudowane zostaną przed Tarczami Ostrzegawczymi Przejazdowymi. Szczegółowa konfiguracja powiązania urządzeń zabezpieczenia ruchu na przejazdach kolejowych
z urządzeniami systemu ERTMS/ETCS zostanie przedstawiona przez Wykonawcę w ramach opracowania Koncepcji wyposażenia linii. Zaproponowane w koncepcji rozwiązanie techniczne musi umożliwiać przejazd pojazdu jadącego pod nadzorem systemu ETCS obok tarczy ostrzegawczej przejazdowej wskazującej sygnał Osp 2 z maksymalną dozwoloną prędkością.".
Ponadto konieczność powiązania systemu ETCS poziom 2 z urządzeniami zabezpieczenia ruchu kolejowego na przejazdach kolejowo-drogowych oraz urządzeniami dSAT wynika
z wymagań funkcjonalnych określonych w dokumencie stanowiącym załącznik nr 7 do PFU pn.: Scenariusze operacyjne – wymagania eksploatacyjne dla systemu ETCS poziomu 2 zgodnego z wzorcem 3 wydanie 2 (SRS 3.6.0).
Wyżej wymieniony dokument definiuje wymaganą funkcjonalność systemu ETCS poziom 2
z uwzględnieniem współpracy z innymi systemami, w tym z urządzeniami zabezpieczenia ruchu na przejazdach kolejowo-drogowych (urządzenia przejazdowe) i urządzeniami dSAT. Dowód: Wyciąg z dokumentu pn.: Scenariusze operacyjne – wymagania eksploatacyjne dla systemu ETCS poziomu 2 zgodnego z wzorcem 3 wydanie 2 (SRS 3.6.0) – wymagania funkcjonalne dla współpracy z urządzeniami zabezpieczenia ruchu na przejazdach kolejowo-drogowych; Wyciąg z dokumentu pn.: Scenariusze operacyjne – wymagania eksploatacyjne dla systemu ETCS poziomu 2 zgodnego z wzorcem 3 wydanie 2 (SRS 3.6.0) – wymagania funkcjonalne dla współpracy z urządzeniami detekcji stanów awaryjnych taboru (dSAT).
Zapewnienie funkcjonalności określonej w wyżej wymienionych Scenariuszach Operacyjnych wymaga dokonania powiązania (w tym implementacji interfejsów) urządzeń systemu ETCS poziom 2 z urządzeniami przejazdowymi i dSAT.
Powyższa argumentacja jednoznacznie wskazuje, że zarzut w zakresie punktu 4.3.11
lit. bb) PFU należy uznać za spóźniony, gdyż jak to zostało wykazane powyżej to wymaganie zostało już wskazane w pierwotnej treści SWZ.
Nawet jeżeli można uznać, że jest inaczej (co Zamawiający kwestionuje) to należy podkreślić, że nie jest to wymaganie nadmiarowe, niemożliwe do wykonania, które Odwołujący może skutecznie kwestionować.
Ponadto Zamawiający podkreślił, że taki sposób opisu przedmiotu zamówienia zawierający wymóg zapewnienia współpracy z urządzeniami przejazdowymi i dSAT i realizowany
w obecnej formule był stosowany niejednokrotnie podczas realizowanych zadań związanych z zabudową systemu ETCS poziom 2 i dotychczas nie budził wątpliwości a także nie był przedmiotem odwołania. Przykładowo Zamawiający wskazał na poniższe umowy, będące
w trakcie realizacji : 1) Wdrożenie systemu ERTMS/ETCS poziom 2, wraz z budową LCS oraz samoczynnej blokady liniowej, na odcinku linii kolejowej nr 4, Korytów – Zawiercie (załącznik nr 8), 2) Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E20 Kunowice
– Terespol (z wyłączeniem węzła warszawskiego) (załącznik nr 9), 3) „Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E30 odcinek Podłęże - Rzeszów" (załącznik nr 10),
4) Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E59 odcinek Wrocław - Poznań
w ramach projektu Zabudowa systemy ERTMS/ETCS na liniach sieci bazowej TEN-T (załącznik nr 11), 5) „Projekt zabudowa systemu ERTMS/ETCS na linii E75 na odcinku Warszawa Rembertów – Białystok" w ramach projektów CEF "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” (załącznik nr 12),
6) Roboty budowlane na linii 227/249 i stacji Gdańsk Zaspa Towarowa oraz linii 722 w ramach Projektu". Poprawa infrastruktury kolejowego dostępu do Portu Gdańsk" (załącznik nr 13),
7) Zabudowa systemu ERTMS/ETCS na linii 278 Węgliniec Zgorzelec w ramach projektu Zabudowa ERTMS/ETCS r liniach sieci bazowej TEN-T (załącznik nr 14).
W odniesieniu do kwestii wymagania zawartego w PFU, punkt 4.3.11, lit. dd), o treści:
dd) zaoferowane przez Wykonawcę urządzenia systemu ERTMS/ETCS nie mogą naruszać właściwości funkcjonalnych i konstrukcyjnych urządzeń SRK i dSAT, z którymi będą współpracować. W przeciwnym razie Wykonawca we własnym zakresie i na własny koszt uzyska wymagane świadectwa i dopuszczenia do eksploatacji dla urządzeń SRK i dSAT, w których dokonał zmian, wymaganych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa,
Zamawiający wyjaśnił, że wyżej wymienione wymaganie nie stanowi sugestii,
że implementacja interfejsów po stronie urządzeń SRK i dSAT z systemem ERTMS/ETCS może naruszyć właściwośc tych urządzeń, a kierowana jest troską o zapewnienie takiej implementacji ich powiązania z urządzeniami systemu ETCS, żeby nie naruszyć ich konstrukcji na tyle, żeby miało to wpływ na cechy typu urządzenia określonego w świadectwie dopuszczenia typu do eksploatacji, a w konsekwencji zapewnienia bezpiecznego prowadzenia ruchu kolejowego z ich wykorzystaniem.
W odniesieniu do kwestii przystosowania istniejących systemów SRK i dSAT
do współpracy Zamawiający podkreślił, że: 1) urządzenia dSAT współpracują z systemem ETCS poziom 2. Na sieci zarządzanej przez PLK S.A. funkcjonują urządzenia dSAT tylko jednego dostawcy. Urządzenia te współpracują poprawnie z urządzeniami systemu ETCS poziom 2 na już zrealizowanych projektach zabudowy tego systemu w ramach następujących zadań: I. "Modernizacja linii kolejowej E30, etap II. Pilotażowe wdrożenie ERTMS w Polsce
na odcinku Legnica - Węgliniec - Bielawa Dolna – w części ETCS II", II. „Projekt, budowa
i wdrożenie systemu ERTMS na odcinku linii kolejowej E30 Legnica – Wrocław – Opole oraz opracowanie rezultatów studium wykonalności i sporządzenie załączników do wniosku
o dofinansowanie”, III. „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”; 2) w odniesieniu do kwestii wykonania interfejsów do urządzeń przejazdowych Zamawiający poinformował, że taki interfejs stanowi część urządzeń systemu ETCS tzw. koderów LEU. Potwierdza się w treści przywołanego wcześniej artykułu autorstwa Wydziału Transportu Politechniki Warszawskiej, zgodnie
z którym: I. ”Interfejs ten opracowuje konstruktor kodera LEU biorąc pod uwagę rozwiązania konstrukcyjne urządzeń warstwy podstawowej”; 3) urządzenia SRK są przystosowane
do współpracy z systemem ETCS poziom 2 zgodnie z protokołem Euroradio+/Subset098. Zapewnienie takiego przystosowania do współpracy zostało zrealizowane w ramach postępowania na zabudowę urządzeń SRK warstwy podstawowej na tej linii 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”. Dowód: Wyciąg z PFU dla zadania: „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”.
Ponadto w odniesieniu do kwestii posiadania przez Zamawiającego „dopuszczonego”
i zaimplementowanego typu interfejsu do współpracy z systemem ETCS w ramach dopuszczonego typu urządzeń (odniesienie w odwołaniu do punktu 4.3.11, lit. ff) stwierdził,
że z zgodnie z § 7 pkt 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 13 maja
2014 r. w sprawie dopuszczania do eksploatacji określonych rodzajów budowli urządzeń
i pojazdów kolejowych interfejsy nie są wymienione jako urządzenie, na które wydawane jest świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu. Ponadto w tym miejscu podkreślił, że zgodnie zapisami § 13 ust. 1 pkt 3 wyżej wymienionego rozporządzenia: „§ 13. 1. Zakres badań technicznych dla wszystkich typów urządzeń obejmuje (…): 3) badanie interfejsów
z przewidzianymi do zabudowy urządzeniami powiązanymi, dla których wymagane jest uzyskanie świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu.”. Dowód: Wyciąg z Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 13 maja 2014 r. w sprawie dopuszczania
do eksploatacji określonych rodzajów budowli urządzeń i pojazdów kolejowych.
Powyższe zapisy oznaczają, że Zamawiający zgodnie z istniejącym prawem krajowym nie może posiadać dopuszczonego typu interfejsu, gdyż nie wydaje się świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu na takie urządzanie, jakim jest interfejs. Ponadto zgodnie powyżej przywołanymi przepisami w świadectwie dopuszczenia do eksploatacji typu

