

Sygn. akt: KIO 2894/21, KIO 2895/21

POSTANOWIENIE
z dnia 27 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk
Członkowie: Bartosz Stankiewicz
Monika Szymanowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 27 października 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2021 r. przez:

- A. wykonawcę **Bombardier Transportion (ZWUS) Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** (sygn. akt: KIO 2894/21),
- B. wykonawcę **Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt: KIO 2895/21),

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

postanawia:

1. Odrzuca odwołania.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę **Bombardier Transportion (ZWUS) Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** (sygn. akt: KIO 2894/21) oraz Odwołującego – wykonawcę **Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt: KIO 2895/21) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę **Bombardier Transportion (ZWUS) Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego -

wykonawcę **Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

- 2.3. zasądza od Odwołującego – wykonawcy **Bombardier Transportion (ZWUS) Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** na rzecz Zamawiającego – **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt: KIO 2894/21);
- 2.4. zasądza od Odwołującego – wykonawcy **Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz Zamawiającego – **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt: KIO 2895/21).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - 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 2894/21, KIO 2895/21

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *zaprojektowanie i zabudowę systemu ERTMS/ETCS na linii kolejowej nr 8 w ramach projektu POIiŚ 5.1 – 10 Prace na linii kolejowej nr 8, odcinek Warka–Radom (LOT C,D,E)* (znak postępowania: 9090/IREZA1/10303/02941/21/P).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 lipca 2021 r. pod numerem 2021/S 136-363036.

Sygn. akt: KIO 2894/21

W dniu 30 września 2021 r. wykonawca Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach [dalej „Odwołujący 1” lub „Bombardier”] wniósł odwołanie wobec wyjaśnień treści SWZ z dnia 20 września 2021 r. dotyczących pytania nr 242, 243, 244, 245, 246 i 247 – stanowiących w istocie modyfikację dotychczasowej treści SWZ - zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 103 ust. 2 i 3 w zw. z art. 16 ustawy Pzp polegające na niezgodnym z wymaganiami i wytycznymi wynikającymi z przywołanych przepisów opisie przedmiotu zamówienia oraz zakresu obowiązków wykonawcy poprzez nałożenie na wykonawcę zamówienia objętego Postępowaniem, wskutek udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień treści SWZ z dnia 20 września 2021 r. w ramach odpowiedzi na pytania nr 242, 243, 244, 245, 246 i 247 obowiązku zaprojektowania i wykonania adaptacji istniejących urządzeń SRK do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 zgodnie ze specyfikacją warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica (załącznik nr 3), na którą składają się dokumenty: „CBICBR Interface. Top Level Specification”, „EGO Protocol. Interface Specification”, „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer”, które to postanowienie 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;

2. art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 103 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z § 18 ust. 2 i 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru

robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (dalej jako Rozporządzenie) w zw. z § 19 pkt 4 lit. i Rozporządzenia w zw. z art. 433 pkt 3 Pzp w zw. z art. 628 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (dalej jako k.c.) w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 k.c. w zw. z art. 16 Pzp polegające na - wskutek udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień treści SWZ z dnia 20 września 2021 r. w ramach odpowiedzi na pytania nr 242, 243, 244, 245, 246 i 247 - niejednoznacznym oraz niezgodnym z wymaganiami i wytycznymi wynikającymi z przywołanych przepisów opisie przedmiotu zamówienia, w tym aktualnych uwarunkowań wykonania przedmiotu zamówienia oraz zakresu obowiązków wykonawcy, poprzez obciążenie wykonawcy zamówienia objętego Postępowaniem ciężarem zapewnienia powiązania i integracji urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej zgodnie ze specyfikacją warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica, na którą składają się dokumenty: „CBI-CBR Interface. Top Level Specification”, „EGO Protocol. Interface Specification”, „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer”, przy jednoczesnym zaniechaniu zapewnienia przez Zamawiającego, iż urządzenia sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej, z którymi nastąpić miałyby powiązanie i integracja, będą dostosowane do takiej współpracy, w zakresie i w terminie umożliwiającym wykonawcy prawidłową realizację zamówienia. Skutkuje to nadto uniemożliwieniem wykonawcom prawidłowego przygotowania i wyceny ofert, a w konsekwencji skutkuje również nieporównywalnością ofert, jakie zostałyby ewentualnie złożone w Postępowaniu. Działanie Zamawiającego jest w związku z tym również sprzeczne z istotą zastosowania dla niniejszego zamówienia formy ryczałtowej wynagrodzenia oraz stanowi naruszenie obowiązków Zamawiającego w zakresie należytego przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia. Powyższe działania i zaniechania Zamawiającego stanowią również o nieproporcjonalnym przerzuceniu przez Zamawiającego na wykonawcę ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia, które są 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 ustawy Pzp;

