

WYROK

z dnia 20 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Emilia Garbala
Emil Kuriata

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie 15 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego 14 czerwca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Siemens Mobility sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu pn. *Dostawa 63 lokomotyw elektrycznych wielosystemowych o prędkości nie mniejszej niż 200 km/h wraz ze świadczeniem usług utrzymania* (nr postępowania 20/WNP-006234/TUT)

prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Intercity S.A z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

A Newag S.A z siedzibą w Nowym Sączu

B. Pojazdy Szynowe PESA S.A z siedzibą w Bydgoszczy

C. Bombardier Transportation sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu

orzeka:

1. Umarza jako zbędne postępowanie co do zarzutu z pkt 4. petitum odwołania.

2. Oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**

2) zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3567 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

PKP Intercity S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) {dalej również: „ustawa pzp”, „ppzp”} w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na dostawy pn. *Dostawa 63 lokomotyw elektrycznych wielosystemowych o prędkości nie mniejszej niż 200 km/h wraz ze świadczeniem usług utrzymania* (nr postępowania 20/WNP-006234/TUT).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 4 czerwca 2021 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S_107 pod poz. 282862.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

14 czerwca 2021 r. Siemens Mobility sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Odwołujący” lub „Siemens Mobility”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści powyższego ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp (jeżeli poniżej nie wskazano otherwise innych aktów prawnych) {lista zarzutów}:

1. Art. 99 ust. 4 w zw. z art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 PZP i 17 ust. 1 i 2 w zw. z art. 26 ust. 2 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2 ze zm.) {dalej: „TFUE”} a także art. 18 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych {dalej: „dyrektywa 2014/24”} – przez skonstruowanie warunków udziału w postępowaniu z pkt III. 1.3) ust. 2 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz naruszający zasady: równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, efektywności ekonomicznej oraz swobodnego przepływu towarów, polegające na dozwoleniu, aby w postępowaniu brali udział wykonawcy legitymujący się wyłącznie doświadczeniem w zakresie usług utrzymania pojazdów kolejowych z napędem elektrycznym, a bez doświadczenia w dostawie i utrzymaniu lokomotyw z nowoczesnymi rozwiązaniami (napęd asynchroniczny lub synchroniczny z magnesami stałymi), co *de facto* nie daje rękojmi zrealizowania tego zamówienia
2. Art. 99 ust. 4 w zw. z art. 101 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 w zw. z art. 26 TFUE, a także w zw. z art. 18 dyrektywy 2014/24 – przez skonstruowanie warunków udziału w postępowaniu z pkt III. 1.3) ust. 2 lit. a) w zw. z pkt III. 1.3) ust. 3 ogłoszenia o zamówieniu w sposób, który narusza zasady: równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz swobodnego przepływu towarów i usług, polegające na ograniczeniu wymaganego doświadczenia wyłącznie do wykonania umów zawartych wg prawa polskiego, co znacznie zawęży krąg potencjalnych oferentów faktycznie zdolnych do wykonania tego zamówienia, legitymujących się odpowiednim doświadczeniem i profesjonalizmem.
3. Art. 99 ust. 4 w zw. z art. 101 ust. 1, art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 w zw. z art. 26 ust. 2 TFUE, a także w zw. z art. 18 dyrektywy 2014/24 – przez skonstruowanie warunków udziału w postępowaniu wskazanych w pkt III. 1.3) ust. 2 lit. b) w zw. z pkt III. 1.3) ust. 4-6 ogłoszenia o zamówieniu w sposób, który narusza zasady: równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, swobodnego przepływu towarów,

polegające na ograniczeniu wymaganego doświadczenia do zamówień wykonanych w Polsce, z uwagi na powołanie się na treść załącznika nr 3 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz.U. 2016 r. poz. 226 ze zm.), co znacznie zawęża krąg potencjalnych oferentów faktycznie zdolnych do wykonania tego zamówienia, legitymujących się odpowiednim doświadczeniem i profesjonalizmem.

- 4.Art. 16 pkt 1 i 3 w zw. art. 26 ust. 2 TFUE oraz w zw. z art. 18 dyrektywy 2014/24 – przez naruszenie zasad: równego traktowania wykonawców, proporcjonalności, uczciwej konkurencji oraz swobodnego przepływu towarów, polegające na sformułowaniu treści pkt 6 ppkt 4 załącznika nr 1 do Opisu potrzeb i wymagań {dalej: „OPiW”} w zakresie wymagań ogólnych konstrukcji i wyposażenia odnośnie dopuszczalnego nacisku na oś w sposób, który *a limine* wyklucza wykonawców oferujących lokomotywy o nacisku osiowym 221 kN oraz prowadzi do ich dyskryminacji.
- 5.Art. 101 ust. 1 pkt 2 – przez pominięcie w opisie przedmiotu zamówienia treści pkt 6 ppkt 4 załącznika nr 1 do OPiW w zakresie wymagań ogólnych konstrukcji i wyposażenia normy PN-EN 15528:2015-12 pn. „Kolejnictwo. Klasyfikacja linii w odniesieniu do oddziaływań pomiędzy obciążeniami granicznymi pojazdów szynowych a infrastrukturą”, opublikowanej w 21 grudnia 2015 r. {dalej: „PN-EN 15528”}, co narusza zasadę określoną w tym przepisie oraz powoduje, że Zamawiający *de facto* wybiórczo stosuje parametry zagadnień związanych z masą i naciskiem na tory, co prowadzi do dyskryminacji podmiotów, które ww. normę stosują.
- 6.Art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 ust. 1 i 3 oraz w zw. z art. 26 ust. 2 TFUE oraz w zw. z art. 18 dyrektywy 2014/24 – przez skonstruowanie treści pkt 6 ppkt 4 załącznika nr 1 do OPiW w zakresie wymagań ogólnych konstrukcji i wyposażenia odnośnie dopuszczalnego nacisku na oś w sposób, który może prowadzić do uprzywilejowania niektórych wykonawców oraz wyeliminować innych oferentów zdolnych do wykonania zamówienia, co narusza zasady: uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.
- 7.Art. 16 pkt 1-3 – poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasad: uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian w ogłoszeniu o zamówieniu lub załączniku nr 1 do OPiW:

- 1.Nadania pkt III.1.3) ust. 2 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu następującego brzmienia: 2. *Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia ww warunek, jeżeli wykaże, że w ciągu ostatnich 5 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, należy wykonać: a) dostawę (dostawy) – łącznie nie mniej niż 10 (dziesięciu) lokomotyw z napędem asynchronicznym lub synchronicznym z magnesami stałymi.*
- 2.Wykreślenia lit. b) z pkt III.1.3) ust. 2 ogłoszenia o zamówieniu.
- 3.Nadaniu pkt III.1.3) ust. 3 ogłoszenia o zamówieniu następującego brzmienia: *pod pojęciem dostawy spełniającej wymogi niniejszego warunku, należy rozumieć dostawę w rozumieniu art. 605 ustawy z 23.4.1964 kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740) lub inną równoważną umowę.*
- 4.Dodania w pkt III.1.3) ust. 4-6 ogłoszenia o zamówienia odniesienia, że za spełnienie wymogów wystarczające jest legitymowanie się doświadczeniem równoważnym do wymogów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz.U. 2016 r. poz. 226 ze zm.) {dalej: „rozporządzenie”} i jego załączników.
- 5.Zmiany pkt 6 ust. 3) załącznika nr 1 do OPiW polegającej na odniesieniu się wprost do wymagań określonych w normie PN-EN 15528:2015-12 i wskazaniu na konieczność stosowania takich dopuszczalnych nacisków na oś, które nie ograniczają możliwości wzięcia udziału w postępowaniu podmiotom oferującym lokomotywy o nacisku osiowym 221 kN.

Ponadto z uzasadnienia odwołania wynikają dodatkowo w szczególności następujące okoliczności faktyczne i prawne.

{ad pkt 1 listy zarzutów}

W związku z zacytowanym brzmieniem sekcji III.1.3) pkt 2 lit. a) oraz b) ogłoszenia o zamówieniu, Odwołujący wywiódł m.in., co następuje.

Po pierwsze, że warunki określone odpowiednio w lit. a) oraz b) pozwalają *de facto* na udział w postępowaniu wykonawców niemających żadnego doświadczenia odpowiednio w produkcji oraz naprawie lokomotyw objętych tym zamówieniem, czyli z napędem elektrycznym asynchronicznym lub synchronicznym z magnesami stałymi, które stanowią niewielką część taboru w Polsce.

Po drugie, że z warunków tych wynika wprost dopuszczenie legitymowania się doświadczeniem wyłącznie w zakresie produkcji np. – jak to określił Odwołujący – „lekkich pojazdów kolejowych” lub wyłącznie w świadczeniu usług utrzymania pojazdów kolejowych z napędem elektrycznym, pomimo że zamówienie polega na dostawie i utrzymaniu.

Po trzecie, że dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców niedoświadczonych *ergo* niezdolnych do wykonania zamówienia, rodzi prawdopodobieństwo graniczące z pewnością, że tacy oferenci będą stosować nieadekwatną politykę cenową, co z kolei przełoży się na wybór przez Zamawiającego oferty tańszej, ale opartej na nierealnych założeniach.

Po czwarte, że uwzględnienie istnienia wąskiego kręgu podmiotów zdolnych do realizacji zamówienia spośród wykonawców prowadzących działalność w określonej branży świadczy jedynie o skomplikowanym charakterze zamówienia i nie narusza zasad uczciwej konkurencji, a wręcz oznacza postępowanie w sposób zgodny z zasadą efektywności ekonomicznej.