dla urządzeń sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej zainstalowanych obecnie na odcinku linii nr 8 (odcinek objęty przedmiotowym zamówieniem) nie może znajdować się informacja
o interfejsach do urządzeń ETCS poziom 2, gdyż system ETCS nie jest systemem dla którego wymagane jest uzyskanie świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu. Urządzenia ETCS poziom 2 dopuszczane są do eksploatacji na zasadzie weryfikacji na zgodność
z wymaganiami zasadniczymi określonymi w Technicznej specyfikacji interoperacyjności
w zakresie podsystemów „Sterowanie" systemu kolei w Unii Europejskiej („TSI Sterowanie"). Zgodnie z wyżej wymienioną TSI Sterowanie, pkt 6.3.4, tabela 6.3., aspekt 5 w ramach weryfikacji podsystemu przedmiotem oceny jest integracja z przytorowymi urządzeniami sterowania ruchem kolejowym, a więc interfejsy pomiędzy urządzeniami SRK warstwy podstawowej a urządzeniami systemu ETCS. Dowód: Wyciąg z Technicznej specyfikacji interoperacyjności w zakresie podsystemów „Sterowanie" systemu kolei w Unii Europejskiej.
W odniesieniu do wymagania określonego w punkcie 4.3.11. lit. gg) Zamawiający poinformował, że zgodnie z zapisami rozdział 4.8 PFU wykonawca ma obowiązek realizować proces zarządzania ryzykiem zgodnie z wymogami Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) nr 402/2013 z dnia 30 kwietnia 2013 r. w sprawie wspólnej metody oceny bezpieczeństwa w zakresie wyceny i oceny ryzyka i uchylające rozporządzenie (WE) nr 352/2009 (dalej: „Rozporządzenie nr 402/2013"), więc zapis, że wykonawca przeprowadzi wycenę i ocenę ryzyka dla przeprowadzonej zmiany technicznej w istniejącym systemie sterowania ruchem kolejowym wynikającej z implementacji interfejsu w urządzeniach SRK i dSAT, nie jest novum a jedynie podkreśleniem istotności przeprowadzenia takiej analizy.
Zgodnie z art. 3 pkt. 11 Rozporządzenia nr 402/2013 „wnioskodawca" oznacza jedno
z poniższych: a) przedsiębiorstwo kolejowe lub zarządcę infrastruktury, którzy wdrażają środki nadzoru ryzyka zgodnie z art. 4 dyrektywy 2004/49/WE; b) podmiot odpowiedzialny
za utrzymanie, który podejmuje działania zgodnie z art. 14a ust. 3 dyrektywy 2004/49/WE;
c) podmiot zamawiający lub producenta, który wzywa jednostkę notyfikowaną
do zastosowania procedury weryfikacji WE zgodnie z art. 18 ust. 1 dyrektywy 2008/57/WE lub podmiot wyznaczony zgodnie z art. 17 ust. 3 tej dyrektywy; d) podmiot składający wniosek
o zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji podsystemów strukturalnych.".
Natomiast zgodnie z art. 5 Rozporządzenia nr 402/2013: „Wnioskodawca jest odpowiedzialny za stosowanie niniejszego rozporządzenia w tym za ocenę znaczenia zmiany na podstawie kryteriów określonych w art. 4, oraz realizację procesu zarządzania ryzykiem określonego
w załączniku I. 2. Dodatkowo, przedmiotowe Rozporządzenie definiuje konieczność analizy zmiany także w aspekcie interfejsów.
W odniesieniu do systemu ETCS zarządzanie dokonywanymi zmianami w zakresie bezpieczeństwa definiuje punkt 3.2.1. TSI CCS a punkt 4.5.2. wskazuje odpowiedzialność podmiotu występującego z wnioskiem o weryfikację podsystemu, w zakresie uwzględnienia zagrożeń wynikających ze wzajemnych oddziaływań różnych składników podsystemu
oraz interfejsów z innymi podsystemami.
Zabudowa systemu ETCS poziom 2 wraz z implementacją powiązania (w tym interfejsów) przez wykonawcę jest przedmiotem zamówienia, czyli przedmiotem zmiany w istniejącym systemie kolejowym (rozumianym jako ogół infrastruktury kolejowej), dlatego też powinno zostać kompleksowo ocenione przez wykonawcę zgodnie z PFU.
Zarzut dotyczący punktu 4.3.11 lit. gg) PFU jest niezasadny, gdyż to przepisy prawa narzucają obowiązek przeprowadzenia przez producenta, wykonawcę czy wnioskodawcę oceny znaczenia zmiany. To wykonawca jako odpowiedzialny realizator zmiany na własną odpowiedzialność i kierując się własnym doświadczeniem i kompetencjami decyduje
o konieczności bądź nie w przedmiotowej ocenie uwzględniania przedstawicieli podmiotów stron trzecich związanych z daną zmianą. Takie same działania musi realizować zamawiający czy inne podmioty działające na rynku kolejowym, co wynika bezpośrednio z przepisów prawa. To tylko od danego podmiotu i przepisów prawa zależy zakres, forma i stopień szczegółowości przedmiotowych ocen.
Odnosząc się do pkt. 4.3.11. lit. hh) PFU, Zamawiający wskazał, że dotyczy wprowadzenia terminów dostarczenia dokumentów i jest ściśle powiązany z pkt. 4.3.11. lit. ff) oraz pkt. 4.3.11. lit. gg), z których wynika obowiązek dostarczenia dokumentów dotyczących bezpiecznego interfejsu urządzeń sterowania ruchem i co z tym związane, potwierdzenie przeprowadzenia analizy ryzyka. 4.3.11. lit. hh) jedynie wskazuje na termin i sposób przekazania wyżej wymienionych dokumentów. Wobec powyższego wprowadzenie tego punktu jest tylko usystematyzowaniem działań.
W dalszej części odwołania poruszane są zagadnienia, które odnoszą się do treści zawartej
w pierwotnej treści zamówienia to jest zapewnienia powiązania, które zawiera w sobie implementację interfejsu i jako takie nie mogą stanowić skutecznej podstawy faktycznej

do wniesienia odwołania.
Ponadto w dalszej części odwołania Odwołujący, w żaden sposób nie uzasadnia żądania wykreślenia postanowień pkt 4.3.1 lit ff), gg) i hh) odniesienie się do treści tych punktów
w odwołaniu służy tylko do udowodnienia głównej tezy postawionej w odwołaniu.
Należy podkreślić, że przepisy ustawy Pzp nie nakazują Zamawiającemu rezygnacji
z własnych założeń i preferencji celem dopuszczenia do udziału w postępowaniu wszystkich podmiotów działających na danym rynku. W każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dochodzi do ograniczenia konkurencji w pewnym stopniu z uwagi na opis wymagań zamawiającego, postawione warunki udziału w postępowaniu czy kryteria oceny ofert.
Zamawiający mając na uwadze swoje potrzeby, a także zobowiązania wynikające
z przepisów unijnych jest uprawniony do ich odzwierciedlenia w opisie przedmiotu zamówienia, o ile krąg wykonawców zdolnych do jego realizacji nie zostanie w sposób bezzasadny znacząco ograniczony.
Powyższa argumentacja wyraźnie potwierdza, że wymóg wskazany w pkt. 4.3.11. lit. bb), dd), ff), gg), hh) PFU jest podyktowany ważnymi względami zagwarantowania i zapewnienia współpracy, integracji i bezpieczeństwa użytkowania urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej, które Zamawiający już posiada.
Zamawiający przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2021 r., sygn. akt: 938/21.
Zamawiający wskazał, że to na Odwołującym spoczywa ciężar okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski. Potwierdza to orzecznictwo m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 sierpnia 2022 r., sygn. akt. XXIII
Zs 86/22 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 marca 2023 r., sygn. akt. KIO 674/23.
Powyższe potwierdza, że ciężar dowodu spoczywa na Odwołującym, który w żadnym stopniu nie wykazał i nie udowodnił, że czynności Zamawiającego naruszały przepisy ustawy Pzp.
Odwołujący nie udźwignął ciężaru wykazania, że sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia nastąpiło w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, 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. Wobec tego, zarzut w tym zakresie nie zasługuje zdaniem Zamawiającego na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się z przedstawionymi w toku postępowania odwoławczego dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron i przystępujących złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustaliła
i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że odwołania czynią zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym
w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, to jest odwołania nie zawierają braków formalnych oraz został uiszczony od nich wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki, określone w art. 528 ustawy Pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołań. Zatem Izba oddaliła wnioski Zamawiającego i Przystępującego po stronie zamawiającego Ground Transportation Systems Polska Sp. z o.o w przedmiocie odrzucenia odwołań, złożone tak w odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 2608/23, jak i na rozprawie w dniu 18 września 2023 r. wobec obu odwołań w rozpatrywanych połączonych sprawach
z uwagi na to, iż podstawą rozpatrzenia odwołań w sprawach KIO 2597/23 i KIO 2608/23
są zmiany dokonane w dniu 25 sierpnia 2023 r. przez Zamawiającego i że licząc od tej daty, odwołania zostały wniesione w terminie ustawowym.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazali przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, to jest posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłoszono przystąpienie, zgłosił skuteczne przystąpienie:

1)po stronie Zamawiającego w sprawie KIO 2597/23 i KIO 2608/23:

Ground Transportation Systems Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;

2)po stronie Odwołującego:

a)Alstom Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w sprawie KIO 2597/23,

b)Zakłady Automatyki Kombud S.A. z siedzibą w Radomiu w sprawie KIO 2608/23.

Izba, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 Pzp, dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, jak również dowody zawnioskowane w odwołaniach, odpowiedziach na odwołanie, a także przedstawione odpowiednio przez strony i uczestników postępowania odwoławczego drogą elektroniczną i na rozprawie w dniu 18 i 27 września 2023 r.