3. z ostrożności, w przypadku, gdyby otwarcie ofert nastąpiło przed rozstrzygnięciem niniejszego odwołania, a Zamawiający nie dokonałby żądanych przez Odwołującego zmian, Odwołujący nadto podnosi zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 255 pkt 6 w zw. z art. art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 103 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z § 18 ust. 2 i 3 Rozporządzenia w zw. z § 19 pkt 4 lit. i Rozporządzenia w zw. z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 628 § 1 k.c. w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 k.c. w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania pomimo obarczenia go niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej

unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, z uwagi na okoliczności faktyczne i prawne stanowiące podstawę zarzutów ad. 6.1 i 6.2.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący 1 wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu zmiany treści odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego na pytania nr 242, 243, 244, 245, 246 i 247 poprzez potwierdzenie, iż:

a) z zakresu zamówienia objętego Postępowaniem wyłączony został obowiązek wykonawcy w postaci zaprojektowania i wykonania adaptacji istniejących urządzeń SRK do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 zgodnie z protokołem Euroradio+/Subset098, zgodnego ze specyfikacją „UNISIG SUBSET-098 RBC-RBC Safe Communication Interface” wersja 1.0.0, oraz ze specyfikacją warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica (załącznik nr 3), na którą składają się następujące dokumenty: „CBI-CBR Interface. Top Level Specification”, „EGO Protocol. Interface Specification”, „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer”;

b) urządzenia warstwy podstawowej sterowania ruchem kolejowym będą:

- dostosowane przez Zamawiającego do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 zgodnie z protokołem Euroradio+/Subset098 i ze specyfikacją warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica, na którą składają się dokumenty: „CBI-CBR Interface. Top Level Specification”, „EGO Protocol. Interface Specification”, „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer”; podstawą tych prac będzie projekt zabudowy systemu ERTMS/ETCS poziom 2 oraz wytyczne i ograniczenia wynikające z realizacji innych projektów na tym terenie w tym projekcie realizowanego przez wykonawcę w ramach zamówienia objętego niniejszym Postępowaniem;

- w ramach dostosowania systemów stacyjnych będą zaimplementowane w tych systemach, typowe dla komunikacji z systemem ERTMS/ETCS dane obiektowe wyszczególnione w pytaniu nr 246, które następnie zostaną wygenerowane i przekazane wykonawcy zamówienia będącego przedmiotem niniejszego Postępowania oraz udostępniona mu będzie dokumentacja projektowa, zawierająca niezbędne informacje do przeprowadzenia powiązania i integracji urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej,

- w terminie umożliwiającym rozpoczęcie i wykonanie przez wykonawcę zamówienia będącego przedmiotem niniejszego Postępowania Etapu IV i tym samym terminową realizację zamówienia objętego Postępowaniem przy jednoczesnym zapewnieniu przez Zamawiającego, iż w przypadku uchybienia powyższym obowiązkom przez Zamawiającego, wykonawca uprawniony będzie do wydłużenia terminu realizacji zamówienia oraz zwiększenia wysokości wynagrodzenia w zakresie spowodowanym tym uchybieniem.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Sygn. akt: KIO 2895/21