Po piąte, że dopuszczenie podmiotów świadczących jedynie naprawę narusza zasadę proporcjonalności.

Po szóste, że rozszerzenie kręgu potencjalnych oferentów do podmiotów jedynie realizujących naprawy na terenie Polski, najczęściej bez wymaganego doświadczenia, ogranicza *per se* dostęp do postępowania dla przedsiębiorców z Unii Europejskiej, którzy są zdolni do wykonania tego zamówienia.

{ad pkt 2. i 3. listy zarzutów}

Według Odwołującego naruszenie przez Zamawiającego art. 101 ust. 1 pzp, który – jak sam skonstatował – określa cztery dopuszczalne sposoby opisu przedmiotu zamówienia, polega na tym, że Zamawiający nie uczynił zadość obowiązkowi wskazania, że dopuszcza rozwiązania równoważne w stosunku do określonych wymagań dotyczących wydajności i funkcjonalności, jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, porządkując wyłącznie na wymaganiu, aby wykonawcy legitymowali się doświadczeniem w zakresie dostawy na gruncie polskiego kodeksu cywilnego oraz – jak to określił – „doświadczeń polskich” (definicja „naprawy okresowej” i „czynności utrzymaniowych” jest ograniczona do czynności zdefiniowanych w załączniku nr 3 do rozporządzenia.

{ad pkt 4.- 6. listy zarzutów}

Odwołujący podał następujące okoliczności.

Po pierwsze, że zgodnie z dodatkiem 2.2. do Regulaminu sieci PKP PLK S.A. dla większości linii normalnotorowych zarządcą sieci ustanowił maksymalny nacisk 221 kN i wiele lokomotyw eksploatowanych przez krajowych i zagranicznych przewoźników w tej sieci posiada taki właśnie nacisk osi na szynę.

Po drugie, że lokomotywę o nacisku na oś wynoszącym maksymalnie 220 kN oferuje wyłącznie Newag (do odwołania załączono przykładowy katalog lokomotyw elektrycznych tego producenta).

Po trzecie, że istnieją dwie metody pomiaru nacisków osiowych: według karty UIC oraz według normy EN-15528, przy czym ta druga jest powszechnie stosowana przez profesjonalnych producentów taboru kolejowego.

Po czwarte, że norma PN-EN 15528:2015-12 dopuszcza nacisk na oś w granicach +/- 3-procentowej tolerancji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 1 lipca 2021 r. wniósł o jego oddalenie, w szczególności następująco odnosząc się do poszczególnych zarzutów.

{ad pkt 1 listy zarzutów}

Zamawiający wskazał na następujące okoliczności faktyczne.

W OPIW celowo nie wskazano, że przedmiotem zamówienia są lokomotywy z napędem asynchronicznym lub synchronicznym z magnesami stałymi, gdyż o ile aktualnie lokomotywy osiągające prędkość 200 km/h produkowane są właśnie z takimi napędami, o tyle Zamawiający może podczas dialogu rozmawiać z wykonawcami odnośnie możliwych rozwiązań technicznych dla osiągnięcia takiej prędkości przez zamawiane lokomotywy.

Napęd asynchroniczny lub synchroniczny jest rodzajem napędu elektrycznego.

Silnik jest jednym z podzespołów lokomotywy, który może być zamówiony przez producenta lokomotyw u producenta tego rodzaju silników. Producent silników może być następnie podwykonawcą producenta lokomotyw w zakresie czynności związanych z utrzymaniem technicznym tego rodzaju silników, a w szczególności serwisu, napraw lub napraw gwarancyjnych.

Zgodnie z brzmieniem pkt III.1.3 ust. 4 i 5 ogłoszenia o zamówieniu: zdefiniowano

4. *Za naprawy okresowe, spełniające wymogi niniejszego warunku, uznane zostaną usługi utrzymaniowe na poziomie P5 w rozumieniu załącznika nr 3 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.10.2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz. U. 2016 r. poz. 226 ze zm.).*

5. *Przez modernizację w rozumieniu powyższego warunku rozumie się prace modyfikacyjne zgodnie z § 2 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12.10.2005 w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz. U. z 2016 r. poz. 226 ze zm.).*

Zgodnie z załącznikiem nr 3 do ww. rozporządzenia poziom P5 utrzymania pojazdu kolejowego oznacza: *Czynności mające na celu podniesienie standardu pojazdu kolejowego lub jego odnowienie wykonywane w wyspecjalizowanych zakładach lub u producenta. 1. Demontaż zespołów i podzespołów z pojazdów kolejowych i ich wymiana na nowe lub zregenerowane. 2. Modyfikacje nadwozi pojazdów kolejowych i układów biegowych.*

Z kolei § 2 pkt 2 ww. rozporządzenia definiuje modernizację pojazdu kolejowego jako *prace modyfikacyjne w pojeździe kolejowym, które zmieniają przeznaczenie pojazdu lub poprawiają jego ogólne osiągi techniczne, a w szczególności: zmianę charakterystyki trakcyjnej, prędkości maksymalnej, mocy, zdolności do zasilania w różnych systemach.*

Według Zamawiającego zarówno modernizacja, jak i naprawa P5 stanowią gruntowną przebudowę pojazdu – umożliwiającą uzyskanie przez pojazd nowych parametrów technicznych (np. dostosowanie do większej prędkości) – której stopień skomplikowania jest porównywalny, a nawet większy niż produkcja nowego pojazdu.

Zamawiający wskazał na następujące okoliczności prawne.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Proporcjonalność warunku udziału do przedmiotu zamówienia nie oznacza, że warunek ma być tożsamy z przedmiotem zamówienia.

W tych okolicznościach Zamawiający stwierdził, co następuje.

Zarzut odwołania oparty jest na potocznym rozumieniu terminu „naprawa”, co jest nieadekwatne do „modernizacji” lub „naprawy okresowej” w rozumieniu zdefiniowanym na potrzeby warunku udziału z pkt III.1.3.n ust. 2 lit. a ogłoszenia o zamówieniu, gdyż wiedza i doświadczenie uzyskiwane przy realizacji takich usług są porównywalne jak przy produkcji nowych pojazdów kolejowych.

Powyższy warunek udziału został określony szerzej niż wymaga tego interes gospodarczy Odwołującego, który zmierza do zaostreżenia tego warunku. w celu niedopuszczenia innych wykonawców do udziału w postępowaniu.

Skoro tylko niewielka część taboru w Polsce ma silniki asynchroniczne lub synchroniczne z magnesami stałymi, postawienie takiego warunku znacząco zawężyłoby konkurencję.

Odwołujący nie przedstawił żadnego argumentu, dlaczego doświadczenie w naprawie lokomotyw z napędem asynchronicznym lub synchronicznym z magnesami stałymi jest minimalnym poziomem dla ustalenia doświadczenia wykonawców umożliwiającego wykonanie tego zamówienia. Samo powołanie się na to, że skoro lokomotywy będą miały taki napęd, doświadczenie musi być również w dostawie lub naprawie lokomotyw z tożsamym rodzajem napędu, nie jest wystarczające.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Brzmienie pkt III.1.3) ust. 3 ogłoszenia o zamówieniu: *Pod pojęciem dostawy spełniającej wymogi niniejszego warunku, należy rozumieć dostawę w rozumieniu art. 605 ustawy z 23.4.1964 kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740) fabrycznie nowych pojazdów kolejowych z napędem elektrycznym.*

Brzmienie art. 605 kc: *Przez umowę dostawy dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczania częściami albo okresowo, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i do zapłacenia cen.*

Brak odrębnego sprecyzowania w treści warunku rozumienia „dostawy” prowadziłoby do konieczności uznania, że pojęcie to obejmuje również sprzedaż, leasing itp. umowy nazwane wymienione w art. 7 pkt 4 pzp, czyli również takie, których istotą jest jedynie przeniesienie władztwa nad rzeczą, a nie jej wytworzenie.

Dla Zamawiającego kluczowe znaczenie ma to, aby doświadczenie wykonawcy polegało na wyprodukowaniu lokomotyw i dostarczaniu ich częściami albo okresowo, co jest standardem na rynku pojazdów kolejowych. Zamawiający oczekuje w ten sposób, że do postępowania przystąpią producenci pojazdów kolejowych, a nie pośrednicy w ich sprzedaży.

Zamawiający podkreślił, że każde zbycie pojazdu kolejowego przez jego producenta, niezależnie od zakresu

dostosowania przedmiotu zakupu pod kupującego, spełnia warunek dostawy w rozumieniu art. 605 kc, a co za tym idzie w rozumieniu warunku doświadczenia w niniejszym postępowaniu.

Natomiast błędne jest założenie, na którym oparty został zarzut, że taka dostawa musiała być wykonana w Polsce, na podstawie umowy, dla której prawem właściwym jest prawo polskie.

