

Sygn. akt KIO 2211/17

**WYROK**  
**z dnia 22 listopada 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Edyta Paziewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 8 i 20 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2017 r. przez wykonawcę **B.T.Z.P. sp. z o.o. z siedzibą w (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **P.P.L.K. S.A. z siedzibą w (...)**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **B.T.Z.P. sp. z o.o. z siedzibą w (...)**

i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **B.T.Z.P. sp. z o.o. z siedzibą w (...)** tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od wykonawcy **B.T.Z.P. sp. z o.o. z siedzibą w (...)** na rzecz zamawiającego **P.P.L.K. S.A. z siedzibą w (...)** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający P.P.L.K. S.A. z siedzibą w (...) wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Opracowanie Dokumentacji Projektowej i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. „Zabudowa systemu ERTMS/ETCS na linii 278 Węglińiec–Zgorzelec w ramach projektu *Zabudowa ERTMS/ETCS* na liniach. Nr referencyjny: (...)«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22.09.2017 r. pod nrem (...)

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. (...)) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 11.10.2017 r. o zmianie SIWZ.

Wykonawca B.T.Z.P. Sp. z o.o. z siedzibą w (...), zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, wniósł 23.10.2017 r. (poniedziałek) do Prezesa KIO odwołanie na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) w zakresie opisanego przedmiotu zamówienia, wprowadzonego zmianą SIWZ z 11.10.2017 r., niezgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucił czynnościom zamawiającego: opisanie przedmiotu zamówienia (w zakresie dokonanym zmianą z 11.10.2017 r.) w zakresie pkt III – Program Funkcjonalno-Użytkowy (dalej PFU) pkt 6.3.10 w sposób sprzeczny z regułami określonymi w art. 29 ust. 1, 2 oraz 3b w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu zmiany treści SIWZ – PFU przez usunięcie wymagania określonego w pkt 6.3.10 SIWZ;
- 2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, na podstawie spisu kosztów, który zostanie złożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą;
- 3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania lub złożonych w toku postępowania odwoławczego przed Izbą, na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania.

## Argumentacja odwołującego

Pismo w sprawie zmiany SIWZ (pn. „Zmiana III SIWZ”) zostało zamieszczone 11.10.2017 r. na stronie internetowej zamawiającego (<http://www.plk-sa.pl>).

### Uzasadnienie zarzutów

Wprowadzoną zmianą SIWZ zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek opracowania i przekazania zamawiającemu w formie dokumentacji technicznej (specyfikacji interfejsu) specyfikację warunków koniecznych, mających na celu umożliwienie współpracy (powiązania) urządzeń zabudowywanych w ramach tego zadania z urządzeniami lub systemami sterowania ruchem kolejowym (srk), które potencjalnie mogą z nimi współpracować.

Dalej zamawiający wskazał systemy i urządzenia z jakimi mają w przyszłości współpracować zabudowywane w zadaniu urządzenia,

Wreszcie zamawiający podał co ma zawierać ww. specyfikacja lub dokumentacja techniczna, wymagając jej uzgodnienia z zamawiającym.

Oprócz przekazania dokumentacji zamawiający wprowadził wymóg przeniesienia na zamawiającego pełni praw autorskich do sporządzonej dokumentacji.

Zamawiający nałożył nadto na wykonawcę obowiązek współpracy z dostawcą lub producentem urządzeń lub systemów sterowania ruchem kolejowym w celu ich powiązania i integracji z systemami i urządzeniami lub systemami, które będą zabudowywane w ramach innych zadań i to przez cały okres użytkowania urządzeń w ramach przedmiotowego zadania.

Dowód: modyfikacja SIWZ, pismo zamawiającego z 11.10.2017 r. – w aktach postępowania, załącznik do odwołania.

### Omówienie kwestii zabezpieczenia ruchu kolejowego na polskiej infrastrukturze kolejowej

W ramach realizacji zadań inwestycyjnych w Polsce, zamawiający jako zarządca infrastruktury kolejowej zamawia szereg zadań zmierzających do poprawy jakości przewozów kolejowych.

Linie kolejowe dzielone są na odcinki, które w zależności od przyjętego planu obecnie Krajowego Programu Kolejowego są realizowane w danym czasie jako projekty inwestycyjne. Elementem projektów inwestycyjnych są tzw. systemy bezpieczeństwa.

W zakresie systemów sterowania ruchem kolejowym można wyróżnić warstwę podstawową systemu sterowania służącą do prowadzenia ruchu w oparciu o sygnalizację świetlną (tzw. system konwencjonalny) i system ERTMS/ETCS.

Na system sterowania i zabezpieczenia ruchu kolejowego składają się urządzenia i oprogramowanie. Powiązania pomiędzy urządzeniami nazywane są interfejsami. Interfejsy to również oprogramowanie umożliwiające przekazywanie danych pomiędzy urządzeniami.