W dniu 30 września 2021 r. wykonawca Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący 2” lub „Thales”] wniósł odwołanie wobec wyjaśnień treści SWZ z dnia 20 września 2021 r. dotyczących pytania nr 242, 243, 244, 245, 246 oraz 247 zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp – poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytania nr 242, 243, 244, 245, 246, 247 obowiązku do SWZ dotyczącego powiązania systemu ETCS poziom 2 z istniejącymi urządzeniami SRK do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 zgodnie ze specyfikacją warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica, które to odpowiedzi (pomimo braku formalnej modyfikacji SWZ) w istocie zmieniają SWZ powodując jej niejednoznaczność, niespójność w sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia, a wręcz wewnętrzną sprzeczność uwzględniając dokonaną zmianę SWZ nr 4 (pkt 3 i 4). W konsekwencji wprowadzone w odpowiedzi na w/w pytania zmiany SWZ powodują brak jednoznaczności w opisie przedmiotu zamówienia, co ma wpływ na sporządzenie oferty.

Z ostrożności, w przypadku, gdyby otwarcie ofert nastąpiło przed rozstrzygnięciem niniejszego Odwołania i Zamawiający nie dokonał żądanej przez Odwołującego 2 zmiany, Odwołujący 2 podniósł zarzut naruszenia: 1) art. 255 pkt 6 w zw. z art. 99 ust.1 oraz w zw. z 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, ponieważ naruszenie przepisów wskazanych w w/w zarzutach będzie miało niewątpliwie wpływ na wynik postępowania, a postępowanie obciążone będzie niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący 2 wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu zmiany treści odpowiedzi na pytania nr 242, 243, 244, 245, 246, 247 poprzez udzielenie odpowiedzi potwierdzających przedstawione w nich stanowiska Wykonawców albo alternatywnie – o ile intencją Zamawiającego jest jednak zlecenie wykonawcy w ramach postępowania zaprojektowanie i wykonanie adaptacji istniejących urządzeń SRK do współpracy z systemem ERTM/ETCS poziom 2, to celem usunięcia sprzeczności z udzielonymi odpowiedziami na w/w pytania - nakazanie Zamawiającemu zmiany SWZ poprzez przywrócenie usuniętych przez Zamawiającego postanowień PFU pkt 4.2 ppkt 7 oraz PFU Cześć I opisowa ppkt 1 lit. b (str. 6 PFU).

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Izba ustaliła, co następuje:

W ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia w dniu 16 lipca 2021 r. Zamawiający opublikował SWZ, w tym PFU. Przedmiotem zamówienia, zgodnie z SWZ jest zaprojektowanie i zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziomu 2 na linii kolejowej nr 8 (odcinek Warka – Radom).

Zgodnie z brzmieniem specyfikacji warunków zamówienia opublikowanej w dniu 16 lipca 2021 r.:

- PFU CZĘŚĆ I OPISOWA Ppkt. 1 lit. b str. 6 PFU:

1. Zamawiający wymaga, aby realizacja zadania została przeprowadzona w następujący sposób:

a) na odcinkach (lotach A,B,C,D,E,F) zostanie zabudowany system ERTMS/ETCS poziom 2,
b) na ww. odcinkach/lotach zostanie przeprowadzone dostosowanie eksploatowanych urządzeń srk do współpracy z systemem ERTMS/ETCS zgodnie ze specyfikacją warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica na którą składają się następujące dokumenty:

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

- PFU pkt 4.2:

Ppkt 7. W ramach zamówienia Wykonawca zaprojektuje i wykona adaptację istniejących urządzeń SRK do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 zgodnie ze specyfikacją warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica (załącznik nr 3) na którą składają się następujące dokumenty:

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

Ppkt 8. W ramach zamówienia Wykonawca odpowiedzialny jest za powiązanie i integrację urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej.

Ppkt 9. W ramach zamówienia Wykonawca odpowiedzialny jest za powiązanie systemu ERTMS/ETCS zabudowanego w ramach przedmiotowego zamówienia z urządzeniami systemu ERTMS/ETCS zabudowanymi lub przewidzianymi do zabudowy na liniach kolejowych graniczącymi z obszarem objętym zamówieniem odcinkami linii nr 8 (powiązanie z sąsiednimi RBC wraz z implementacją funkcji „handover”).