Zamawiający posłużył się polskim kodeksem cywilnym (dalej: „kc”), tylko i wyłącznie celem zdefiniowania co rozumie pod pojęciem „dostawy” w warunku doświadczenia. Za spełniające warunek zostaną uznane te dostawy, które zakresem odpowiadają definicji z kc, niezależnie od tego pod rządami przepisów jakiego prawa zostały zawarte i wykonane.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Brzmienie warunku z pkt III.1.3) ust. 2 lit. b) ogłoszenia o zamówieniu –*naależyce wykonać: b) co najmniej 15 (piętnaście) usług utrzymania pojazdów kolejowych z napędem elektrycznym obejmującym czynności utrzymaniowe na 2-gim poziomie utrzymania, 10 (dziesięć) usług utrzymaniowych na 3-im poziomie utrzymania oraz co najmniej 5 (pięć) usługi na co najmniej 4-tym poziomie utrzymania.*

Jednocześnie w pkt III.1.3) ust. 6 ogłoszenia o zamówieniu następująco zdefiniowano czynności utrzymaniowe dla potrzeb rozumienia powyższego warunku: *Za usługi utrzymaniowe (czynności utrzymaniowe) spełniające wymogi niniejszego warunku, uznane zostaną usługi utrzymaniowe odpowiednio na poziomie co najmniej poziomu P2, poziomu P3, poziomu P4 i poziomu P5 w rozumieniu załącznika nr 3 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.10.2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz. U. z 2016 r. poz. 226 ze zm.).*

Przepisy załącznika nr 3 do rozporządzenia są bardzo ogólne, gdyż zostały one skonstruowane następująco w formie tabeli z opisem kolumn: [1] *Poziom utrzymania* [2] *Charakterystyka* [3] *Ramowy zakres prac.*

[1] *Poziom 2* [2] *Czynności, które zapobiegają przekroczeniom limitów zużycia, wykonywane na specjalistycznych stanowiskach, w przerwach między kolejną planowaną eksploatacją pojazdu kolejowego.* [3] *1. Szczegółowa ocena stanu technicznego pojazdu kolejowego poprzez sprawdzenie działania jego obwodów, oględziny dostępnych także po demontażu określonych w dokumentacji podzespołów, przewidziane w dokumentacji badania diagnostyczne. 2. Naprawy dokonywane przez wymianę standardowych elementów.*

[1] *Poziom 3* [2] *Czynności z zakresu utrzymania, które zapobiegają przekroczeniom limitów zużycia wykonywane na specjalistycznych stanowiskach, z wyłączeniem pojazdu kolejowego z planowanej eksploatacji.* [3] *1. Szczegółowa ocena stanu technicznego pojazdu kolejowego poprzez sprawdzenie działania jego obwodów, oględziny dostępnych także po demontażu określonych w dokumentacji podzespołów, a także przewidziane w dokumentacji badania diagnostyczne. 2. Planowe wymiany podzespołów oraz niewielkie naprawy zespołów i podzespołów funkcjonalnych wykonywane na wyspecjalizowanych stanowiskach.*

[1] *Poziom 4* [2] *Czynności wykonywane z zakresu utrzymania naprawczego wykonywane w zakładach posiadających zaplecze techniczne i stanowiska pomiarowe.* [3] *1. Szczegółowe sprawdzenie stanu technicznego przewidzianych w dokumentacji podzespołów i zespołów połączone z ich demontażem z pojazdu kolejowego. 2. Planowe wymiany podzespołów i zespołów. 3. Naprawy zespołów i podzespołów wykonywane w wyspecjalizowanych warsztatach.*

[1] *Poziom 5* [2] *Czynności mające na celu podniesienie standardu pojazdu kolejowego lub jego odnowienie wykonywane w wyspecjalizowanych zakładach lub u producenta.* [3] *1. Demontaż zespołów i podzespołów z pojazdów kolejowych i ich wymiana na nowe lub zregenerowane. 2. Modyfikacje nadwozi pojazdów kolejowych i układów biegowych.*

Takie poziomy utrzymania będzie realizował wykonawca, którego oferta zostanie wybrana w tym postępowaniu.

Zamawiający posłużył się rozporządzeniem celem zdefiniowania, co rozumie pod pojęciem usług utrzymaniowych poziomu P2, P3, P4 i P5. Za spełniające warunek zostaną uznane czynności, które zakresem odpowiadają odpowiednim czynnościom wskazanym w rozporządzeniu, niezależnie od tego, na jakim prawie były wykonywane.

Błędne jest założenie Odwołującego, że czynności utrzymaniowe, którymi wykonawca ma się wykazać w warunku doświadczenia w usługach utrzymania, muszą być wykonane na podstawie prawa polskiego, tj. przywołanego rozporządzenia

Odwołujący nie wykazał, który element z ww. czynności utrzymaniowych poziomu P2-P4 (gdyż tylko te znajdują się w warunku b), a z warunku a) Odwołujący zamierza posłużyć się doświadczeniem w dostawie, a nie w naprawie P5), jest tak odmienny dla wykonawców zagranicznych, że stanowi dyskryminację tych wykonawców. Samo odniesienie się do definicji z polskich przepisów nie stanowi naruszenia przepisów pzp, gdyż nikogo nie dyskryminuje.

{ad pkt 4. i 6. listy zarzutów}

Pkt 6 ust. 3) załącznika nr 1 do OPIW brzmiał: *6 Wymagania ogólne dotyczące konstrukcji i wyposażenia: 3) dopuszczalny nacisk na oś ≤ 220 kN.*

Po zmianie OPIW z 29.06.2021 r. pkt 6 ust. 3) Załącznika nr 1 do OPIW brzmi następująco: *6. Wymagania ogólne dotyczące konstrukcji i wyposażenia: 3) dopuszczalny nacisk na oś ≤ 221 kN.*

Odwołanie stało się więc bezprzedmiotowe w zakresie tego zarzutu, stąd podlega oddaleniu, chyba że Odwołujący cofnie odwołanie. Zamawiający oświadczył, że zmieniłby ten parametr w wniosku wykonawcy złożony w drodze pytań do OPIW, bez konieczności składania odwołania.

{ad pkt 5 listy zarzutów}

Według Zamawiającego zarzut ten jest niezasadny, gdyż nie wyspecyfikowano normy, wg której należy potwierdzić spełnianie warunku nacisku osiowego, z uwagi na jednoznaczne określenie wymagania zgodności pojazdu z TSI. Ponieważ TSI zawiera odnośne normy i specyfikacje szczegółowo wskazujące sposób wykazywania spełniania parametrów pojazdów, Zamawiający nigdzie nie wskazywał norm odniesienia.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 npzp

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowiska, a Przystępujący poparli stanowisko Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępujących, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego

przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwoławczy wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż wskazał, że chce się ubiegać o jego udzielenie, a jednocześnie w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami, nie może tego uczynić skutecznie, w czym wyraża się możliwość poniesienia przez niego szkody.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Izba ustaliła poniższe okoliczności jako istotne.

Na wstępie zaznaczyć trzeba, że formalnie zakresem zaskarżenia w ramach tego zarzutu objęte są oba warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej określone w sekcji III.1.3) pkt 2 lit. a) oraz b) ogłoszenia o zamówieniu [odpowiednio w rozdziale VIII pkt 2 ppkt 1 lit. d) pkt „i” oraz „ii” OPIW], która ma polegać na tym, że wykonawca *ciągu ostatnich 5 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał:*

- [po pierwsze –] *dostawę (dostawy) lub naprawę okresową (naprawy okresowe) lub naprawę okresową (naprawy okresowe) z modernizacją (modernizacjami) – łącznie nie mniej niż 10 (dziesięciu) pojazdów kolejowych z napędem elektrycznym i*

- [po drugie –] *co najmniej 15 (piętnaście) usług utrzymania pojazdów kolejowych z napędem elektrycznym obejmujących czynności utrzymaniowe na 2-gim poziomie utrzymania, 10 (dziesięć) usług utrzymaniowych na 3-im poziomie utrzymania oraz co najmniej 5 (pięć) usług na co najmniej 4-tym poziomie utrzymania.*

W drugiej kolejności konieczne jest poczynienie następujących uwag natury ogólnej co do specyfiki postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego. Otóż na etapie poprzedzającym składanie wniosków o dopuszczenie do dialogu konkurencyjnego nie jest jeszcze wymagane sporządzenie wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, o którym mowa w art. 99 ust. 1 i 2 pzp. Wiąże się to ze zdefiniowaną w art. 169 pzp specyfiką tego trybu, w którym zamawiający prowadzi dialog z zaproszonymi do niego wykonawcami m.in. w zakresie zaproponowanych przez nich rozwiązań. Stąd art. 172 pzp nakazuje zamawiającemu, w celu ustalenia przez wykonawców m.in. potrzeb zamawiającego dotyczących charakteru i zakresu zamówienia, sporządzenie opisu tych potrzeb, co według art. 174 ust. 1 w zw. z art. 156 ust. 1 pkt 4 i 5 pzp sprowadza się do określenia przedmiotu zamówienia oraz opisu potrzeb zamawiającego i cech charakterystycznych dostaw, usług lub robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia. Przy czym zgodnie z art. 184 ust. 1 pzp zamawiający prowadzić dialog do momentu, gdy jest w stanie określić rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby. W konsekwencji zamawiający dopiero po zakończeniu dialogu sporządza specyfikację warunków zamówienia, która stanowi doprecyzowanie oraz uzupełnienie informacji zawartych uprzednio w opisie potrzeb, na podstawie rozwiązań przedstawionych w dialogu (art. 185 ust. 1 pzp), w szczególności zawierającą opis przedmiotu zamówienia (art. 185 ust. 2 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4 pzp).

Powyższa specyfika znalazła odzwierciedlenie w rozdziale V OPIW, dotyczącym właśnie określenia przedmiotu zamówienia, gdzie w pkt 11 Zamawiający zaznaczył, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz szczegółowe warunki realizacji przedmiotu zamówienia określone zostaną w SWZ, w tym w istotnych postanowieniach umowy, po przeprowadzeniu dialogu z wykonawcami.