Izba z uwagi na nieistotność wnioskowanego w odwołaniu Zakładu Automatyki Kombud S.A. dowodu z opinii biegłego, bowiem konieczność współpracy z producentem warstwy podstawowej w wykonaniu zamówienia wynika z dotychczasowego brzmienia PFU, a obowiązki potwierdzone zmianą SWZ z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, nie dopuściła dowodu z opinii biegłego z dziedziny kolejnictwa ze specjalności sterowanie ruchem kolejowym dotyczącej okoliczności: 1) brak możliwości wprowadzenia zmiany technicznej (implementacji interfejsu) w zabudowanych urządzeniach SRK warstwy podstawowej oraz uzyskania dla tej zmiany opinii jednostki organizacyjnej upoważnionej do przeprowadzania 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, bez zaangażowania producenta tych urządzeń lub jego upoważnionego przedstawiciela; 2) brak możliwości dokonania wyceny i oceny ryzyka dla przeprowadzonej zmiany technicznej w istniejącym systemie sterowania ruchem kolejowym wynikającej z implementacji interfejsu w urządzeniach SRK warstwy podstawowej, bez zaangażowania producenta tych urządzeń lub jego upoważnionego przedstawiciela.

Odwołujący Alstom Polska S.A. na rozprawie w dniu 18 września 2023 r. wniósł o włączenie do postępowania KIO 2608/23 dowodów złożonych przez OdwołującegoZakłady Automatyki Kombud S.A. na rozprawie w dniu 18 września 2023 r. w sprawie KIO 2597/23.

Odwołujący Alstom Polska S.A. na rozprawie w dniu 27 września 2023 r. wniósł o włączenie do postępowania KIO 2608/23 dowodów złożonych przez OdwołującegoZakłady Automatyki Kombud S.A. drogą elektroniczną i w wersji papierowej na rozprawie w dniu 27 września 2023 r. w sprawie KIO 2597/23.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, to jest odwołań, odpowiedzi na odwołania, oraz stanowiska i oświadczenia stron i uczestników postępowania odwoławczego, złożone drogą elektroniczną i ustnie do protokołu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Urządzenia SRK warstwy podstawowej zostały wykonane w ramach realizacji odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. ”Zaprojektowanie i wybudowanie zintegrowanego systemu sterowania i kierowania ruchem kolejowym na odcinku Warszawa Okęcie – Radom linii nr 8 w ramach projektu POIiŚ 7.1-19.1” (zamówienie udzielone w roku 2013) i są to urządzenia produkcji Thales (obecna nazwa przedsiębiorcy: Ground Transportation Systems Polska Sp. z o.o), co jest okolicznością niesporną pomiędzy stronami i uczestnikami postępowania odwoławczego.

Typ i rodzaj urządzeń sterowania ruchem kolejowym określone zostały w Specyfikacji Warunków Zamówienia dla przetargu nieograniczonego na zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. Zaprojektowanie i zabudowa systemu ERTMS/ETCS na linii kolejowej nr 8 (LCS Warszawa Okęcie i LCS Radom) przewidzianego do realizacji w ramac Programu Fundusze Europejskie na Infrastrukturę, Klimat, Środowisko 2021-2027, (FEnIKS), dalej „SWZ”, w tomie I Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU) - dalej „PFU” (w postępowaniu o udzielenie zamówienia stanowiącym przedmiot niniejszego postępowania odwoławczego), w ppkt 2.2.2.6. Jak wskazano w tym punkcie: „Obowiązkiem Wykonawcy, przed przystąpieniem do prac projektowych, jest dokonanie inwentaryzacji urządzeń w terenie.”.

Wykonawca warstwy podstawowej - urządzeń SRK ma obowiązek współpracy z wykonawcą warstwy nadrzędnej - systemu ERTMS/ETCS, co wynika z SIWZ - Programu Funkcjonalno-Użytkowego v postępowaniu na wykonanie SRK warstwy podstawowej pn. „Zaprojektowanie i Wybudowanie Zintegrowanego Systemu Sterowania i Kierowania Ruchem Kolejowym na Odcinku Warszawa Okęcie - Radom Linii Nr 8 w ramach Projektu POIiŚ 7.1-19.1 „Modernizacja Linii Kolejowej Nr 8, Odcinek Warszawa Okęcie - Radom”, bowiem na stronie 15, tiret drugie, Zamawiający wskazał, iż: „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." (tak w wyciągu z PFU z poprzedniego postępowania na wykonanie SRK warstwy podstawowej).

W PFU, w pkt 4.3.1. ppkt 8 Zamawiający wskazał: „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"".

Zgodnie natomiast z postanowieniami 4.8 PFU: „Wykonawca ma obowiązek realizować proces zarządzania ryzykiem zgodnie z wymogami Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) nr 402/2013 z dnia 30 kwietnia 2013 r. w sprawie wspólnej metody oceny bezpieczeństwa
w zakresie wyceny i oceny ryzyka i uchylające rozporządzenie (WE) nr 352/2009 (Dz.Urz. UE L 121 z dnia 03.05.2013r., z późn. zm.).", dalej: „Rozporządzenie nr 402/2013".

W dniu 25 sierpnia 2023 r. Zamawiający opublikował zmianę treści SWZ (pismo z dnia
23 sierpnia 2023 r., znak: IREZA1.292.11.2023.h.6). W ramach tej zmiany, w ust. 13 pisma,Zamawiający wskazał: „W TOMIE III SWZ – PFU, pkt 4.3.11 Inne wymagania dodaje się nową treść: y) urządzenia systemu ETCS poziom 2 musz współpracować z urządzeniami LCS,
z) urządzenia systemu ETCS poziom 2 muszą współpracować z urządzeniami dSAT,
aa) urządzenia systemu ETCS muszą współpracować z urządzeniami przejazdowymi,
bb) wykonawca jest zobowiązany do wykonania interfejsów do urządzeń SRK, urządzeń przejazdowych i urządzeń dSAT. Wszelkie dane niezbędne do realizacji ww. interfejsów. Wykonawca zobowiązany jest uzyskać własnym sumptem.
cc) Szczegółową specyfikację, parametry techniczne i sposób zabudowy niezbędnych Interfejsów opracuje Wykonawca. Właściwości funkcjonalno – użytkowe Interfejsów powinny spełniać wymagania bezpieczeństwa SIL 4, zgodnie z normami: PN-EN 50126:2002(U), PN-EN 50128:2002(U) i PN-EN 50129:2003(U),
dd) zaoferowane przez Wykonawcę urządzenia systemu ERTMS/ETCS nie mogą naruszać właściwości funkcjonalnych i konstrukcyjnych urządzeń SRK i dSAT, z którymi będą współpracować. W przeciwnym razie Wykonawca we własnym zakresie i na własny koszt uzyska wymagane świadectwa i dopuszczenia do eksploatacji dla urządzeń SRK i dSAT,
w których dokonał zmian, wymaganych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa,
ee) za integrację urządzeń SRK, urządzeń dSAT, urządzeń CUiD z urządzeniami systemu ERTMS/ETCS poziom 2 odpowiedzialny jest Wykonawca,
ff) Wykonawca, dla zaimplementowanych interfejsów po stronie urządzeń objętych obowiązkiem posiadania świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu uzyska pozytywną opinię właściwej jednostki organizacyjnej upoważnionej do przeprowadzania 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. Ww. opinia będzie zawierała potwierdzenie, że rozwiązania zastosowane w niniejszym projekcie nie zmieniają cech typu istniejących systemów SRK
i dSAT oraz zachowują zgodność z typem określonym w świadectwach wydanych przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego,
gg) ponadto, Wykonawca przeprowadzi wycenę i ocenę ryzyka dla przeprowadzonej zmiany technicznej w istniejącym systemie sterowania ruchem kolejowym wynikającej z implementacji interfejsu w urządzeniach SRK i dSAT. Ww. ocena zostanie przeprowadzona zgodnie
z aktualnym rozporządzeniem. Raport z ww. przeprowadzonej wyceny i oceny Wykonawca przedłoży Zamawiającemu.
hh) dokumenty, o których mowa w punktach ff) i gg) zostaną dostarczone Zamawiającemu przed implementacją interfejsu.".

Powyższe potwierdza zarówno dokumentacja zamówienia, przekazana Izbie przez Zamawiającego, jak i dowód, załączony do odwołania Odwołującego Zakłady Automatyki Kombud S.A. w sprawie KIO 2597/23 – Zmiana treści SWZ z dnia 23 sierpnia 2023 r. (opublikowana w dniu 25 sierpnia 2023 r.).

Wykonawca jest zobowiązany do wykonania interfejsów do urządzeń przejazdowych
i dSAT. Powyższe wymaganie zostało zawarte w punkcie 3.3.2.1 ppkt 1 lit f-h) PFU: „Wykonawca opracuje koncepcję projektową (koncepcję wyposażenia linii) dokument", opisującą proponowane rozwiązania techniczne uwzględniające

wieloetapowość niniejszego zadania. Koncepcja zawierać będzie, co najmniej opis: f) powiązania systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami zabezpieczenia ruchu na przejazdach kolejowo-drogowych,
g) powiązania systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami dSAT, h) powiązania systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym.”.