Pkt 4.11. Systemy i urządzenia współpracujące

1. Urządzenia systemu ERTMS/ETCS poziom 2 muszą współpracować z urządzeniami SRK zgodnie z protokołem Euroradio+/Subset098 oraz specyfikacją warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica (załącznik nr 3) na którą składają się następujące dokumenty:

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

W dniu 27 sierpnia 2021 r. Zamawiający zmienił treść SWZ – TOM PFU tj. str.37, pkt 4.2 ppkt 9 poprzez usunięcie zapisu: „W ramach zamówienia Wykonawca odpowiedzialny jest za powiązanie systemu ERTMS/ETCS zabudowanego w ramach przedmiotowego zamówienia z urządzeniami systemu ERTMS/ETCS zabudowanymi lub przewidzianymi do zabudowy na liniach kolejowych graniczącymi z obszarem objętym zamówieniem odcinkami linii nr 8 (powiązanie z sąsiednimi RBC wraz z implementacją funkcji „handover”)”.

Jednocześnie Zamawiający ww. pismem zmienił treść SWZ - PFU Pkt. 4.2 ppkt 7 poprzez usunięcie zapisu: „W ramach zamówienia Wykonawca zaprojektuje i wykona adaptację istniejących urządzeń SRK do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 zgodnie ze specyfikacją warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica (załącznik nr 3), na którą składają się następujące dokumenty: „CBICBR Interface. Top Level Specification”, „EGO Protocol. Interface Specification”, „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer”.

Ww. pismem Zamawiający zmienił treść SWZ - PFU CZĘŚĆ I OPISOWA Ppkt. 1 lit. b) str. 6 PFU poprzez usunięcie zapisu: „na ww. odcinkach/lotach zostanie przeprowadzone dostosowanie eksploatowanych urządzeń srk do współpracy z systemem ERTMS/ETCS zgodnie ze specyfikacją warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica na którą składają się następujące dokumenty:

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

W dniu 20 września 2021 r. Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień treści specyfikacji warunków zamówienia w zakresie:

1. pytania nr 242:

Dotyczy: Zmiana SIWZ nr 4 z dnia 27/08/2021 Zwracamy się z prośbą o potwierdzenie, iż urządzenia warstwy podstawowej srk będą dostosowane do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom2 zgodnie ze specyfikacjami warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica tj.

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

- „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer”.

Odpowiedź nr 242: Zamawiający nie potwierdza. W ramach zadania Wykonawca zobowiązany jest do realizacji powiązania systemu ETCS poziom 2 z urządzeniami warstwy podstawowej zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 4.2, ppkt 8 oraz pkt 4.11, ppkt 1 Tomu III SWZ - Programu funkcjonalno-użytkowego (PFU).

2. pytania nr 243:

Dotyczy: Zmiana SIWZ nr 4 z dnia 27/08/2021 Zwracamy się z prośbą o potwierdzenie, iż urządzenia warstwy podstawowej srk nie są dostosowane do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom2 zgodnie ze specyfikacjami warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica tj.

- „CBI-CBR Interface. Top Level Specification”,
- „EGO Protocol. Interface Specification”,
- „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer”. i nie należy uwzględniać kosztów ich dostosowania w przedmiotowej ofercie.

Odpowiedź nr 243: Zamawiający nie potwierdza. W ramach zadania Wykonawca zobowiązany jest do realizacji powiązania systemu ETCS poziom 2 z urządzeniami warstwy podstawowej zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 4.2, ppkt 8 oraz pkt 4.11, ppkt 1 Tomu III SWZ - Programu funkcjonalno-użytkowego (PFU).

3. Pytania nr 244:

W związku ze zmianą nr 4 do SWZ i wykreśleniem punktów 4.2 ppkt 7 oraz ppkt. 1 lit. b) str. 6 PFU, prosimy o potwierdzenie, że zabudowane systemy stacyjne będą dostosowane do współpracy z RBC (zlecone w ramach innego postępowania) zgodnie z: „CBI-CBR Interface. Top Level Specification”, „EGO Protocol. Interface Specification”, „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer”.

Odpowiedź nr 244: Zamawiający nie potwierdza. W ramach zadania Wykonawca zobowiązany jest do realizacji powiązania systemu ETCS poziom 2 z urządzeniami warstwy podstawowej zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 4.2, ppkt 8 oraz pkt 4.11, ppkt 1 Tomu III SWZ - Programu funkcjonalno-użytkowego (PFU).