Z kolei załącznik nr 1 do OPIW pn. „Opis potrzeb i wymagań wraz z opisem charakteru i zakresu przedmiotu zamówienia” [w brzmieniu uwzględniającym zmiany wprowadzone po wniesieniu odwołania] sprowadza się do odniesienia do określenia konstrukcji zamawianych lokomotyw elektrycznych {nazywanych dalej również „pojazdami”} do poniższych postanowień.

6. *Wymagania ogólne dotyczące konstrukcji i wyposażenia:*

1) *eksploatacja na torach o szerokości 1435 mm;*

2) *układ osi: Bo'Bo';*

3) *dopuszczalny nacisk na oś ≤ 221 kN;*

4) *budowa lokomotywy:*

- *modułowa dwukabinowa,*

- *kabina maszynisty dwuosobowa - ze stanowiskiem dla maszynisty i pomocnika maszynisty, stanowisko maszynisty po prawej stronie w kierunku jazdy;*

5) *zasilanie z sieci trakcyjnej: 3kV DC, 15kV AC, 25 kV AC;*

6) *ilość pantografów – minimum 2 (dwa);*

7) *minimalny okres eksploatacji lokomotywy 30 lat;*

8) *prędkość eksploatacyjna: co najmniej 200 km/h;*

9) *trakcja wielokrotna – wymagana;*

10) *dopuszczenie do eksploatacji: (...)*

11) *minimalny przebieg pomiędzy przeglądami P1: 25 000 km;*

12) *minimalny czas do wykonania naprawy P4: 60 miesięcy;*

13) *minimalna moc ciągu lokomotywy: 5,6 MW.*

7. *Urządzenia bezpieczeństwa, sterowania ruchem i łączności:*

1) *STM zgodnie z TSI dla krajów: Polska, Niemcy, Austria, Czechy, Słowacja, Węgry;*

2) *urządzenia czujności – SIFA zgodnie z TSI;*

3) *łączność radiowa: radiotelefony dualne (analogowe i GSM-R) umożliwiające eksploatację w krajach Polska, Niemcy, Austria, Czechy, Słowacja, Węgry, wyposażone w funkcję Radiostop;*

4) *ETCS – urządzenia pokładowe poziomu drugiego L2;*

5) *realizacja sygnału A1 „Alarm” zgodnie z wytycznymi instrukcji Ie-1 PKP PLK;*

6) *narodowe systemy bezpieczeństwa dla krajów: Polska, Niemcy, Austria, Czechy, Słowacja, Węgry.*

8. *Wymagane systemy teletechniczne i teleinformatyczne:*

1) *system diagnostyki pokładowej;*

2) *przeciwpowozowy system alarmowy;*

3) *monitoring wizyjny CCTV szlaku;*

4) *prawny rejestrator drogi zintegrowany z prędkościomierzem;*

5) *prędkościomierz elektroniczny;*

6) *dostęp do Internetu dla załogi (opcjonalny);*

7) *system GPS;*

8) *system łączności Pokład-Ziemia;*

9) *moduł komunikacji GSM/LTE do wymiany danych.*

Ponadto z jednej strony niesporne było, że aktualnie produkowane lokomotywy elektryczne o prędkości konstrukcyjnej

200 km/h lub większej mają napęd asynchroniczny, a elektryczne zespoły trakcyjne {zwane w skrócie „EZT”} o takiej prędkości konstrukcyjnej występują również z napędem synchronicznym z magnesami stałymi. Z drugiej strony Zamawiający poniósł, że celowo na tym etapie postępowania nie określał rodzaju napędu elektrycznego, gdyż nie wie, jakie w tym zakresie rozwiązania zaproponują mu wykonawcy w toku dialogu. Przede wszystkim Odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu, nie wykazał, że uwzględniając aktualny stan wiedzy technicznej obiektywnie niemożliwe jest, aby w toku dialogu przedstawione zostały rozwiązania bazujące na jeszcze innym napędzie elektrycznym, a nie jest to okoliczność, która ma charakter notoryjny.

Przy tak zwężonej określonej konstrukcji technicznej zamawianych lokomotyw elektrycznych z opisu zawartego w rozdziale VIII pkt 2 ppkt 1 lit. d) OPiW [odpowiednio w sekcji III.1.3) pkt 2-8 ogłoszenia] wynika, że zdolnym zawodowo technicznie do ich dostarczenia ma być wykonawca, który legitymuje się doświadczeniem w należyтым wyprodukowaniu i dostarczeniu lub wykonaniu naprawy okresowej (czynności mających na celu podniesienie standardu pojazdu kolejowego (rozumianego jako pojazd z napędem elektrycznym dostosowany do poruszania się na własnych kołach po torach kolejowych) lub jego odnowienie wykonywanych w wyspecjalizowanych zakładach lub u producenta, polegających na demontażu zespołów i podzespołów z pojazdów kolejowych i ich wymianie na nowe lub zregenerowaniu oraz modyfikacji nadwozi pojazdów kolejowych i układów biegowych) lub wykonaniu takiej naprawy okresowej z modernizacją (prac modyfikacyjnych w pojeździe kolejowym, które zmieniają przeznaczenie pojazdu lub poprawiają jego ogólne osiągi techniczne, a w szczególności: zmianę charakterystyki trakcyjnej, prędkości maksymalnej, mocy, zdolności do zasilania w różnych systemach) łącznie co najmniej dziesięciu pojazdów kolejowych z napędem elektrycznym. Przy czym w sytuacji, gdy wykonawca w dacie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonuje zamówienie, warunek uznaje się za spełniony, jeżeli do upływu terminu składania wniosków wykonawca wykonał dostawy, naprawy lub naprawy z modernizacją określonej powyżej liczby pojazdów.

Tymczasem rozważany zarzut odwołania w przeważającej mierze opiera się na przejściu do porządku dziennego nad tą częścią opisu warunku, która zawarta jest w pkt 3-8 sekcji III.1.3) ogłoszenia [odpowiednio w akapitach 2-6 pkt 2 rozdziału VIII OPiW], gdzie zdefiniowano, co należy rozumieć przez naprawę okresową lub modernizację pojazdu kolejowego z napędem elektrycznym (przy czym niektóre z tych postanowień w zupełnie innym kontekście są przedmiotem innych zarzutów). Skoro w ramach tego zarzutu poprzestano na przeciwstawianiu wyprodukowania lokomotywy elektrycznej jej naprawie (w bliżej niesprecyzowanym znaczeniu), nie zostało wykazane, że bezpodstawnie dopuszczone zostało doświadczenie wynikające z wykonania naprawy okresowej lub naprawy z modernizacją lokomotywy elektrycznej w znaczeniu, które w istocie zostało zdefiniowane w tych niezakwestionowanych postanowieniach opisu warunku.

W ten sposób Odwołujący pozbawił się również możliwości wykazania, że zdolność do napraw okresowych lub napraw okresowych z modernizacjami, o których mowa w treści warunku (według Odwołującego dotyczące starszych typów lokomotyw), pojazdów kolejowych z napędem elektrycznym nie może być traktowana na równi ze zdolnością do wyprodukowania i dostarczenia lokomotyw elektrycznych z napędem asynchronicznym lub synchronicznym z napędem stałym.

Przy czym okazało się, że żądanie ograniczenia warunku wyłącznie do doświadczenia w dostawie (*de facto* w rozumieniu art. 605 Kodeksu cywilnego) lokomotyw elektrycznych z napędem asynchronicznym lub synchronicznym z napędem stałym jest nieuzasadnione również z innego powodu. Na rozprawie niesporne było bowiem, że obecnie na rynku występują lokomotywy o prędkości konstrukcyjnej 200 km/h lub większej wyłącznie z napędem asynchronicznym. Natomiast napęd synchroniczny z magnesami stałymi występuje wyłącznie w przypadku EZT. Tym samym okazało się, że zarzut i żądanie odwołania oparte są na błędnym założeniu faktycznym. Jednocześnie Odwołujący do zamknięcia rozprawy nie pokusił się o wyjaśnienie, co konkretnie należy rozumieć przez – jak to enigmatycznie określono w odwołaniu – „lekkie pojazdy elektryczne”.

Jak to wynika już z nazwy nadanej postępowaniu, a co zostało potwierdzone w pkt 5 rozdziału VIII OPiW, niniejsze zamówienie obejmuje nie tylko dostawę lokomotyw elektrycznych, ale i świadczenie usług ich utrzymania.

Zgodnie z brzmieniem pkt 3 załącznika nr 1 do OPiW: *Przedmiotem zamówienia jest:*

1) dostawa 63-ech (sześćdziesięciu trzech) wielosystemowych lokomotyw elektrycznych („Pojazdy”) wraz z przeszkaleniem osób wskazanych przez Zamawiającego w zakresie ich obsługi, a także dostawa elementów wchodzących w skład wyprawki (pakietu naprawczego);

2) świadczenie przez Wykonawcę usług utrzymania Pojazdów.