W SWZ, tomie IV Rozbicie Ceny Ofertowej (RCO), dalej „RCO”, Zamawiający odpowiednio w tabeli w kolumnie „Opis zadania” w wierszu 3 „Roboty budowlane ERTMS/ETCS poziom 2 (suma poz. 3.1.-3.6)”, poz. 3.5 wymaga: „Powiązanie urządzeń ETCS z urządzeniami srk warstwy podstawowej, CUiD i dsat”, natomiast w wierszu 4 „Przeprowadzenie testów (suma poz. 4.1.-4.4.)”, poz. 4.2 wymaga: „Testy funkcjonalno-integracyjne z urządzeniami srk”. Zamawiający zatem nałożył obowiązek powiązania istniejących urządzeń SRK (sterowania ruchem kolejowym) oraz dSAT - (detekcji stanu awaryjnych taboru) z urządzeniami ERTMS/ETCS poziom 2. Przy czym dla potwierdzenia poprawności działania powyższego powiązania, również przewidział dokonanie testów funkcjonalno-integracyjnych z urządzeniami SRK z urządzeniami ERTMS/ETCS Poziom 2.

Wymóg powiązania urządzeń systemu ERTMS/ETCS z urządzeniami SRK w tym przypadku ssp (samoczynny system przejazdowy), został również przewidziany w pkt. 4.3.9 ppkt. 10 „Wymagania dla urządzeń zewnętrznych” PFU: „W przypadku powiązania urządzeń systemu ETCS z urządzeniami zabezpieczenia ruchu na przejazdach kolejowo-drogowych
i przejściach wyposażonych w Top z wykorzystaniem koderów LEU i balis, grupy balis, składające się z balisy przełączalnej i nieprzełączalnej zabudowane zostaną przed Tarczami Ostrzegawczymi Przejazdowymi. Szczegółowa konfiguracja powiązania urządzeń zabezpieczenia ruchu na przejazdach kolejowych z urządzeniami systemu ERTMS/ETCS zostanie przedstawiona przez Wykonawcę w ramach opracowania Koncepcji wyposażenia linii. Zaproponowane w koncepcji rozwiązanie techniczne musi umożliwiać przejazd pojazdu jadącego pod nadzorem systemu ETCS obok tarczy ostrzegawczej przejazdowej wskazującej sygnał Osp 2 z maksymalną dozwoloną prędkością.”.

Ponadto konieczność powiązania systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami zabezpieczenia ruchu kolejowego na przejazdach kolejowo-drogowych oraz urządzeniami dSAT wynika z wymagań funkcjonalnych określonych w dokumencie stanowiącym załącznik nr 7 do PFU pn.: „Scenariusze operacyjne – wymagania eksploatacyjne dla systemu ETCS poziomu 2 zgodnego z wzorcem 3 wydanie 2 (SRS 3.6.0)”. Wyżej wymieniony dokument definiuje wymaganą funkcjonalność systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z uwzględnieniem współpracy z innymi systemami, w tym z urządzeniami zabezpieczenia ruchu na przejazdach kolejowo-drogowych (urządzenia przejazdowe) i urządzeniami dSAT (dokumenty te Zamawiający złożył jako dowody w sprawie – w dokumentacji zamówienia). Zapewnienie funkcjonalności określonej w wyżej wymienionych Scenariuszach Operacyjnych wymaga dokonania powiązania (w tym implementacji interfejsów) urządzeń systemu ETCS poziom 2
z urządzeniami przejazdowymi i dSAT.

Urządzenia SRK i dSAT są przystosowane do współpracy. Zapewnienie takiego przystosowania do współpracy zostało zrealizowane w ramach postępowania na zabudowę urządzeń SRK warstwy podstawowej na tej linii 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”
(tak odpowiednio w odpowiedzi na odwołanie Alstom Polska S.A. i co wynika z dowodu: Wyciąg z PFU dla zadania: „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”).

Na podstawie:

1)ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. z 2023 r. poz. 1786,
z późn. zm.):

a)art. 22f ust. 1: „1. Warunkiem dopuszczenia do eksploatacji typów budowli i typów urządzeń mających wpływ na poziom bezpieczeństwa ruchu kolejowego, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie ust. 14 pkt 2, jest uzyskanie świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu dla pierwszego ich egzemplarza.”;

b)art. 22f ust. 8: „8. Kolejne urządzenia albo budowle zgodne z typem, dla którego Prezes UTK wydał świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu, uznaje się za dopuszczone
do eksploatacji, jeżeli:

1) producent albo jego upoważniony przedstawiciel przeprowadził procedurę oceny zgodności z typem, a następnie wystawił deklarację zgodności z typem, albo

2) podmiot zamawiający, wykonawca modernizacji, importer, inwestor, dysponent, zarządca, użytkownik bocznicy albo przewoźnik kolejowy wystawił deklarację zgodności z typem dla urządzeń albo budowli, które zamierza wprowadzić

do eksploatacji, po uprzednim przeprowadzeniu przez jednostkę organizacyjną, o której mowa w art. 22g ust. 9, badań technicznych niezbędnych do stwierdzenia zgodności z typem, zakończonych wydaniem certyfikatu zgodności z typem.";

c) art. 22g ust. 2: „2. Zgoda na prowadzenie działalności, o której mowa w ust. 1, może być udzielona jednostce organizacyjnej, która spełnia następujące wymagania:

1) zapewnia przeprowadzanie badań technicznych przez osoby posiadające wiedzę techniczną w zakresie odpowiednio rodzajów budowli, urządzeń albo pojazdów kolejowych podlegających badaniom technicznym i certyfikacji;

2) jest niezależna i bezstronna w stosunku do podmiotów bezpośrednio lub pośrednio związanych z procesem produkcji odpowiednio typów budowli, urządzeń albo pojazdów kolejowych podlegających badaniom technicznym i certyfikacji;

3) zapewnia przeprowadzanie badań technicznych przy użyciu niezbędnego sprzętu;

4) uzyskała certyfikat akredytacji na podstawie ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku w zakresie odpowiadającym prowadzonej działalności.";

2) § 13 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 13 maja 2014 r. w sprawie dopuszczania do eksploatacji określonych rodzajów budowli, urządzeń i pojazdów kolejowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1923): „1. Zakres badań technicznych dla wszystkich typów urządzeń obejmuje:

3) badanie interfejsów z przewidzianymi do zabudowy urządzeniami powiązanymi, dla których wymagane jest uzyskanie świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu.";

3) Technicznych Specyfikacji Interoperacyjności podsystemu „Sterowanie", określonych 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 (Dz. U. UE. L. z 2016 r. Nr 158, str. 1, z późn. zm.):

a) pkt 3.2.1.: „3.2.1. Bezpieczeństwo. Każdy projekt, do którego zastosowanie ma niniejsza specyfikacja, musi obejmować wdrożenie środków niezbędnych celem zapewnienia, aby poziom ryzyka incydentu w zakresie podsystemów „Sterowanie" nie był wyższy niż docelowy dla danego rodzaju przewozów.

W tym celu stosuje się rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) nr 402/2013 (3), o którym mowa w art. 6 ust. 3 lit. a) dyrektywy 2004/49/WE (wspólna metoda oceny bezpieczeństwa). Aby środki podjęte dla zapewnienia bezpieczeństwa nie wpływały negatywnie na interoperacyjność, należy przestrzegać wymagań dotyczących parametrów podstawowych zdefiniowanych w pkt 4.2.1 (Właściwości podsystemów „Sterowanie" związane z bezpieczeństwem i mające znaczenie dla interoperacyjności). W systemie ETCS klasy A zadanie zapewnienia bezpieczeństwa zostało podzielone między podsystemy „Sterowanie – urządzenia pokładowe" i „Sterowanie – urządzenia przytorowe". Szczegółowe wymagania podane są parametrze podstawowym, zdefiniowanym w pkt 4.2.1 (Właściwości podsystemów „Sterowanie" związane z bezpieczeństwem i mające znaczenie dla interoperacyjności). Spełnieniu wymagań dotyczących bezpieczeństwa musi towarzyszyć spełnienie wymagań w zakresie dostępności, określonych w pkt 3.2.2 (Niezawodność i dostępność).",

b) pkt 4.5.2.: „4.5.2. Odpowiedzialność podmiotu występującego z wnioskiem o weryfikację podsystemu Wnioskujący:

1) zapewnia, aby dla wszystkich elementów objętych niniejszą TSI (niezależnie od tego, czy są to składniki interoperacyjności, czy nie) określono wymagania dotyczące utrzymania, zgodnie z opisem podanym w punkcie 4.5.1 (Odpowiedzialność producenta urządzeń);

2) w ramach realizacji powyższych wymagań uwzględnia zagrożenia wynikające ze wzajemnych oddziaływań różnych składników podsystemu oraz interfejsów z innymi podsystemami.",

c) pkt 6.3.4 tabela 6.3 Aspekt 5 „Integracja z przytorowymi urządzeniami sterowania ruchem kolejowym" wiersz 3 w drugiej kolumnie „Przedmiot oceny": „Sprawdzić, czy interfejsy zostały prawidłowo zainstalowane i czy funkcjonują prawidłowo.", wiersz 3 w trzeciej kolumnie „Dowody": „Weryfikacja projektu i próby zgodnie z informacjami przekazanymi przez wnioskodawcę.".