4. Pytania nr 245:

W związku ze zmianą nr 4 do SWZ i wykreśleniem punktów 4.2 ppkt 7 oraz ppkt. 1 lit. b) str. 6 PFU, prosimy o potwierdzenie, że dostosowanie systemów stacyjnych do współpracy z RBC (zlecone w ramach innego postępowania) zgodnie z: „CBI-CBR Interface. Top Level Specification”, „EGO Protocol. Interface Specification”, „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer” odbędzie się w terminie umożliwiającym realizację niniejszego zamówienia, zgodnie z określonym przez Zamawiającego harmonogramem/etapami tj., na początku Etapu 4 - Załącznik nr 6 do IDW.

Odpowiedź nr 245: Zamawiający nie potwierdza. W ramach zadania Wykonawca zobowiązany jest do realizacji powiązania systemu ETCS poziom 2 z urządzeniami warstwy podstawowej zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 4.2, ppkt 8 oraz pkt 4.11, ppkt 1 Tomu III SWZ - Programu funkcjonalno-użytkowego (PFU).

5. Pytania nr 246:

W związku ze zmianą nr 4 do SWZ i wykreśleniem punktów 4.2 ppkt 7 oraz ppkt. 1 lit. b) str. 6 PFU prosimy o potwierdzenie, że w ramach dostosowania (zleconego w ramach innego postępowania) istniejących systemów stacyjnych będą zaimplementowane, w tych systemach, typowe dla komunikacji z systemem ERTMS/ETCS dane obiektowe, niezbędne do zrealizowania powiązania i integracji urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej, czyli:

- NID_C, NID_RBC, NID_IL (wg Subset-037),
- wersja danych aplikacyjnych DCV (wg „EGO Protocol. Interface Specification”),
- identyfikatory obiektów używanych w interfejsie CBI – CBR (wg „EGO Protocol. Interface Specification”),
- identyfikatory przebiegów używanych w interfejsie CBI – CBR (wg „EGO Protocol. Interface Specification”),
- V_LOA dla wyjazdów z obszaru ERTMS/ETCS poziom 2 (wg „Interface Specification CBICBR Interface, Application layer”),
- “Entrance Area” dla wjazdów do obszaru ERTMS/ETCS poziom 2 (wg „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer”),
- adresy sieciowe i wskazanie portów do współpracy (wg „CBI-CBR Interface. Top Level Specification”).

Odpowiedź nr 246: Zamawiający nie potwierdza. W ramach zadania Wykonawca zobowiązany jest do realizacji powiązania systemu ETCS poziom 2 z urządzeniami warstwy podstawowej zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 4.2, ppkt 8 oraz pkt 4.11, ppkt 1 Tomu III SWZ - Programu funkcjonalno-użytkowego (PFU).

6. Pytania nr 247:

W związku ze zmianą nr 4 do SWZ i wykreśleniem punktów 4.2 ppkt 7 oraz ppkt. 1 lit. b) str. 6 PFU prosimy o potwierdzenie, że będzie udostępniona Wykonawcy dokumentacja projektowa, zawierająca niezbędne informacje do przeprowadzenia powiązania i integracji urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej:

- wartości identyfikatorów (określone przez Zamawiającego): NID_C, NID_RBC, NID_IL, - kilometraż zwrotnic odnoszący się do położenia iglicy,
- kilometraż wykolejnic,
- kilometraż skrzyżowań torów odnoszący się do środka geometrycznego,