Przy czym w tym drugim aspekcie przedmiot zamówienia został następująco określony w pkt 5. Wymagania Zamawiającego dotyczące świadczenia usług utrzymania Pojazdów:

1) Wykonawca będzie zobowiązany do świadczenia usług utrzymania technicznego Pojazdów dla poziomów P1, P2 i P3 wg Załącznika nr 3 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (tj. Dz. U. z 2016, poz. 226 z późn. zm.) przy zachowaniu warunku współczynnika gotowości technicznej wynoszącego co najmniej 95 % oraz współczynnika niezawodności taboru wynoszącego co najmniej 95 %, a także współpracę z pracownikami Zamawiającego przy wykonywaniu utrzymania technicznego poziomu P1 Pojazdów;

2) Wykonawca zobowiązany będzie do zapewnienia specjalistycznego wyposażenia do świadczenia usług utrzymania takich jak narzędzia specjalne, przyrządy oraz sprzęt diagnostyczny;

3) Wykonawca zobowiązany będzie do świadczenia usług utrzymania nieplanowego, korekcyjnego oraz napraw pogwarancyjnych;

4) Wykonawca zobowiązany będzie do wykonywania czyszczenia Pojazdów;

5) Wykonawca zobowiązany będzie do udostępnienia narzędzia informatycznego w ramach świadczenia usług utrzymania Pojazdów, dla przekazywania informacji o Uszkodzeniach/Usterkach lub Awariach stwierdzonych w Pojazdach;

6) Wykonawca od początku świadczenia usług utrzymania zaangażuje pracowników Zamawiającego bezpośrednio w wykonywaną pracę przy utrzymaniu Pojazdów według modelu: 50% pracowników Wykonawcy oraz 50% pracowników Zamawiającego gdzie liderem będzie pracownik Wykonawcy;

7) Wykonawca zapewni regularne szkolenia pracowników Zamawiającego w zakresie nabycia wiedzy i umiejętności do samodzielnego utrzymania Pojazdów po zakończeniu świadczenia usług utrzymania przez Wykonawcę;

8) Wymagany okres świadczenia usług utrzymania przez Wykonawcę będzie liczony od dnia protokolarnego odbioru końcowego pierwszego Pojazdu do momentu wykonania pierwszej naprawy P4 dla ostatniego Pojazdu (z zastrzeżeniem, że usługa utrzymania Pojazdów kończy się indywidualnie dla każdego z Pojazdów po wykonaniu pierwszej naprawy P4), jednak nie krócej niż 60 miesięcy liczonych od dnia protokolarnego odbioru końcowego dostawy każdego z Pojazdów;

9) Wykonawca w ramach świadczenia usług utrzymania zobowiązany będzie do zarządzania konfiguracją oraz zarządzanie wymianą w ramach utrzymania. Po każdej wprowadzonej zmianie w pojeździe (także w odniesieniu do oprogramowania) będzie zobowiązany do przekazania dokumentacji z procesu zarządzania zmianą;
10) Wykonawca zobowiązany będzie do posiadania certyfikatu funkcji przeprowadzania utrzymania (zgodnie z Rozporządzeniem 2019/779) lub certyfikatu IRIS (ISO/TS 22163) przez cały okres świadczenia usług utrzymania (ważny najpóźniej od dnia rozpoczęcia świadczenia usług utrzymania).

Przy tak określonym zakresie usług utrzymania zamawianych lokomotyw elektrycznych z opisu zawartego w rozdziale VIII pkt 2 pkt 1 lit. d OPIW [odpowiednio w sekcji III.1.3) pkt 2-8 ogłoszenia] wynika, że zdolnym zawodowo i technicznie do ich dostarczenia ma być wykonawca, który legitymuje się doświadczeniem w należyтым wykonaniu usług utrzymania pojazdów kolejowych z napędem elektrycznym:

- 1) co najmniej piętnastu obejmujących czynności, które zapobiegają przekroczeniom limitów zużycia, wykonywane na specjalistycznych stanowiskach, w przerwach między kolejną planowaną eksploatacją pojazdu kolejowego (szczegółowa ocena stanu technicznego pojazdu kolejowego przez sprawdzenie działania jego obwodów, oględziny dostępnych bez demontażu podzespołów, przewidziane w dokumentacji badania diagnostyczne; naprawy dokonywane przez wymianę standardowych elementów);
- 2) co najmniej dziesięciu obejmujących czynności z zakresu utrzymania, które zapobiegają przekroczeniom limitów zużycia wykonywane na specjalistycznych stanowiskach, z wyłączeniem pojazdu kolejowego z planowanej eksploatacji (szczegółowa ocena stanu technicznego pojazdu kolejowego poprzez sprawdzenie stanu technicznego obwodów, oględziny dostępnych także po demontażu określonych w dokumentacji podzespołów, a także przewidziane w dokumentacji badania diagnostyczne; planowe wymiany podzespołów oraz niewielkie naprawy zespołów i podzespołów funkcjonalnych wykonywane na wyspecjalizowanych stanowiskach);
- 3) co najmniej pięciu obejmujących czynności z zakresu utrzymania naprawczego wykonywane w zakładach posiadających zaplecze techniczne i stanowiska pomiarowe (szczegółowe sprawdzenie stanu technicznego przewidzianych w dokumentacji podzespołów i zespołów połączone z ich demontażem z pojazdu kolejowego; planowe wymiany podzespołów i zespołów; naprawy zespołów i podzespołów wykonywane w wyspecjalizowanych warsztatach).

Odwwołanie nie zawiera żadnych okoliczności dla uzasadnienia żądania wykreślenia powyższego warunku udziału w postępowaniu, wskazujących dlaczego miałby on być nieadekwatny w kontekście przedmiotu zamówienia. W szczególności również w tym zakresie zarzut nie polega na odniesieniu się do całości opisu warunku zawartego w pkt 3-8 sekcji III.1.3) ogłoszenia [odpowiednio w akapitach 2-6 pkt 2 rozdziału VIII OPIW], gdzie zdefiniowano, co należy rozumieć przez poszczególne poziomy utrzymania. Natomiast paradoksalnie z uzasadnienia i żądania dotyczącego innego zarzutu (z pkt 4. listy zarzutów) wynika, że Odwołujący doskonale zdaje sobie sprawę, do jakiego aktu prawnego odesłano w celu wskazania zakresu prac, w których należyтым wykonaniu wymagane jest doświadczenie.

Reasumując, Izba ustaliła, że nie zostało wykazane przez Odwołującego, na którym na mocy art. 534 ust. 1 pzp spoczywał ciężar dowodu, że określone przez Zamawiającego warunki dotyczące wiedzy i doświadczenia wykonawców ubiegających się o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia są nieadekwatne w stosunku do określenia przedmiotu zamówienia – ani w aspekcie proporcjonalności, ani w aspekcie przydatności dla oceny zdolności wykonawcy do należytego jego wykonania.

Wręcz przeciwnie, z okoliczności opisanych w odwołaniu wprost wynika, że celem Odwołującego, który sam jest producentem lokomotyw elektrycznych z napędem asynchronicznym o prędkości konstrukcyjnej co najmniej 200 km/h, jest wyeliminowanie możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie wszystkich tych producentów, którzy jeszcze nie produkują seryjnie lokomotyw elektrycznych osiągających takie prędkości.

Tymczasem z ramowego określenia przedmiotu zamówienia nie wynika wyłączenie możliwości zaoferowania w tym postępowaniu lokomotywy, która zostanie wyprodukowana specjalnie na potrzeby Zamawiającego. Natomiast wybór trybu dialogu technicznego wskazuje wręcz na to, że Zamawiający otwarty jest na zaproponowanie przez wykonawców różnych rozwiązań technicznych, w tym takich, które dotychczas nie były wykorzystywane.

O ile w tym postępowaniu Zamawiający *de facto* wymaga, aby wykonawca był producentem oferowanych lokomotyw [co jednak nie jest przedmiotem zarzutu w tej sprawie], o tyle nie oznacza to oczywiście, że musi być też producentem wszystkich, czy nawet najistotniejszych podzespołów, z których będzie się składać lokomotywa spełniająca wymagania ostatecznego opisu przedmiotu zamówienia. Z uwagi na postęp techniczny w przypadku tak skomplikowanego pojazdu wręcz wysoce nieprawdopodobne jest, aby jego producent nie korzystał ze wsparcia kooperantów specjalizujących się w produkcji poszczególnych podzespołów i części.

Ponieważ jest to dopiero pierwsze tak duże zamówienie na lokomotywy rozwijające prędkość 200 km/h lub większą i specyfikę polskiego rynku, która polega na uzależnieniu krajowych producentów pojazdów kolejowych z napędem elektrycznym od podaży wewnętrznej, wymaganie doświadczenia w produkcji seryjnej elektrycznych pojazdów kolejowych osiągających taką prędkość, w tym z określonym rodzajem napędu, w praktyce bardzo ograniczałoby konkurencję, co w oczywisty sposób nie jest w interesie Zamawiającego.

Przed wszystkim Odwołujący nie był w stanie, a wręcz nawet nie podjął próby wykazania, że wykonawca, który ma wiedzę i doświadczenie wynikające z wyprodukowania lub co najmniej naprawy okresowej lokomotyw elektrycznych czy EZT o prędkości konstrukcyjnej np. 160 km/h, z uwagi na konkretne uwarunkowania techniczno-technologiczne nie może być uznany za zdolnego do wyprodukowania na potrzeby tego zamówienia lokomotyw elektrycznych o prędkości konstrukcyjnej 200 km/h.