KIO 2597/23

ZARZUT NR 1 – art. 99 ust. 1, 2 i ust. 4 Pzp w związku z art. 16 pkt 1-3 Pzp, art. 17 ust. 1-2 Pzp, art. 103 ust. 2-3 Pzp

oraz w związku z art. 362 Pzp, poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia obejmującego nałożenie na wykonawcę obowiązku uzyskania pozytywnej opinii właściwej jednostki organizacyjnej upoważnionej do przeprowadzania 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 (nowy ppkt. 4.3.11.ff) PFU w zakresie odnoszącym się
do zaimplementowanych interfejsów po stronie istniejących urządzeń SRK) - z naruszeniem wskazanych przepisów prawa, nakładając na wykonawców nieuzasadnione obowiązki
- w zakresie opracowania dokumentacji po stronie istniejących urządzeń SRK innego producenta - o zbędnym, niejasnym i wewnętrznie sprzecznym zakresie, w sytuacji gdy wykonawcy nie mają możliwości technicznych ani prawnych do ich realizacji bez zaangażowania ich producenta, a przez to także ograniczając uczciwą konkurencję
i powodując nieuzasadnione uprzywilejowanie jednego wykonawcy (producenta/ dostawcy urządzeń SRK 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.

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

ZARZUT NR 2 – art. 99 ust. 1, 2 i ust. 4 Pzp w związku z art. 16 pkt 1-3 Pzp, art. 17 ust. 1-2 Pzp, art. 103 ust. 2-3 Pzp oraz w związku z art. 362 Pzp, poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia obejmującego nałożenie na wykonawcę obowiązku przeprowadzenia wyceny i oceny ryzyka dla przeprowadzonej zmiany technicznej w istniejącym systemie sterowania ruchem kolejowym wynikającej z implementacji interfejsu w urządzeniach SRK, zgodnie z aktualnym rozporządzeniem (nowy ppkt 4.3.11.gg) PFU w zakresie odnoszącym się do implementacji interfejsu w istniejących urządzeniach SRK) - z naruszeniem wskazanych przepisów prawa, nakładając na wykonawców nieuzasadnione obowiązki - w zakresie opracowania dokumentacji po stronie istniejących urządzeń SRK innego producenta
- o zbędnym, niejasnym i wewnętrznie sprzecznym zakresie, w sytuacji gdy wykonawcy
nie mają możliwości technicznych ani prawnych do ich realizacji bez zaangażowania ich producenta, a przez to także ograniczając uczciwą konkurencję i powodując nieuzasadnione uprzywilejowanie jednego wykonawcy (producenta/ dostawcy urządzeń SRK 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.

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

KIO 2608/23

ZARZUT – 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 w zw. z art. 362 PZP oraz w zw. z art. 433 pkt 3 PZP, poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie obowiązku wykonania (implementacji) interfejsu do urządzeń SRK warstwy podstawowej, co zdaniem Odwołującego stanowi naruszenie wskazanych wyżej przepisów PZP i skutkuje uniemożliwieniem złożenia oferty
w warunkach zapewniających uczciwą konkurencję, a nadto które prowadzi
do uprzywilejowania jednego wykonawcy kosztem innych, którzy mogą zostać wyeliminowani z ubiegania się o zamówienie, w szczególności w okolicznościach, gdy tak określony opis przedmiotu zamówienia nie jest uzasadniony specyfiką przedmiotu zamówienia oraz nakłada na wykonawcę odpowiedzialność za ryzyka związane z wykonaniem zamówienia, które są niedostosowane do określonych przez samego Zamawiającego warunków realizacji zamówienia, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający – w szczególności
za niezapewnienie odpowiednich praw własności intelektualnej umożliwiających ingerencję
w interfejs urządzeń warstwy podstawowej. Skutkuje to nadto uniemożliwieniem wykonawcom prawidłowego przygotowania i wyceny ofert, a w konsekwencji skutkuje również nieporównywalnością ofert, jakie zostałyby ewentualnie złożone w postępowaniu.

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Izba odnosi się do wszystkich zarzutów w sprawie KIO 2597/23 i 2608/23 łącznie,
z uwagi na to, że sporne między stronami i uczestnikami postępowania odwoławczego w obu połączonych sprawach było w istocie to, iż wykonanie zamówienia wiąże się z koniecznością współpracy z producentem warstwy podstawowej na zasadach rynkowych w wykonaniu obowiązków, wskazanych zmianą postanowień SWZ (uzyskania pozytywnej opinii

właściwej jednostki organizacyjnej, przeprowadzenia wyceny i oceny ryzyka dla przeprowadzonej zmiany technicznej, wykonania (implementacji) interfejsu do urządzeń SRK i innych warstwy podstawowej).

W pierwszej kolejności Izba zauważa, że odwołania oparte są na błędnym założeniu co do zakresu obowiązków, wynikających z opisu przedmiotu zamówienia, w odniesieniu
do błędnej interpretacji wymogu Zamawiającego o powiązaniu. Odwołujący bowiem odczytali SWZ w ten sposób, że Zamawiający wymaga od nich wykonania adaptacji – to jest ingerencji
w urządzenia warstwy podstawowej w zakresie warstwy sprzętowej i warstwy hardwear tych urządzeń, podczas gdy z dotychczasowych postanowień SWZ wynikało oczekiwanie Zamawiającego wyłącznie ingerencji w warstwę softwear poprzez opracowanie interfejsu urządzeń warstwy podstawowej we współpracy z producentem tych urządzeń w taki sposób, aby zapewniona była komunikacja w zakresie opisanym w SWZ z urządzeniami warstwy nadrzędnej – interfejsem warstwy nadrzędnej, co jest wymagane do prawidłowego działania systemu ERTMS/ETCS poziom 2.

Dalej podnieść należy, że to błędne założenie Odwołujących wynikało z tego,
że interpretowali pojęcie adaptacji na podstawie dotychczasowych postanowień w odrębnych podobnych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, który nadawał temu pojęciu w innych postępowaniach inne znaczenie. Zamawiający nie wymaga od wykonawców w SWZ wykonania adaptacji (Odwołujący Alstom Polska S.A. nie wykazał dowodami wymagania przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia adaptacji, nie wskazał w SWZ sformułowanego wprost wymogu adaptacji – w odwołaniu Odwołujący Alstom Polska S.A. wywiódł dorozumianą adaptację ze zmiany SWZ z dnia
25 sierpnia 2023 r. i wymogu wykonania interfejsu do urządzeń SRK).

Na rozprawie w dniu 27 września 2023 r. Zamawiający oświadczył, co rozumie poprzez pojęcia, którymi posługuje się w spornym postępowaniu, a co wynika z SWZ - RCO i PFU,
i tak: pod pojęciem „adaptacja" rozumie przystosowania urządzeń SRK do współpracy
z urządzeniami ERTMS/ETCS. Jest to przebudowa urządzeń, wykonanie modułów umożliwiających współpracę z ERTMS/ETCS zgodnie ze wskazanym protokołem. Adaptacja była wykonana w ramach zamówienia udzielonego około 10 lat temu. Zamawiający obecnie wymaga powiązania i implementacji, przez co rozumie stworzenie interfejsu zarówno w urządzeniach warstwy podstawowej, jak i urządzeniach warstwy ERTMS/ETCS celem zapewnienia właściwej współpracy pomiędzy tymi urządzeniami tych warstw. Zamawiający podał różne rozwiązania do wykonania zamówienia, ale w żadnym z rozwiązań, w tym dopuszczonych innych rozwiązaniach, nie ma potrzeby ingerencji w hardware, a tylko w software urządzeń warstwy podstawowej. Zamawiający w specyfikacji zaproponował jeden z dopuszczalnych protokołów specyfikując go jako CBI-CBR Interface, opisany w trzech dokumentach („CBI-CBR Interface. Top Leve Specuification", „EGO Protocol Interface Specification", „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer"), al również dopuścił inne protokoły, o ile wymagane będą wymagania specyfikacji dotyczące współdziałania urządzeń warstwy podstawowej i nadrzędnej. Zamawiający oświadczył,
że w przypadku, gdyby urządzenia warstwy podstawowej nie były należycie zaadaptowane to będzie miał roszczenie do producenta urządzeń warstwy podstawowej na podstawie zawartej z nim umowy na wykonanie zamówienia dotyczącego warstwy podstawowej, która to umowa jest w toku, a odbiór przedmiotu tej umowy planowany jest w listopadzie – grudniu 2023 r.

Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego co do tak przedstawionego w toku postępowania odwoławczego zakresu przedmiotu zamówienia, ustalając, że wynika on z treści SWZ, a w szczególności, przywołanych już wyżej w uzasadnieniu, pkt 4.3.1. ppkt 8 PFU,
pkt 2.2.2.6 PFU, pkt 3.3.2.1 ppkt 1 lit. f-h) PFU, w tabeli w kolumnie 2 „Opis zadania": w wierszu 3 „Roboty budowlane ERTMS/ETCS poziom 2 (suma poz. 3.1.-3.6)", poz. 3.5 RCO
oraz w wierszu 4 „Przeprowadzenie testów (suma poz. 4.1.-4.4.)", poz. 4.2 RCO, 4.3.9
ppkt. 10 „Wymagania dla urządzeń zewnętrznych" PFU, z wymagań funkcjonalnych określonych w dokumencie stanowiącym załącznik nr 7 do PFU pn.: „Scenariusze operacyjne – wymagania eksploatacyjne dla systemu ETCS poziomu 2 zgodnego z wzorcem 3 wydanie 2 (SRS 3.6.0)".