- kilometraż semaforów stacyjnych (wjazdowych, wyjazdowych oraz drogowskazowych),
- kilometraż czujników koła lub izolacji obwodów torowych,
- kilometraż pierwszego czujnika koła blokadowego lub izolacji obwodu torowego blokadowego, znajdującego się w obszarze stacji,
- położenie granic sekcji (ang. Track Joint) za sygnalizatorami używanymi dla ruchu ETCS (GAL), przez podanie ich odległości od sygnalizatora,
- lista sygnalizatorów używanych dla ruchu pociągów z ETCS lub stwierdzenie, że wszystkie sygnalizatory będą używane również w ramach ruchu ETCS,
- wartości V_LOA dla wyjazdów z obszaru L2 wraz z podaniem lokalizacji granic wyjazdowych oraz zależność V_LOA od sygnału, jeśli takowa istnieje gdy granica wyjazdu ulokowana jest w miejscu semafora,
- kilometraż położenia granic wjazdowych do obszaru z wyszczególnieniem sposobu logowania pojazdów do RBC (wjazd automatyczny lub ręczny),
- kilometraż przejazdów kat. B powiązanych ze stacją, bez ToP od strony stacji (tzw. interfejs dwukierunkowy wg Scenariuszy Operacyjnych),
- adresy sieciowe i wskazanie portów do współpracy IL – RBC,
- informacje na temat konieczności wydłużenia czasu ostrzegania na przejazdach powiązanych z urządzeniami stacyjnymi. Ilekroć powyżej mowa o kilometrażu oznacza on wartości oddające rzeczywiste (zmierzone, zweryfikowane) rozmieszczenie obiektów kolejowych względem siebie.

Odpowiedź nr 247: Zamawiający nie potwierdza. W ramach zadania Wykonawca zobowiązany jest do realizacji powiązania systemu ETCS poziom 2 z urządzeniami warstwy podstawowej zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 4.2, ppkt 8 oraz pkt 4.11, ppkt 1 Tomu III SWZ - Programu funkcjonalno-użytkowego (PFU).

W dniu 22 października 2021 r. Zamawiający udostępnił na stronie internetowej wyjaśnienia do SWZ, w treści których sprostował odpowiedzi na wskazane powyżej pytania nr 243 i 247 w następujący sposób:

Pytanie nr 243:

Dotyczy: Zmiana SIWZ nr 4 z dnia 27/08/2021

Zwracamy się z prośbą o potwierdzenie, iż urządzenia warstwy podstawowej srk nie są dostosowane do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom2 zgodnie ze specyfikacjami warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica tj.

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

i nie należy uwzględniać kosztów ich dostosowania w przedmiotowej ofercie.

Odpowiedź nr 243: Zamawiający potwierdza, że urządzenia warstwy podstawowej srk nie są

dostosowane do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom2 zgodnie ze specyfikacjami warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica tj.

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

W ramach zadania Wykonawca zobowiązany jest do realizacji powiązania systemu ETCS poziom 2 z urządzeniami warstwy podstawowej zgodnie z wymaganiami określonymi w punkcie 4.2, ppkt. 8 oraz punkcie 4.11, ppkt. 1 Programu funkcjonalno-użytkowego (PFU).

Pytanie nr 247:

W związku ze zmianą nr 4 do SWZ i wykreśleniem punktów 4.2 ppkt 7 oraz ppkt. 1 lit. b) str. 6 PFU prosimy o potwierdzenie, że będzie udostępniona Wykonawcy dokumentacja projektowa, zawierająca niezbędne informacje do przeprowadzenia powiązania i integracji urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej:

- wartości identyfikatorów (określone przez Zamawiającego): NID_C, NID_RBC, NID_IL,
- kilometraż zwrotnic odnoszący się do położenia iglicy,
- kilometraż wykołnic, - kilometraż skrzyżowań torów odnoszący się do środka geometrycznego,
- kilometraż semaforów stacyjnych (wjazdowych, wyjazdowych oraz drogowaskazowych),
- kilometraż czujników koła lub izolacji obwodów torowych,
- kilometraż pierwszego czujnika koła blokadowego lub izolacji obwodu torowego blokadowego, znajdującego się w obszarze stacji,
- położenie granic sekcji (ang. Track Joint) za sygnalizatorami używanymi dla ruchu ETCS (GAL), przez podanie ich odległości od sygnalizatora,
- lista sygnalizatorów używanych dla ruchu pociągów z ETCS lub stwierdzenie, że wszystkie sygnalizatory będą używane również w ramach ruchu ETCS,
- wartości V_LOA dla wyjazdów z obszaru L2 wraz z podaniem lokalizacji granic wyjazdowych oraz zależność V_LOA od sygnału, jeśli takowa istnieje gdy granica wyjazdu ulokowana jest w miejscu semafora,
- kilometraż położenia granic wjazdowych do obszaru z wyszczególnieniem sposobu logowania pojazdów do RBC (wjazd automatyczny lub ręczny),
- kilometraż przejazdów kat. B powiązanych ze stacją, bez ToP od strony stacji (tzw. interfejs dwukierunkowy wg Scenariuszy Operacyjnych),
- adresy sieciowe i wskazanie portów do współpracy IL – RBC,
- informacje na temat konieczności wydłużenia czasu ostrzegania na przejazdach powiązanych z urządzeniami stacyjnymi. Ilekroć powyżej mowa o kilometrażu oznacza on wartości oddające rzeczywiste (zmierzone, zweryfikowane) rozmieszczenie obiektów