Ponadto wnioskowane w odwołaniu brzmienie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (czyli *de facto* proponowana zmiana pierwszego z warunków, który miałby stać się jedynym) nie dotyczy kwestii zapewnienia realizacji przedmiotu tego zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Wreszcie oczywiste jest, że rozważane zarzuty zawarte w odwołaniu nie dotyczą bezpośrednio opisu przedmiotu zamówienia, a tego, czy określenie warunków udziału w postępowaniu jest adekwatnie do tego opisu.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut i żądania są niezasadne.

Według odwołania rozpoznawane zarzuty dotyczą naruszenia przez Zamawiającego art. 99 ust. 4 w zw. z art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 PZP i 17 ust. 1 i 2 ustawy pzp

Art. 16 pzp nakazuje zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do

przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Przy czym z art. 112 ust. 2 pkt 4 pzp wynika, że warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.

Generalne granice swobody zamawiającego przy określeniu warunków udziału w postępowaniu, tak jak przy innych aspektach związanych z przygotowaniem postępowania, wyznaczają zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności jako nadrzędne zasady udzielania zamówień, o których mowa w art. 16 pzp. Ponieważ każdy warunek udziału z istoty rzeczy ogranicza konkurencję do wykonawców, którzy będą go w stanie spełnić, z art. 112 ust. 1 pzp wynika dookreślenie zakresu luzu decyzyjnego zamawiającego w trzech, wzajemnie się uzupełniających, aspektach. Po pierwsze, warunki nie mogą być nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Po drugie, warunki muszą dotyczyć okoliczności, które umożliwiają ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Po trzecie, warunki powinny w możliwie najmniejszym stopniu ograniczać dostęp do zamówienia wykonawców.

Stosując zasadę proporcjonalności przy ustanawianiu warunków udziału w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek takiego ich opisanie, aby były one uzasadnione: wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Zamawiający musi mieć także na uwadze, aby ich konstrukcja nadmiernie nie ograniczyła konkurencji. Ograniczenie to dopuszczalne jest jedynie w jak najmniejszym stopniu, tj. tylko takim, który jest niezbędny i odpowiedni do osiągnięcia celu [uzasadnienie wyroku Izby z 16 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1500/19].

Warunki udziału w postępowaniu nie muszą być tożsame i identyczne z przedmiotem zamówienia. Warunki mają jedynie pozostawać w odpowiedniej proporcji do opisu przedmiotu zamówienia. Istotny jest także cel formułowania warunków, służą one jedynie weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Zdolny do wykonania zamówienia to nie zawsze taki wykonawca, który wykonał identyczne zamówienie z obecnie zamawianym. Na uwagę zasługuje fakt, że ustawodawca wprost nadmiernie w przepisie o minimalnych poziomach zdolności, a więc takich, których osiągnięcie zapewni zamawiającemu, że kontrakt publiczny zdobędzie wykonawca wiarygodny [uzasadnienie wyroku Izby z 25 maja 2020 r. sygn. akt KIO 457/20].

Proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Proporcjonalność oznacza zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękopisów należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, uniemożliwiając ubieganie się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji [uzasadnienie wyroku Izby z 4 marca 2021 r. sygn. akt KIO 356/21].

Skoro rozpoznawane w tej sprawie zarzuty i żądania z jednej strony zmierzają wyłącznie do ograniczenia konkurencji do wykonawców znajdujących się w dokładnie takiej sytuacji jak Odwołujący, a z drugiej nie zostało wykazane, że wykonawcy spełniający warunki określone przez Zamawiającego nie dają rękojmi prawidłowego wykonania tego zamówienia, zarzuty naruszenia powyżej przywołanych przepisów i zgłoszone w związku z tym żądania należy uznać za niezasadne.

Według art. 17 ust. 1 pzp zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) 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.

Z kolei art. 116 ust. 1 pzp stanowi, że w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 17 ust. 2 pzp zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Art. 99 ust. 4 pzp stanowi, że 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.

Skoro odwołanie *de facto* nie zawiera żadnych okoliczności, które mieściłyby się w hipotezach norm prawnych wynikających z przywołanych powyżej przepisów, zarzuty ich naruszenia należy uznać za oczywiście bezzasadne.

{ad pkt 2.-3. listy zarzutów}

Izba ustaliła poniższe okoliczności jako istotne.

9 lipca 2021 r. Zamawiający – działając na podstawie art. 175 w zw. z art. 135 ust. 6 pzp – udostępnił wykonawcom wyjaśnienia treści OPIW (odpowiedzi na zgłoszone pytania), zaznaczając że należy je uwzględnić przy sporządzaniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, między innymi w następującym zakresie.

Pytanie nr 5

Dot. (Pkt III.1.3) ust. 2b) i 4 ogłoszenia o zamówieniu)

Czy Zamawiający celowo dopuszcza naruszenie zasady konkurencyjności poprzez ograniczenie doświadczeń wykonawców do doświadczeń polskich (definicja „naprawy okresowej” i „czynności utrzymaniowych” jest ograniczona do czynności zdefiniowanych wyłącznie w przepisach polskich – Zamawiający powołuje się na treść załącznika nr 3 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.10.2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz.U. 2016 r. poz. 226 ze zm.).

Jeśli tak, to jakie jest uzasadnienie takiego ograniczenia zasady konkurencyjności dla tego zamówienia? Jeśli nie, prosimy o modyfikację zapisu ogłoszenia w tym zakresie.

Pytanie nr 6

Dot. (III.1.3) ust. 3 ogłoszenia o zamówieniu)

Czy w kontekście III.1.3 ust. 3 ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający celowo ogranicza swobodę przyprływu towarów i

usług w obrębie Unii Europejskiej. Jeśli tak, to prosimy o wskazanie z jakich powodów?

Pytanie nr 7

Dot. (III.1.3) ust. 3 ogłoszenia o zamówieniu)

Czy sformułowanie odwołujące się do definicji dostawy na gruncie polskiego kodeksu cywilnego oznacza, że Zamawiający ogranicza zamówienie tylko do umów zawartych pod prawem polskim?

Jeśli tak, to jakie jest uzasadnienie takiego ograniczenia zasady konkurencyjności? Jeśli nie, prosimy o modyfikację zapisu ogłoszenia w tym zakresie.

Pytanie nr 8

Dot. (III.1.3 ust. 4 ogłoszenia o zamówieniu)

Czy w kontekście III.1.3 ust. 4 ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający celowo ogranicza swobodę przepływu towarów i usług w obrębie Unii Europejskiej. Jeśli tak, to prosimy o wskazanie z jakich powodów?

Uzasadnienie pytań 5-8:

Zapis III.1.3 ust. 2 b i ust. 3 ogłoszenia o zamówieniu naruszają zasady dot. konkurencyjności na gruncie PZP oraz mogą ograniczać swobodę przepływu towarów. Ponadto narusza zasady udzielenia zamówień (m.in. art. 18 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm.).

Definicja dostawy spełniającej wymogi Zamawiającego powinna być określona opisowo lub przez wskazanie umów równoważnych do polskiej umowy dostawy. Odniesienie się wyłącznie do dostawy na gruncie polskiego kodeksu cywilnego sugeruje, być może mylnie, że wykonawcy mogą się powoływać na umowy zawarte jedynie w polskim reżimie prawnym, co stanowi nieuzasadnione ograniczenie dostępu do przetargu dla podmiotów, które zdobywały swoje doświadczenie dostarczając lokomotywy na rynki zagraniczne i do potencjalnego wykluczenia podmiotów ze znacznie większym doświadczeniem niż te, które mogą się wykazać doświadczeniem zdefiniowanym w ogłoszeniu. W praktyce większość potencjalnych Wykonawców dostawy lokomotyw elektrycznych, dokonuje dostaw tego typu pojazdów poza granicami kraju. Nie oznacza to jednak, że nie legitymują się wymagany doświadczeniem. Analogiczne rozumowanie dotyczy doświadczeń w zakresie napraw okresowych i czynności utrzymaniowych.

Odpowiedź Zamawiającego na pytania 5-8:

Zamawiający nie przychylił się do wniosków Wykonawcy o modyfikację ogłoszenia.

W ocenie Zamawiającego błędne jest założenie Wykonawcy, że czynności utrzymaniowe, którymi Wykonawca ma się wykazać w warunku doświadczenia w usługach utrzymania, muszą być wykonane na podstawie prawa polskiego, tj. Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.10.2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (dalej: „rozporządzenie”).

Zamawiający posłużył się rozporządzeniem celem zdefiniowania, co rozumie pod pojęciem usług utrzymaniowych poziomu P2, P3, P4 i P5. Za spełniające warunek zostaną uznane te czynności, które zakresem odpowiadają odpowiednim czynnościom wskazanym w rozporządzeniu, niezależnie od tego, na jakim prawie były wykonywane. Postępowanie jest prowadzone w Polsce, wykonawca musi więc liczyć się z tym, że Zamawiający będzie odwoływał się do przepisów powszechnie obowiązującego prawa w Polsce, chociażby ustawy Pzp. Rozporządzenie, na które Zamawiający się powołuje definiując czynności utrzymaniowe w warunku doświadczenia jest dokumentem powszechnie dostępnym, również w Internecie, a zatem nie może być mowy o utrudnianiu dostępu do rynku poprzez zdefiniowanie czynności utrzymaniowych w odniesieniu do przepisów rozporządzenia.

Przepisy załącznika nr 3 do rozporządzenia są bardzo ogólne, gdyż zostały one skonstruowane następująco w formie tabeli:

(...)

Samo odniesienie się do definicji z polskich przepisów nie stanowi naruszenia przepisów Pzp, gdyż nikogo nie dyskryminuje.