W ocenie Izby, skoro nawet hipotetyczne uchylenie kwestionowanych w odwołaniach postanowień SWZ nie zmieniłoby innych postanowień SWZ, których zarzuty odwołania nie dotyczyły, a także skoro obowiązki wyartykułowane zaskarżoną zmianą SWZ wynikają wprost z przepisów obowiązującego prawa, to oznacza to, iż w istocie nie doszłoby do zmiany obowiązków wykonawcy określonych zmianą SWZ. W ocenie Izby obowiązek wykonania (implementacji) interfejsu do urządzeń SRK i innych warstwy podstawowej w softwear wynika z wyżej przywołanych niezaskarżonych postanowień SWZ (w szczególności pkt 4.3.1.8 PFU, pkt 4.8 PFU, RCO), a obowiązek uzyskania pozytywnej opini właściwej jednostki organizacyjnej i obowiązek przeprowadzenia wyceny i oceny ryzyka dla przeprowadzonej zmiany technicznej wynika odpowiednio z ustawy z dnia 28 marca 2023 r. o transporcie kolejowym (art. 22f ust. 8) (Dz. U. z 2023

r. poz. 1786, z późn. zm.), § 13 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 13 maja 2014 r. w sprawie dopuszczania do eksploatacji określonych rodzajów budowli, urządzeń i pojazdów kolejowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1923) i rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) nr 402/2013 z dnia 30 kwietnia 2013 r. w sprawie wspólnej metody oceny bezpieczeństwa w zakresie wyceny
i oceny ryzyka i uchylające rozporządzenie (WE) nr 352/2009 (Dz.Urz. UE L 121 z dnia 03.05.2013r., z późn. zm.).

Izba wskazuje, że w jej ocenie dowody wniesione przez Zakłady Automatyki
Kombud S.A.:

1) Wyciąg z prezentacji PKP PLK, złożony na okoliczność interfejsów przygotowywanych przez dostawcę urządzeń SRK (dostawca A) oraz dostawcę ERTMS/ETCS poziom 2 – RBC (dostawca B) ~~nie~~ potwierdza, że dostawca A przygotowuje interfejsy SRK, a potwierdza,
że przygotowuje stacyjne urządzenia SRK, a wobec tego Odwołujący nie udowodnił przedmiotowego twierdzenia;

2) Protokół z rozprawy KIO 2387/23, złożony na okoliczność twierdzeń Zamawiającego,
iż w celu wykonania obecnego zamówienia nie ma potrzeby ingerencji w urządzenia warstwy podstawowej – z protokołu tego wynikają jedynie oświadczenia o treści tam zawartej, natomiast nie stoją w sprzeczności ze stanowiskiem Zamawiającego co do braku konieczności adaptacji, to jest ingerencji w hardwear warstwy podstawowej, wobec tego Odwołujący nie udowodnił przedmiotowego twierdzenia;

3) Opinia Instytutu Kolejnictwa, złożona na okoliczność, iż nie jest możliwe uzyskanie opinii jednostki organizacyjnej upoważnionej do przeprowadzania badań koniecznych w zakresie oddziaływania przeprowadzonej implementacji interfejsu na istniejące urządzenia SRK warstwy podstawowej, bez zaangażowania producenta urządzeń SRK warstwy podstawowej lub jego upoważnionego przedstawiciela, jeżeli taki interfejs nie był przewidziany
w urządzeniach SRK takiego producenta; w innym przypadku opis takiego interfejsu już powinien znajdować się w dokumentacji technicznej danego urządzenia typu; nie jest możliwe wprowadzenie żadnej zmiany w dokumentacji procesu zarządzania ryzykiem (w tym dokonanie wyceny i oceny ryzyka dla przeprowadzonej zmiany technicznej), bez zaangażowania producenta urządzeń SRK warstwy podstawowej lub jego upoważnionego przedstawiciela, jeżeli taki interfejs nie był przewidziany w urządzeniach SRK; w innym przypadku dokumentacja procesu zarządzania ryzykiem już istnieje i tylko na tej podstawie możliwe jest eksploatowanie urządzeń danego typu - dowód ten jedynie potwierdza konieczność współpracy zarówno producenta warstwy podstawowej jak i wykonawcy warstwy nadrzędnej co nie jest sporne, nie ma zatem znaczenia rozstrzygnięcie w przedmiocie możliwości wydania takiej opinii przez Kierownika Zakładu Sterowania Ruchem
i Teleinformatyki w imieniu Instytutu Kolejnictwa, co podważał na rozprawie w dniu 18 września 2023 r. Zamawiający;

4) Prezentacja Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju, złożona na okoliczność sytuacji,
w których podmiot trzeci może uczestniczyć w procesie dopuszczenia do eksploatacji kolejnych egzemplarzy (tj. typu dopuszczone przed 1997 r., sprowadzone z zagranicy, gdy już nie istnieje producent) - dowód w postaci prezentacji potwierdza jedynie, że prezentujący zaprezentował określoną treść wypowiedzi w prezentacji, nie stanowi dowodu
na potwierdzenie okoliczności sytuacji, w których podmiot trzeci może uczestniczyć w procesie dopuszczenia do eksploatacji kolejnych egzemplarzy;

5) Wykaz dokumentów niezbędnych do przekazania jednostce organizacyjnej,
o jakiej mowa w art. 22g ust. 9 ustawa z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym,
w celu opracowania opinii technicznej wynikającej ze zmiany technicznej w urządzeniach SRK warstwy podstawowej, wraz z wyciągiem z podstaw prawnych, złożony na okoliczność zakresu tej dokumentacji oraz podmiotu wykonującego dokumentację – wykaz dokumentów przygotowanych na podstawie doświadczenia Odwołującego stanowi stanowisko Odwołującego w zakresie potrzebnych jednostce organizacyjnej dokumentów, przy czym wywodzenie potrzeby dokumentacji co do której wiedzę ma producent warstwy podstawowej nie ma znaczenia w sprawie wobec konieczności współpracy z producentem warstwy podstawowej co jest niesporne;

6) Wyciąg z odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie w sprawie 2387/23, złożony
na okoliczność innego zakresu zamówień ogłaszanych w ramach przywoływanych przez Zamawiającego postępowań o udzielenie zamówień publicznych – w ust. 24 i 26 odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał pod lit a-h osiem postępowań w których jak oświadczył gwarantował konkurencyjność i opisał przedmiot zamówienia w każdym z nich - dowód ten wskazuje na różny opis przedmiotu zamówienia, jednak nie odnosi się on do opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jak oświadczył na rozprawie w dniu 27 września 2023 r. Zamawiający, czemu nie zaprzeczyli pozostali uczestnicy postępowania odwoławczego, stosował Zamawiający różną, niejednolitą terminologię do podobnych zadań, stąd Izba przyjęła, że dowód ten nie potwierdza twierdzenia Odwołującego

o innym zakresie zamówień; w wyciągu nie załączył pkt 35 do którego się odniósł na rozprawie w dniu 18 września 2023 r. co do przywołanych tam postępowań
z wymogiem adaptacji SKR;

7) Zakres zgody Prezesa UTK na prowadzenie działalności, o której mowa
w art. 22g ust. 1 ustawy o transporcie kolejowym z informacją ze strony internetowej UTK, złożony na okoliczność zakresu akredytacji Instytutu Kolejnictwa – stanowi potwierdzenie treści załącznika do decyzji o sygn. DTW-WRIK.810.7.2021.KP, w ocenie Izby dowód nieistotny z uwagi na nieistotność dowodu opinii Instytutu Kolejnictwa;

8) Wyciągi z opinii technicznych Zakładu Sterowania Ruchem i Teleinformatyki Instytutu Kolejnictwa, złożone na okoliczność zakresu działania tej jednostki – stanowią potwierdzenie wydania przez Instytut Kolejnictwa Zakład Sterowania Ruchem i Teleinformatyki opinii technicznych o treści w nich zawartej, w ocenie Izby dowód nieistotny z uwagi na nieistotność dowodu opinii Instytutu Kolejnictwa;

9) Wyjaśnienia i zmiana treści SWZ w postępowaniu 9090/IREZA1/10303/02941/ 21/P
na zaprojektowanie i zabudowę systemu ERTMS/ETCS na linii kolejowej nr 8,
z dn. 27.08.2021 r. (p. 3-4 pisma – usunięcie pkt 4.2. ppkt 7 SWZ-PFU)
- złożone na okoliczność wyłączenia przez Zamawiającego z treści OPZ wymogu adaptacji istniejących urządzeń SRK do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 (dot. postępowania 9090/IREZA1/10303/02941/21/P poprzedzającego obecne postępowanie)
- dowód ten jest nieistotny, gdyż dotyczy innego postępowania, wskazuje jedynie na stan faktyczny w tamtym postępowaniu;

10) Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia oraz o dobrowolnej przejrzystości
na zaprojektowanie i zabudowę półsprzęgu interfejsu po stronie istniejących urządzeń sterowania ruchem kolejowym o nr ref. IREZA1m-216-33/16 oraz ogłoszenie o udzieleniu zamówienia na zaprojektowanie i zabudowę interfejsu oraz adaptację urządzeń sterowania ruchem kolejowym, zainstalowanych na odcinku linii E30 Legnica-Wrocław-Opole
do współpracy z urządzeniami ERTMS/ETCS poziom 2, złożone na okoliczność praktyki Zamawiającego wyłączania prac adaptacyjnych z zamówienia głównego oraz wyłączności danego producenta w zakresie ingerencji w komputerowe urządzenia sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej - dowody te są nieistotne, gdyż dotyczą innych postępowań, wskazują jedynie na stany faktyczne w tamtych postępowaniach;

11) Wyciąg z rozporządzenia Komisji (UE) 2016/919 z dnia 27 maja 2016 r.
w sprawie technicznej specyfikacji interoperacyjności w zakresie podsystemów „Sterowanie" systemu kolei w Unii Europejskiej (z późn. zm.), złożony na okoliczność jego treści – dowód ten jest nieistotny wobec niedoprecyzowania o jakie postanowienie i w jakim kontekście chodzi;

12) Wyciąg z PFU z poprzedniego postępowania na wykonanie SRK warstwy podstawowej,złożony na okoliczność zobowiązania wykonawcy warstwy podstawowej do współpracy
z wykonawcą zamówienia w postępowaniu – dowód potwierdza zobowiązanie wykonawcy warstwy podstawowej do współpracy z wykonawcą zamówienia w postępowaniu.