Każdy z wykonawców, który zamierza zaoferować i wykonać zamówienie z zakresu srk musi przewidzieć konieczność powiązania swoich urządzeń z istniejącymi na linii, która podlega modernizacji lub przebudowie.

#### Niezgodność wymagań zamawiającego z przepisami

W pierwszej kolejności odwołujący wskazuje, że wymóg ustanowiony w zmienionym PFU w zakresie obowiązku współpracy z dostawcą lub producentem urządzeń lub systemów sterowania ruchem kolejowym w celu ich powiązania i integracji z systemami i urządzeniami lub systemami, które będą zabudowywane w ramach innych zadań i to przez cały okres użytkowania urządzeń w ramach przedmiotowego zadania narusza obowiązek określony w art. 29 ust. 1 Pzp.

Postanowienie PFU z pewnością nie jest jednoznaczne ani wyczerpujące. Nie wynika z niego:

- (i) okres trwania owej wymaganej współpracy;
- (ii) zakres współpracy;
- (iii) przedmiot współpracy (dokładnie co ma zapewnić wykonawca czy czas pracy inżynierów aplikatorów, czy zaoferować oprogramowanie;
- (iv) z jakimi urządzeniami lub producentami ma owa współpraca być zapewniona.

W ostatnim zakresie wiedzy tej nie posiada nawet sam zamawiający, bowiem informacje o dostawcy poweźmie dopiero z momentem zakończenia odpowiedniego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przyszłości.

Zaskarżone postanowienie nie czyni też zadość wymaganiom przepisu art. 29 ust. 1 Pzp w zakresie uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mających lub mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zobowiązanie *de facto* bezterminowe, bez dookreślenia zakresu i elementów minimum, bez wskazania podmiotów do współpracy uniemożliwia złożenie ofert.

W zakresie wymagania dotyczącego sporządzenia dokumentacji technicznej (specyfikacji interfejsu) wraz z przeniesieniem do niego praw autorskich wskazać trzeba, że stoi w sprzeczności z art. 7 ust. 1 Pzp, bowiem zamawiający formułuje żądanie nadmiarowe i nieadekwatne do celu, któremu ma służyć.

Na gruncie prawa autorskiego i praw pokrewnych w zakresie oprogramowania, ale i poprzedzającego go opracowania (koncepcji oprogramowania) istnieje rozróżnienie w odniesieniu do uznania danego elementu za utwór.

Nie ulega wątpliwości, że oprogramowanie jest utworem prawa autorskiego w danej wyrażonej formie (w opracowanym języku). Interfejsy – jak wskazano wyżej to element oprogramowania tworzonego w systemie ERTMS/ETCS umożliwiający elektroniczne przekazywanie danych pomiędzy urządzeniami srk. Ów element oprogramowania funkcjonuje w ścisłym powiązaniu z pozostałym oprogramowaniem, w które wyposażone są urządzenia srk zabudowane na linii kolejowej.

Zamawiający jako zarządca infrastruktury kolejowej w Polsce musi posiadać dostęp do informacji w zakresie danych dotyczących funkcjonalności urządzeń co pozostaje poza sferą objętą ochroną przez regulacje prawa autorskiego. Dla każdej lokalizacji zamawiający powinien otrzymać zatem od wykonawcy urządzeń i systemów srk dokumenty wykazujące ich funkcjonalności czy instrukcje użytkowania. Nie ma natomiast w tym przypadku konieczności żądania przeniesienia praw autorskich do oprogramowania czy idei oprogramowania (opisanego językiem nieprogramowym elementu działania programu).

Ujawnienie danych opisanych w pkt 6.3.10 PFU oznacza dla producenta i właściciela oprogramowania pozbawienie się kluczowego elementu jego działalności. Opisanie specyfikacji interfejsów w sposób wskazany w zaskarżonym punkcie oznacza, że podmiot pozyskujący ww. dane przy pomocy inżynierów aplikatorów lub programistów będzie zdolny odtworzyć oprogramowanie (w tym kody źródłowe) wymyślone, rozwijane i chronione przez danego producenta. Przeniesienie zaś praw autorskich do specyfikacji interfejsu oznaczałoby, że wykonawca zostaje pozbawiony możliwości dalszej sprzedaży, licencji, itp. w zakresie interfejsów. Co więcej: tam, gdzie do dnia Postępowania wykonawca na mocy stosownych umów z producentem zapewnił innym użytkownikom na świecie licencje – musiałby je wypowiedzieć w zakresie praw przeniesionych na zarządcę w Polsce.

Powyższe narusza zatem art. 29 ust. 3b Pzp bowiem po stronie zamawiającego jako zarządcy infrastruktury kolejowej nie występuje konieczność przeniesienia na niego praw autorskich w zakresie interfejsów.