kolejowych względem siebie.

Odpowiedź nr 247: Na potrzeby realizacji niemniejszego zadania Zamawiający udostępni dokumentację powykonawczą wielobranżową dla odcinków linii kolejowej objętych zakresem zadania oraz przekaze wartości zmiennych NID_C, NID_RBC, NID_IL. Natomiast Wykonawca będzie odpowiedzialny za pozyskanie niezbędnych informacji z przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji. W przypadku, gdyby okazało się, że informacje zawarte w dokumentacji nie będą wystarczające do realizacji zadania, Wykonawca zobowiązany jest pozyskać pozostałe informacje własnym staraniem.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego i dokonane na jej podstawie ustalenia faktyczne szczegółowo opisane powyżej, jak również stanowiska i oświadczenia Stron postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia niejawnego w dniu 27 października 2021 r. Izba uznała, że odwołania wykonawcy Bombardier oraz Thales podlegały odrzuceniu.

Przepis art. 528 ustawy Pzp obliguje Izbę do odrzucenia odwołania, w przypadku stwierdzenia, że zachodzi którakolwiek z okoliczności tam wskazanych, co podlega weryfikacji przez Izbę z urzędu. Zgodnie natomiast z pkt 3 ww. przepisu, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Stosownie do treści art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne. W tym miejscu przypomnieć należy, iż termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu bez względu na przyczynę. Tym samym rolą wykonawcy będącego profesjonalistą, od którego wymaga się podwyższonej staranności, jest przeniechanizowanie całości postanowień treści specyfikacji i zakwestionowanie ich w ustawowym terminie, w przypadku gdy opublikowane dokumenty zamówienia naruszają – w ocenie wykonawcy - przepisy ustawy Pzp, w tym z uwagi na ich niejednoznaczny charakter czy też wzajemną sprzeczność.

Stanowisko to znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31 maja 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 28/21, gdzie trafnie wskazano, że „Aktualny jest pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Warszawie z dnia 26 listopada 2007 r. (V CA 2056/07), zgodnie z którym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego

ma obowiązek działania z należytą starannością – zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej, a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym. Zachowaniem odpowiadającym profesjonalnemu charakterowi działalności skarżącego (zob. art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 dpzp) byłoby dążenie do zachowania swoich praw przez wniesienie odwołania w ustawowo określonym terminie. Podkreślenia wymaga, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a tym bardziej postępowanie odwoławcze, stanowi fragment profesjonalnego obrotu gospodarczego. Uczestnictwo w nim, możliwość uzyskania zamówienia zależne jest od aktywności, przezorności i zapobiegliwości wykonawców, dokładania aktów należytej staranności w celu zabezpieczenia swoich praw w postępowaniu oraz możliwości uzyskania zamówienia”.