Izba wskazuje, że w jej ocenie dowody wniesione przez Alstom Polska S.A.:

1) Informacja z 15 listopada 2021 r., która dotyczy tego samego zamówienia, jednak już
w postępowaniu unieważnionym (zadania są tożsame jak w obecnym postępowaniu). Jest to oferta złożona przez GTS (Thales) odwołującemu z wyceną jego współpracy;

2) Pismo dotyczące współpracy przy wykonaniu E 75 (zadanie w trakcie realizacji), złożone na okoliczność wykazania, że współpraca z producentem warstwy podstawowej skutkować będzie koniecznością uwzględnienia około 20-40% wartości zamówienia

- dowody są nieistotne, gdyż dotyczą innych postępowań, wskazują jedynie na stany faktyczne w tamtych postępowaniach;

3) Sprostowanie wyjaśnień do treści SWZ w postępowaniu 9090/IREZA1/10303/02941/21/P
– na potwierdzenie niedostosowania urządzeń SRK warstwy podstawowej do współpracy
z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 zgodnie ze specyfikacjami warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica - dotyczyło odcinka Warka – Radom, a w niniejszej sprawie chodzi o LCS Warszawa Okęcie i LCS Radom, stąd dowód ten jest nieistotny w niniejszej sprawie.

Izba wskazuje, że w jej ocenie dowody wniesione przez Zamawiającego:

1)Wyciąg z PFU dla zadania: Wdrożenie systemu ERTMS/ETCS poziom 2, wraz
z budową LCS oraz samoczynnej blokady liniowej, na odcinku linii kolejowej nr 4, Korytów – Zawiercie;
2)Wyciąg z PFU dla zadania: „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";
3)Wyciąg z PFU dla zadania: „Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E30 odcinek Podłęże - Rzeszów";
4)Wyciąg z PFU dla zadania: „Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E59 odcinek Wrocław - Poznań w
ramach projektu Zabudowa systemy ERTMS/ETCS na liniach sieci bazowej TEN-T";
5)Wyciąg z PFU dla zadania: „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";
6)Wyciąg z STWiORB dla zadania Roboty budowlane na linii 227/249 i stacji Gdańsk Zaspa Towarowa oraz linii 722 w
ramach Projektu". Poprawa infrastruktury kolejowego dostępu do Portu Gdańsk";
7)Wyciąg z PFU dla zadania: „Zabudowa systemu ERTMS/ETCS na linii 278 Węgliniec Zgorzelec w ramach projektu
Zabudowa ERTMS/ETCS na liniach sieci bazowej TEN-T"

- złożone na potwierdzenie takiego sposobu opisu przedmiotu zamówienia zawierającego tożsame wymagania jak w pkt 4.3.11. bb) 4.3.11 ff), 4.3.11. gg), 4.3.11. hh) - w ocenie Izby dowody w pkt 1-7 są nieistotne, gdyż dotyczą innych postępowań, wskazują jedynie na stany faktyczne w tamtych postępowaniach;

8)Wyciąg z artykułu Wydziału Transportu Politechniki Warszawskiej pt. „Powiązania krajowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym i ETCS" – złożony na potwierdzenie,
że pojęcie „powiązanie" zawiera w sobie interfejs - dowód potwierdza, że w opinii autorów artykułu przez pojęcie „powiązanie" rozumie się wykonanie interfejsów;
9)Wyciąg z dokumentu z załącznika nr 7 do PFU pn.: Scenariusze operacyjne – wymagania eksploatacyjne dla systemu ETCS poziomu 2 zgodnego z wzorcem 3 wydanie 2 (SRS 3.6.0) – wymagania funkcjonalne dla współpracy z urządzeniami zabezpieczenia ruchu
na przejazdach kolejowo-drogowych i Scenariusze operacyjne – wymagania eksploatacyjne dla systemu ETCS poziomu 2 zgodnego z wzorcem 3 wydanie 2 (SRS 3.6.0) – wymagania funkcjonalne dla współpracy z urządzeniami detekcji stanów awaryjnych taboru (dSAT) – złożony na potwierdzenie, że wyżej wymieniony dokument definiuje wymaganą funkcjonalność systemu ETCS poziom 2 z uwzględnieniem współpracy z innymi systemami, w tym urządzeniami zabezpieczenia ruchu na przejazdach kolejowo-drogowych (urządzenia przejazdowe) i urządzeniami dSAT - dowód potwierdza tezę dowodową;
10)Wyciąg z PFU dla zadania: „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" – złożony
na okoliczność przystosowania istniejących systemów SRK i dSAT do współpracy - dowód potwierdza wymóg w PFU przystosowania istniejących systemów SRK i dSAT
do współpracy;
11)Wyciąg z Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 13 maja 2014 r.
w sprawie dopuszczania do eksploatacji określonych rodzajów budowli urządzeń
i pojazdów kolejowych – złożony na okoliczność, że interfejsy nie są wymienione jako urządzenia, na które wydawane jest świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu i zakres badań technicznych dla wszystkich typów urządzeń obejmuje badanie interfejsów
z przewidzianymi do zabudowy urządzeniami powiązanymi, dla których wymagane jest uzyskanie świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu – dowód potwierdza, że w danych przepisach interfejsy nie są wymienione jako urządzenia, na które wydawane jest świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu i zakres badań technicznych dla wszystkich typów urządzeń obejmuje badanie interfejsów z przewidzianymi do zabudowy urządzeniami powiązanymi, dla których wymagane jest uzyskanie świadectwa dopuszczenia
do eksploatacji typu;
12)Wyciąg z Technicznej specyfikacji interoperacyjności w zakresie podsystemów „Sterowanie" systemu kolei w Unii Europejskiej – złożony na okoliczność, że przedmiotem oceny jest integracja z przytorowymi urządzeniami sterowania ruchem kolejowym, a więc interfejsy pomiędzy urządzeniami SRK warstwy podstawowej a urządzeniami systemu ERTMS/ETCS - dowód potwierdza, że zgodnie z danymi przepisami przedmiotem oceny jest integracja z przytorowymi urządzeniami sterowania ruchem kolejowym, a więc interfejsy pomiędzy urządzeniami SRK warstwy podstawowej a urządzeniami systemu ERTMS/ETCS;

13)Deklaracja zgodności z typem nr 005/MOR-3/2021, Deklaracja właściwości użytkowych z dnia 18 czerwca 2018 r., Deklaracja właściwości użytkowych Nr 03/2018, Deklaracja właściwości użytkowych Nr 01/2018, Deklaracja zgodności z typem numer 08/PZ01/1/2018, Świadectwo kontroli jakości nr 08/2018, Deklaracja zgodności nr 266/2018, Deklaracja zgodności UE Nr TF2/WE/0007, Deklaracja zgodności z zamówieniem nr 182/TJ2/2018, Deklaracja zgodności Nr 42/16, Atest nr 019/18, Atest nr 021/18, Deklaracja zgodności UE Nr 2016/009/UE, Deklaracja właściwości użytkowych nrE036/A/DoP, Wyniki badania nr A1800123, Wyniki badania nr A1701316, Wyniki badania nr A1701219, Deklaracja zgodności WE nr TF2/WE/0012, Atest nr 350/TJ1/2018, Atest nr 349/TJ1/2018, Deklaracja zgodności nr 13/2016, Deklaracja zgodności nr 03/2018, Deklaracja zgodności nr 14/2016, Deklaracja zgodności nr 04/2018, Deklaracja zgodności nr 05/2018, Deklaracja zgodności nr 07/2018, Deklaracja zgodności WE nr TF1-WE-0030, Atest nr 352/TJ1/2018, Atest nr 353/TJ1/2018, Krajowa Deklaracja właściwości użytkowych nr A102, Krajowa Deklaracja właściwości użytkowych nr A104, Krajowa Deklaracja właściwości użytkowych nr A112, Krajowa Deklaracja właściwości użytkowych nr A116, Krajowa Deklaracja właściwości użytkowych nr A117, Krajowa Deklaracja właściwości użytkowych nr A122, Deklaracja zgodności z typem nr 002/SKZR-2/2018, Deklaracja Producenta Nr UniAC1/DZ/R7/05, Deklaracja zgodności nr 002/ZUS/2018, Deklaracja zgodności CE, Deklaracja zgodności UE Nr 48, Deklaracja zgodności z typem nr 007/MOR-3/2021, Deklaracja zgodności z typemnr 007/SKT-6R/2019, Deklaracja zgodności z typemnr 025/SK/2019, Deklaracja zgodności z typem nr 096/SK/2019, Deklaracja zgodności z typem nr 023/SK/2019, Deklaracja zgodności z typem nr 008/ZSK/2019, Deklaracja zgodności z typemnr 033/ZSK/2019, Deklaracja zgodności z typem nr 097/SK/2019, Deklaracja zgodności z typem nr 007/SKT-6R/2019, Deklaracja zgodności z typem nr 032/SKT-6R/2019, Deklaracja zgodności z typem nr 003/SKZP-2/2019, Deklaracja zgodności z typemnr 006/MOR-3/2019, Deklaracja zgodności z typem nr 008/MOR-1.01/2019, Deklaracja zgodności z typem nr 008/ZSK/2019, Deklaracja zgodności z typem nr 068/SK/2019, Deklaracja zgodności z typem nr 007/SKT-6R/2019, Deklaracja zgodności z typemnr 007/ZSK/2019, Deklaracja zgodności z typemnr 013/SR-1/2019, Deklaracja zgodności z typem nr 023/SK/2019, Deklaracja zgodności z typem nr 024/SK/2019 - złożone na okoliczność wykazania nieistotności opinii technicznej wskazanej w pkt 2 pisma Odwołującego Zakłady Automatyki Kombud S.A. z dnia 27 września 2023 r., że zakład nie jest uprawniony do reprezentowania Instytutu Kolejnictwa - dowody są nieistotne, gdyż wykazanie uprawnienia do reprezentacji nie ma znaczenia w kontekście że opinia techniczna jedynie potwierdza konieczność współpracy zarówno producenta warstwy podstawowej jak i wykonawcy warstwy nadrzędnej co nie jest sporne, nie ma zatem znaczenia rozstrzygnięcie w przedmiocie możliwości wydania takiej opinii przez Kierownika Zakładu Sterowania Ruchem i Teleinformatyki w imieniu Instytutu Kolejnictwa, co podważał na rozprawie w dniu 18 września 2023 r. Zamawiający;