Błędne jest założenie Wykonawcy, że dostawa, którą wykonawca wykazuje w doświadczeniu musi być wykonana w Polsce, na podstawie umowy, której prawem właściwym jest prawo polskie. Zamawiający posłużył się polskim kodeksem cywilnym (dalej: „kc”), tylko i wyłącznie celem zdefiniowania co rozumie pod pojęciem „dostawy” w warunku doświadczenia. Za spełniające warunek zostaną uznane te dostawy, które zakresem odpowiadają definicji z kc, niezależnie od tego, na jakim prawie były wykonywane. Postępowanie jest prowadzone w Polsce, wykonawca musi więc liczyć się z tym, że Zamawiający będzie odwoływał się do przepisów powszechnie obowiązującego prawa w Polsce, chociażby ustawy Pzp. Kodeks cywilny, na który Zamawiający się powołuje definiując dostawę w warunku doświadczenia jest dokumentem powszechnie dostępnym, również w Internecie, a zatem nie może być mowy o utrudnianiu dostępu do rynku.

Kluczowe dla Zamawiającego w warunku doświadczenia było to, aby doświadczenie wykonawcy polegało na wyprodukowaniu lokomotyw i dostarczaniu ich częściami albo okresowo, co zresztą jest standardem na rynku pojazdów kolejowych. Zamawiający, stawiając ten warunek oczekuje, że do postępowania przystąpią producenci pojazdów kolejowych, a nie pośrednicy w ich sprzedaży.

Pozostawienie „dostawy” w warunku bez sprecyzowania tego pojęcia prowadziłoby do uznania, że w warunku mieści się sprzedaż, leasing itp. umowy nazwane określone w art. 7 pkt. 4 Pzp, czyli również takie, których istotą jest jedynie przeniesienie władztwa nad rzeczą, a nie jej wytworzenie. Natomiast Zamawiającemu chodziło o podmiot doświadczony w produkcji pojazdów kolejowych.

Należy podkreślić, że każde zbycie pojazdu kolejowego przez producenta pojazdu, niezależnie od tego, czy w produkcji nastąpiły istotne dostosowania przedmiotu zakupu pod kupującego, czy też nie – będzie spełniało warunek dostawy w rozumieniu art. 605 kc, a co za tym idzie w rozumieniu warunku doświadczenia w postępowaniu.

Reasumując, po wniesieniu odwołania Zamawiający w odpowiedzi na pytania udzielił odpowiedzi, które jako wyjaśnienia treści OPIW stały się wiążącą – zarówno Zamawiającego, jak i wykonawców – wykładnią postanowień dotyczących warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej z rozdziału VIII pkt 2 ppkt 1 lit. d OPIW (odpowiednio sekcji III.1.3) ogłoszenia).

Z udzielonych wyjaśnień (których treść de facto została powtórzona w odpowiedzi na odwołanie) wynika jednoznacznie, że zamieszczenie w opisie sposobu spełniania tych warunków odesłania do krajowych przepisów służyć wyłącznie sprecyzowaniu zakresu świadczeń (czynności), których należytych wykonaniem mają się legitymować wykonawcy, a nie wskazaniu prawa, pod rządami którego zostały zawarte i według którego były realizowane umowy. Po pierwsze, wymagane jest zatem wykazanie się doświadczeniem w wyprodukowaniu i dostarczeniu pojazdów kolejowych, czyli dostawą w znaczeniu, o którym mowa w Kodeksie cywilnym, a nie w znaczeniu zdefiniowanym w słowniku pojęć ustawy pzp. Po drugie, wymagane jest wykazanie się doświadczeniem w usługach utrzymaniowych obejmujących taki zakres

czynności, jaki ramowo opisany jest dla poszczególnych poziomów utrzymania we wskazanym w opisie warunku załączniku do rozporządzenia.

Wszyscy potencjalnie zainteresowani wykonawcy zostali zatem na długo przed udzieleniem odpowiedzi na odwołanie poinformowani o obowiązującej wykładni warunków udziału, która mieści się w granicach wyjaśniania zgłaszanych wątpliwości co do rozumienia treści ogłoszenia o zamówieniu.

Przede wszystkim wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego czynią zadość oczekiwaniom – zarówno wykonawcy, który zadał powyższe pytania, jak i Odwołującego – że określone w ogłoszeniu o zamówieniu warunki udziału w tym postępowaniu nie oznaczają ograniczenia kręgu wykonawców uznanych za zdolnych do jego wykonania do takich wykonawców, którzy należycie wykonali umowy zawarte według przepisów polskiego kodeksu cywilnego i dotyczące wykonania obowiązków w zakresie technicznego utrzymania pojazdów kolejowych wynikających uregulowanych w przepisach krajowego rozporządzenia.

W istocie zatem sporne w sprawie pozostało, że Zamawiający nie uczynił dokładnie zadość zgłoszonym w odwołaniu żądaniom, a Odwołujący potrzymał te żądania.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty i żądania są niezasadne.

Według odwołania rozpoznawane zarzuty dotyczą naruszenia przez Zamawiającego art. 99 ust. 4 w zw. z art. 101 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy pzp, co uzasadnia przywołanie treści tych przepisów.

Art. 99 ust. 4 pzp stanowi, że 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.

Zgodnie z art. Art. 101 ust. 1 pzp przedmiot zamówienia opisuje się, z uwzględnieniem odrębnych przepisów, w jeden z następujących sposobów przez: 1) określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, w tym wymagań środowiskowych, pod warunkiem że podane parametry są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu udzielenie zamówienia; 2) odniesienie się do wymaganych cech materiału, produktu lub usługi, o których mowa w art. 102, oraz, w kolejności preferencji do: a) Polskich Norm przenoszących normy europejskie, b) norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy europejskie, c) europejskich ocen technicznych, rozumianych jako udokumentowane oceny działania wyrobu budowlanego względem jego podstawowych cech, zgodnie z odpowiednim europejskim dokumentem oceny, w rozumieniu art. 2 pkt 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiającego zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającego dyrektywę Rady 89/106/EWG (Dz. Urz. UE L 88 z 04.04.2011, str. 5, z późn. zm.39), d) wspólnych specyfikacji technicznych, rozumianych jako specyfikacje techniczne w dziedzinie produktów teleinformatycznych określone zgodnie z art. 13 i art. 14 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1025/2012 z dnia 25 października 2012 r. w sprawie normalizacji europejskiej, zmieniającego dyrektywę Rady 89/686/EWG i 93/15/EWG oraz dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 94/9/WE, 94/25/WE, 95/16/WE, 97/23/WE 98/34/WE, 2004/22/WE, 2007/23/WE, 2009/23/WE i 2009/105/WE oraz uchylającego decyzję Rady 87/95/EWC i decyzję Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1673/2006/WE (Dz. Urz. UE L 316 z 14.11.2012, str. 12, z późn. zm.40) e) norm międzynarodowych, f) specyfikacji technicznych, których przestrzeganie nie jest obowiązkowe, przyjętych przez instytucję normalizacyjną, wyspecjalizowaną w opracowywaniu specyfikacji technicznych w celu powtarzalnego i stałego stosowania, g) innych systemów referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organizacje normalizacyjne; 3) odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w pkt 2, oraz przez odniesienie do wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w pkt 1, w zakresie wybranych cech; 4) odniesienie do kategorii wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w pkt 1, i przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w pkt 2, stanowiących środek domniemania zgodności z tego rodzaju wymaganiami dotyczącymi wydajności lub funkcjonalności

Art. 112 ust. 1 pzp nakazuje zamawiającemu określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Przy czym z art. 112 ust. 2 pkt 4 pzp wynika, że warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.

Art. 116. 1. W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Z kolei art. 116 ust. 1 pzp stanowi, że w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 16 pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. W rozpoznawanej sprawie oznacza to, że Izba z urzędu obowiązana jest wziąć pod uwagę stan postępowania prowadzonego przez Zamawiającego na chwilę orzekania, wynikający z czynności, które zostały dokonane w tym postępowaniu po wniesieniu odwołania, w szczególności treść udzielonych odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące postanowień, które uprzednio zostały zaskarżone.

Skoro za obowiązującą w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego należy uznać dokonaną przez niego wykładnię autentyczną warunków udziału w prowadzonym przez niego postępowaniu, co *de facto* prowadzi do

osiągnięcia takiego samego rezultatu, jak wprowadzenie zmian, których domagał się Odwołujący, podtrzymane pomimo tego zarzuty odwołania należy uznać za oczywście bezzasadne, gdyż są bezprzedmiotowe.

{ad pkt 4.-6. listy zarzutów}

Izba ustaliła poniższe okoliczności jako istotne.

Z art. 288 zd. 2 i 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (t.j. Dz. Urz. UE z 2012 r. C 326/0001) {dalej: „Traktat” lub „TFUE”) wynika, że rozporządzenie ma zasięg ogólny, wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich.

Rozporządzenie Komisji (UE) nr 1302/2014 z dnia 18 listopada 2014 r. w sprawie technicznej specyfikacji interoperacyjności odnoszącej się do podsystemu „Tabor – lokomotywy i tabor pasażerski” systemu kolei w Unii Europejskiej (Dz. U. UE L 356/228 ze zm.), w skrócie nazywane „TSI LOC&PAS” zostało uwzględnione przez Zamawiającego, który wielokrotnie odwołuje się do niego (nazywając je w skrócie „TSI”) w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku nr 1 do OPIW. W szczególności z pkt 10 zamieszczonego w ramach pkt 6 określającego wymagania ogóle dotyczące konstrukcji i wyposażenia zamawianych lokomotyw elektrycznych wynika, że mają być one zgodne z TSI.