Jednocześnie pozyskanie przez zamawiającego praw do danych źródłowych (kodów źródłowych) odnosiłoby się jedynie do fragmentu oprogramowania, które *de facto* bez pełnej jego wersji nie mogłoby być używane zgodnie z przeznaczeniem.

Wreszcie tak istotna zmiana SIWZ wiąże się ze skrajnie odmiennym modelem szacowania zamówienia. Wycena przekazania praw do kodów źródłowych do opisanego elementu oprogramowania – jeśli w ogóle jest możliwa bez odpowiednich procedur – z pewnością przekracza budżet zamierzenia inwestycyjnego objętego Postępowaniem.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 23.10.2017 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej 24.10.2017 r. (art. 185 ust. 1 in fine Pzp).

Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego zgodnie z art. 185 ust. 2 Pzp.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 8.11.2017 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania ewentualnie o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 29 ust. 1, 2 i 3b oraz art. 7 ust. 1 Pzp – przez opisanie przedmiotu zamówienia (w zakresie dokonanym zmianą z 11.10.2017 r.) w zakresie pkt III – Program Funkcjonalno-Użytkowy (dalej PFU) pkt 6.3.10 w sposób sprzeczny z regulacjami określonymi w przywołanych przepisach – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący w odwołaniu odniósł się do nowych postanowień, których nie było w pierwotnym tekście specyfikacji (PFU), dlatego termin wniesienia odwołania nie został przez odwołującego przekroczony. Ponadto zamawiający nie wykazał, że postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia o identycznym brzmieniu co w postanowieniu wprowadzonym zmianą z 11.10.2017 r. znajdują się w pierwotnej wersji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dlatego, mimo takiego wniosku wysnutego przez zamawiającego, odwołanie nie może podlegać odrzuceniu.

Podczas rozpoznawania odwołania Izba musiała stwierdzić, że odwołujący nie wskazał konkretnych postanowień nowego punktu 6.3.10 PFU wprowadzonego zmianą z 11.10.2017 r., które uniemożliwiają odwołującemu wycenę oferty oraz realizację zamówienia. Izba musiała dojść do takiego wniosku także ze względu na brzmienie żądań odwołania, gdzie odwołujący wniósł o usunięcie wymagania określonego w całym pkt 6.3.10.

Zamawiający jest uprawniony do formułowania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób, który da zaspokojenie potrzeb zamawiającego, może to nawet odbywać się z niekorzyścią dla poszczególnych wykonawców. Jednak potrzeby zamawiającego muszą być obiektywnie uzasadnione, a nie skierowane tylko na ograniczenie możliwości sporządzenia oferty czy utrudnienie w udziale w danym postępowaniu dla poszczególnych wykonawców. I w tym przypadku odwołujący nie wykazał, że poszczególne postanowienia SIWZ, a zwłaszcza pkt 6.3.10 PFU, są skierowane na utrudnienie udziału w postępowaniu przez niektórych wykonawców. Natomiast zamawiający wykazał, że kwestionowane wymagania mają służyć w przyszłości zamawiającemu, który będzie mógł np. dołączać nowe urządzenia do rozwiązań zrealizowanych w obecnym zamówieniu, bez uzależnienia się od wykonawcy obecnego postępowania. Podobnie jak w standardzie Bluetooth do urządzenia istniejącego będą mogli się dostosować nowi wykonawcy wyłonieni w przyszłości, ale nie tylko będą mogli, bo będą musieli wziąć pod uwagę rozwiązania przedstawione w obecnym postępowaniu.

Również kwestia przeniesienia praw autorskich nie obejmuje przeniesienia ogółu tych praw, ale jest skonkretyzowana do praw mających wpływ na możliwość dołączania w przyszłości nowych urządzeń czy stosowania nowych rozwiązań.

Także wysunięta przez zamawiającego kwestia braku przystąpień do postępowania odwoławczego przez innych wykonawców nie mogła być wzięta pod uwagę przez Izbę, gdyż nie ma żadnych nakazów brania udziału w postępowaniu, a instytucja przystąpienia do postępowania jest uprawnieniem wykonawców. Z braku przystąpienia do odwołania przepisy ustawy nie wiążą żadnych konsekwencji.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z przesłuchania świadków, ale osoby wnioskowane jako świadkowie były obecne podczas rozprawy jako pełnomocnicy odwołującego i przedstawiły swoje stanowisko w trakcie referowania stanowiska



odwołującego. Natomiast Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego gdyż fakty będące ich przedmiotem zostały powołane jedynie dla zwłoki, co wynika z art. 190 ust. 6 Pzp, który brzmi »Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki«.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. poz. 238 oraz z 2017 r. poz. 47).

**Przewodniczący:** .....