14)Wyjaśnienia do specyfikacji z dnia 27 sierpnia 2021 r. (wyciąg), złożone na okoliczność potwierdzenia tożsamości zakresu zobowiązania wykonawców w obecnym i w poprzednim postępowaniu – dowód potwierdza tożsamość zakresu zobowiązania w tych postępowaniach, w obu nie wymagano adaptacji;

15)Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów – wyciąg z oferty Bombardier z poprzedniego postępowania, dowód złożony w zakresie rozumienia wymogów Zamawiającego w przedmiocie tego na jaką okoliczność wykonawca będzie współpracował z Thales i wykazania, że zarówno poprzednio, jak i obecnie, zakres oczekiwanego świadczenia jest tożsamy – dowód potwierdza tożsamość zakresu zobowiązania w tych postępowaniach - w obu wymagano współpracy z producentem warstwy podstawowej.

Izba wskazuje, że w jej ocenie dowód wniesiony przez Ground Transportation Systems Polska sp. z o.o: wyciąg z PFU warstwy podstawowej złożony na okoliczność,
że Zamawiający uwzględnił obowiązek współpracy z Thales - potwierdza zobowiązanie producenta warstwy podstawowej do współpracy z wykonawcą warstwy nadrzędnej, co nie jest sporne.

W ocenie Izby zmiana SWZ w zaskarżonym zakresie jest zgodna z niezaskarżonymi postanowieniami SWZ, ustawą Pzp i przepisami odrębnymi, i tak:

1)punkt 4.3.11 lit. bb) PFU zgodny z pkt 4.3.1.8 PFU i 3.3.2.1 ppkt 1 lit a) PFU, poz. 3.5 i poz. 4.2 RCO w tabeli w kolumnie 2 „Opis zadania”: odpowiednio w wierszu 3 „Roboty budowlane ERTMS/ETCS poziom 2 (suma poz. 3.1.-3.6) i w wierszu 4 „Przeprowadzenie testów (suma poz. 4.1.-4.4.)”, pkt 4.3.9 ppkt. 10 PFU,

załącznikiem nr 7 do PFU pn.: Scenariusze operacyjne – wymagania eksploatacyjne dla systemu ETCS poziomu 2 zgodnego z wzorcem 3 wydanie 2 (SRS 3.6.0) wobec wymogu powiązania, w którym mieści się wykonanie interfejsu do urządzeń warstwy podstawowej SRK, do urządzeń przejazdowych i dSAT;

2)punkt 4.3.11 lit. dd) zgodny z pkt 4.3.1.8 PFU, nie dotyczy adaptacji, wymaganie nie stanowi sugestii, że implementacja interfejsów po stronie urządzeń SRK i dSAT
z systemem ERTMS/ETCS może naruszyć właściwości tych urządzeń, a kierowana jest troską o zapewnienie takiej implementacji ich powiązania z urządzeniami systemu ERTMS/ETCS, aby nie naruszyć ich konstrukcji na tyle, żeby miało to wpływ na cechy typu urządzenia określonego w świadectwie dopuszczenia typu do eksploatacji,
a w konsekwencji zapewnienia bezpiecznego prowadzenia ruchu kolejowego z ich wykorzystaniem;

3)punkt 4.3.11 lit. ff) PFU zgodny w szczególności art. 22f ust. 8, art. 22g ust. 2 ustawy
o transporcie kolejowym (Dz. U. z 2023 r. poz. 1786, z późn. zm.), § 7 pkt 3 i § 13
ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 13 maja 2014 r.
w sprawie dopuszczenia do eksploatacji określonych rodzajów budowli, urządzeń
i pojazdów kolejowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1923), pkt 6.3.4 tabela 6.3 aspekt 5 Technicznych Specyfikacji Interoperacyjności podsystemu „Sterowanie", określonych
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 (Dz. U. UE. L. z 2016 r. Nr 158, str. 1 z późn. zm.);

4)punkt 4.3.11 lit. gg) PFU zgodny z wymogami Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) nr 402/2013 z dnia 30 kwietnia 2013 r. w sprawie wspólnej metody oceny bezpieczeństwa w zakresie wyceny i oceny ryzyka i uchylające rozporządzenie (WE) nr 352/2009, w szczególności art. 3 pkt 11 i art. 5, oraz pkt 3.2.1. i 4.5.2. Technicznych Specyfikacji Interoperacyjności podsystemu „Sterowanie", określonych
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 (Dz. U. UE. L. z 2016 r. Nr 158, str. 1 z późn. zm.);

5)punkt 4.3.11 lit. hh) PFU dotyczy wprowadzenia terminów dostarczenia dokumentów
i jest ściśle powiązany z pkt. 4.3.11 lit. ff) oraz pkt. 4.3.11 lit. gg), z których wynika obowiązek dostarczenia dokumentów dotyczących bezpiecznego interfejsu urządzeń sterowania ruchem i co z tym związane, potwierdzenie przeprowadzenia analizy ryzyka. Punkt hh) jedynie wskazuje na termin i sposób przekazania wyżej wymienionych dokumentów. Wprowadzenie tego punktu jest tylko usystematyzowaniem działań.

W ocenie Izby zmiana SWZ w spornym zakresie nie naruszyła zarzucanych Zamawiającemu przepisów ustawy Pzp, jest zgodna z przepisami prawa obowiązującego
w zakresie wskazanych zmianą SWZ obowiązków wykonawców i koresponduje
z postanowieniami niezaskarżonymi, w szczególności pkt 4.3.1.8 PFU i w RCO, w zakresie konieczności współpracy producenta warstwy podstawowej i wykonawcy zamówienia. Odwołujący Zakłady Automatyki Kombud S.A. nie udźwignął ciężaru wykazania, że zmiana opisu przedmiotu zamówienia nastąpiła w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, ograniczający uczciwą konkurencję, powodując nieuzasadnione uprzywilejowanie jednego wykonawcy, 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.

Odwołujący Alstom Polska S.A. nie udźwignął ciężaru wykazania, że sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia nastąpiło w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, 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.

Zamawiający natomiast wskazał, co nie było sporne między stronami, że na rynku jest praktyka wykonywania warstwy nadrzędnej przez innych wykonawców niż producent warstwy podstawowej i wykonawcy obu warstw współpracują na zasadach rynkowych, co w ocenie Izby pozwoliło uznać, że Zamawiający nie sformułował zmiany z niedozwolonym prawnie ograniczeniem konkurencji w realizacji zamówienia, a potrzeba współpracy z producentem warstwy podstawowej nie mogła stanowić uzasadnienia podniesionych zarzutów odwołania, bowiem współpraca ta jest uregulowana niezaskarżonymi postanowieniami SWZ. Wskazane zmianą SWZ obowiązki wynikają nadto z wyżej przywołanych przepisów prawa obowiązującego. Wobec tego, zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie. Z tych względów Izba uznała, iż brak jest uzasadnienia nakazania Zamawiającemu wykreślenia spornych postanowień

SWZ.

Mając powyższe na względzie, Izba nakazała powyższe w sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2597/23 i KIO 2608/23 orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 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. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego, w sprawie KIO 2597/23 wykonawcę Zakłady Automatyki "KOMBUD" S.A. z siedzibą w Radomiu oraz w sprawie KIO 2608/23 wykonawcę Alstom Polska S.A. z siedzibą w Warszawie. Na koszty postępowania odwoławczego składał się: w sprawie KIO 2597/23 wpis uiszczony przez Odwołującego wykonawcę Zakłady Automatyki "KOMBUD" S.A. z siedzibą w Radomiu w wysokości 20.000,00 zł oraz w sprawie KIO 2608/23 wpis uiszczony przez Odwołującego wykonawcę Alstom Polska S.A. z siedzibą w Warszawiew wysokości 20.000,00 zł. Zamawiający nie wniósł w sprawach KIO 2597/23 i KIO 2608/23 wniosku o uzasadnione koszty stron postępowania, a zatem Izba nie zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów, o których mowa w § 5 pkt 2 w związku z § 8 ust. 2 pkt 1 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.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

……