Wziąwszy pod rozwagę powyższe rozważania prawne i przenosząc je na grunt niniejszej sprawy Izba doszła do przekonania, że gdyby nawet przyjąć, iż postanowienia specyfikacji warunków zamówienia w wyniku usunięcia przez Zamawiającego punktu 4.2 ppkt 7 PFU oraz części opisowej punktu 1 lit. b str. 6 PFU są niejednoznaczne z pozostałymi postanowieniami dokumentacji, w szczególności punktem 4.2 ppkt 8 PFU oraz 4.11 ppkt 1 PFU, to niejednoznaczność ta powstała 27 sierpnia 2021 r. z chwilą dokonania modyfikacji treści SWZ. W konsekwencji powyższego to od tej daty ostatecznie należałoby liczyć termin na wniesienie odwołania wobec dostrzeżenia przez odwołujących się Wykonawców braku precyzji w opisanu postanowień specyfikacji. Odwołujący jednak nie skorzystali z przysługujących im środków ochrony prawnej i nie zakwestionowali brzmienia specyfikacji, zaś obecnie wskazują na okoliczności kolejnej modyfikacji dokumentacji postępowania jako rozpoczynającej bieg terminu na zaskarżenie czynności Zamawiającego, celem konwalidowania swojego niestarannego działania, czemu nie sposób udzielić ochrony prawnej.

Następnie Izba wskazuje, że odpowiedzi na pytania nr 242 – 247 udzielone przez Zamawiającego w dniu 20 września 2021 r., nie stanowiły modyfikacji postanowień SWZ, a przez to nie mogły stanowić podstawy faktycznej do wniesienia niniejszych odwołań. Zważyć należy, iż w ww. wyjaśnieniach Zamawiający odwołał się do postanowień punktu 4.11. ppkt 1 PFU oraz 4.2 ppkt 8 PFU, które zostały zamieszczone przez Zamawiającego w pierwotnej treści specyfikacji. Przedmiotowe postanowienia SWZ nie zostały zakwestionowane w drodze środków ochrony prawnej w terminie 10 dni liczonym od dnia publikacji SWZ (16 lipca 2021 r.) przez wykonawcę Thales oraz Bombardier, co zostało przyznane przez Odwołujących w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron. Postanowienia punktu 4.2 ppkt 8 PFU oraz punktu 4.11 ppkt 1 PFU nie zostały również zmodyfikowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Zatem Wykonawcy pod pozorem powołania się na wrześniową modyfikację dokumentacji postępowania *de facto*

żądali weryfikacji treści SWZ, która istniała od momentu opublikowania jej przez Zamawiającego, a nawet przyjmując, że brzmienie SWZ mogło się stać niejednoznaczne z perspektywy Wykonawcy, to okoliczność ta najpóźniej zaistniała 27 sierpnia 2021 r. i zawity termin na zaskarżenie treści SWZ skutecznie upłynął 6 września 2021 r.

Zdaniem składu orzekającego analiza ww. postanowień specyfikacji, do których referował Zamawiający w wyjaśnieniach treści SWZ stanowiących odpowiedzi na pytania nr 242 – 247 prowadzi do wniosku, że wyjaśnienia udzielały informacji dotyczących istniejących urządzeń, wskazując przy tym na wymagania programu funkcjonalno - użytkowego, które nie uległy zmianie od 16 lipca 2021 r. (data publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz udostępnienia SWZ na stronie internetowej Zamawiającego). Inaczej rzecz ujmując, wyjaśnienia treści SWZ opublikowane przez Zamawiającego w dniu 20 września 2021 r. nie wiązały się ze zmianą konkretnych postanowień specyfikacji, przez co nie sposób uznać, iż termin na wniesienie odwołania rozpoczął swój bieg z chwilą opublikowania wyjaśnień do specyfikacji.

Dalej Izba wskazuje, że nie podzieliła argumentacji prezentowej przez Odwołujących jakoby treść postanowień punktu 4.2 ppkt 8 oraz 4.11 ppkt 1 PFU dotyczyła nowozabudowanych urządzeń, a nie istniejących już urządzeń sterowania ruchem kolejowym. W ocenie Izby przeczy temu treść ww. postanowień, nakładających na wykonawcę zobowiązanie powiązania i integracji urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej oraz by urządzenia systemu ERTMS/ETCS poziom 2 współpracowały z urządzeniami SRK zgodnie z protokołem Euroradio+/Subset098 oraz specyfikacją warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica (załącznik nr 3) na którą składają się następujące dokumenty: „CBI-CBR Interface. Top Level Specification”, „EGO Protocol. Interface Specification”, „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer”.

Konkludując powyższe Izba stwierdziła, że odwołania wykonawcy Bombardier oraz Thales jako wniesione po terminie nie mogły być przedmiotem rozpoznania i podlegały odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....