9 lipca 2021 r. Zamawiający – działając na podstawie art. 175 w zw. z art. 135 ust. 6 pzp – udostępnił wykonawcom wyjaśnienia treści OPIW (odpowiedzi na zgłoszone pytania), zaznaczając że należy je uwzględnić przy sporządzaniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, między innymi w następującym zakresie.

Pytanie nr 9

Dot. pkt 6 ust. 3) załącznika nr 1 do OPIW

Czy Zamawiający przewiduje zmianę pkt 6 ust. 3) załącznika nr 1 do OPIW w ten sposób, żeby wskazać jako dopuszczalny nacisk na oś nie więcej niż 221 kN i przywołać normę PNEN 15528 według której ten nacisk ma być stwierdzony?

Uzasadnienie pyt. 9:

Zgodnie z dodatkiem 2.2. Regulaminu Sieci PKP PLK S.A. dla większości linii normalnotorowych Zarządca sieci ustanowił maksymalny nacisk 221 kN i wiele lokomotyw eksploatowanych przez krajowych i zagranicznych przewoźników po sieci PKP PLK S.A. posiada taki właśnie nacisk osi na szyny. W związku z tym ograniczenie przez Zamawiającego nacisku osiowego zamawianych lokomotyw do 220 kN stanowi ograniczenie konkurencji.

Istnieją dwie metody pomiaru nacisków osiowych: według karty UIC oraz według normy ENPN 15528.

W związku z tym, że pomiary nacisków osiowych według normy EN-PN 15528:2015 są powszechnie stosowane przez profesjonalnych producentów taboru kolejowego, dla uniknięcia wątpliwości co do nacisków osiowych pojazdów oferowanych przez różnych dostawców, proponujemy ujednolicenie sposobu pomiarów według tej właśnie normy.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający odsyła do Zmiany nr 2 opisu potrzeb i wymagań udostępnionej na Platformie zakupowej Zamawiającego w dniu 29.06.2021 r., zgodnie z którą Załącznik nr 1 do OPIW (OPIS POTRZEB I WYMAGAŃ WRAZ Z OPIS CHARAKTERU I ZAKRESU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA), w ust. 6 pkt 3 otrzymuje nowe brzmienie o następującej treści: „3) dopuszczalny nacisk na oś ≤221 kN;”

Pytanie nr 10

Dot. pkt 10 i 11 załącznika nr 1 do OPIW (dokumentacja pojazdów)

W związku z bardzo szczegółowym opisem w pkt 10 i 11 załącznika nr 1 do OPIW dokumentacji pojazdów podlegającej przekazaniu Zamawiającemu, prosimy o wyjaśnienie czy Zamawiający przewiduje doprecyzowanie zapisów dotyczących opisu dokumentacji oraz zakresu i sposobu jej udostępnienia w trakcie dialogu?

Uzasadnienie pyt. 10:

Prosimy o rozwiązanie usunięcia szczegółowych zapisów dot. dokumentacji technicznej z pkt 10 oraz innych z pkt 11, ze wskazaniem, że lista dokumentów, które zostaną Zamawiającemu przekazane oraz forma tego przekazania, będzie podlegać ustaleniu już na etapie dialogu konkurencyjnego. Zapis przeczy istocie dialogu konkurencyjnego, gdzie tak szczegółowe kwestie winny zostać ustalone właśnie w trakcie procedury.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający wskazuje, iż dokumentacja wskazana w ust. 10 Załącznika nr 1 do OPIW jednoznacznie wynika z przepisów obecnie obowiązującego TSI LOC&PAS, zaś dostarczane pojazdy muszą być zgodne z wyżej wymienionym TSI.

Zamawiający ponadto informuje, iż dokumentacja wskazana w ust. 11 Załącznika nr 1 do OPIW jest wskazana na podstawie przepisów zarówno krajowych, jak i europejskich. Zamawiający przewiduje na etapie dialogu w wykonawcami dyskusję na temat poszczególnych elementów dokumentacji pojazdów.

Reasumując, po wniesieniu odwołania Zamawiający: po pierwsze – zmienił parametr maksymalnego dopuszczalnego nacisku na oś z 220 na 221 kN, po drugie potwierdził, że dostarczane pojazdy mają być zgodne z TSI.

Brzmienie TSI LOC&PAS w zakresie pkt 4.2.3.2.1. Parametr: nacisk na oś:

1) Nacisk na oś to parametr interfejsu pojazdu kolejowego z infrastrukturą. Nacisk na oś jest parametrem eksploatacyjnym infrastruktury określonym w pkt 4.2.1 TSI „Infrastruktura” i zależy od kodu ruchu na linii. Musi być uwzględniany łącznie z takimi elementami, jak odstęp między osiami, długość pociągu i maksymalna dozwolona prędkość danego pojazdu kolejowego na rozpatrywanej linii.

2) Poniższe właściwości stosowane jako interfejs z infrastrukturą stanowią część dokumentacji ogólnej sporządzanej podczas oceny danego pojazdu kolejowego i omówionej w pkt 4.2.12.2 niniejszej TSI:

- Obciążenie osi (dla każdej osi) w trzech stanach obciążenia (określonych i wymaganych jako część dokumentacji wymienionej w pkt 4.2.2.10 niniejszej TSI).

- Położenie osi na całej długości pojazdu kolejowego (odstęp między osiami).

- Długość pojazdu kolejowego.

- Maksymalna prędkość konstrukcyjna (ma stanowić część dokumentacji wymienionej w pkt 4.2.8.1.2 niniejszej TSI).

3) Wykorzystanie tych informacji na poziomie eksploatacyjnym na potrzeby sprawdzenia zgodności taboru z infrastrukturą (poza zakresem niniejszej TSI):

Nacisk na oś w przypadku każdej poszczególniej osi pojazdu kolejowego, wykorzystywany jako parametr interfejsu z infrastrukturą, musi być określony przez przedsiębiorstwo kolejowe zgodnie z wymogiem zawartym w pkt 4.2.2.5 TSI „Ruch kolejowy”, z uwzględnieniem przewidywanego obciążenia podczas zamierzonej eksploatacji (nie określono podczas oceny pojazdu kolejowego). Nacisk na oś w stanach obciążenia określanych jako „masa projektowa przy dopuszczalnym obciążeniu użytkowym” stanowi maksymalną możliwą wartość nacisku na oś wymienioną powyżej. Należy również uwzględnić maksymalny nacisk uwzględniony przy projektowaniu układu hamulcowego określonego w pkt 4.2.4.5.2.

Jak to objaśniono w „Instrukcji stosowania technicznej specyfikacji interoperacyjności (TSI) „Tabor – lokomotywy i tabor pasażerski”, wydanej przez Europejską Agencję Kolejową zgodnie z mandatem ramowym C(2010) 2576 (nr ref. ERA/GUI/07-2011/INT, wersja 2.00 z 1 stycznia 2015 r.) w odniesieniu do przywołanej regulacji:

Obciążalność infrastruktury określa wartość graniczną nacisku na oś dla taboru, która nie może być przekroczona w czasie eksploatacji. Zgodność między infrastrukturą a pojazdem nie jest objęta oceną zgodności z omawianą TSI. Nacisk na oś w połączeniu z odstępem między osiami należą do parametrów stosowanych na potrzeby zgodności technicznej taboru z infrastrukturą (jak opisano w EN15528). TSI nie określa maksymalnego nacisku na oś do celów takiej oceny zgodności technicznej, ponieważ takie podejście byłoby zbyt restrykcyjne. Zamiast tego odnosi się do pkt 4.2.2.5 TSI „Ruch kolejowy”, który mówi, że przedsiębiorstwo kolejowe jest odpowiedzialne za skład pociągu i zgodność z trasą oraz że „masa pociągu musi mieścić się w granicach wartości dopuszczalnych dla danego odcinka trasy. Należy przestrzegać ograniczeń dotyczących nacisku osi”. W ten sposób, za pomocą zasad eksploatacji, przedsiębiorstwo kolejowe powinno kontrolować obciążenie użytkowe swojego taboru w celu zachowania zgodności z trasą.

W ramach tych objaśnień zamieszczono ponadto „Informacje dodatkowe na potrzeby kontroli zgodności między twarem a infrastrukturą” rys. pn. „Zasada zarządzania interfejsem z parametrem „nacisk na oś” (po opracowaniu normy EN 15528), *de facto* diagram zależności, w ramach którego wskazano jako punkt odniesienia m.in. EN 15528.

Ponadto w załączniku 1: Wykaz norm, zawierającego tabelę wskazującą dla właściwości poddawanych ocenie wg TS właściwe normy (nieobowiązkowe odniesienie do punktów danej normy i cel takiego odniesienia), dla pkt 4.2.3.2.1. TSI wskazano odpowiednio: EN 15528:2008+A1:2012, *do celów określenia kategorii taboru zgodnie z kategorią linii.*

Z dowodów złożonych przez Odwołującego (dwóch protokołów ważenia lokomotyw oraz pism PKP PLK S.A. z siedzibą w Warszawie) wynika, że zarówno Siemens Mobility jako producent lokomotyw, jak i PKP PLK jako zarządca linii kolejowych w Polsce uznawali za właściwe dokonanie pomiaru nacisków na oś zgodnie z PN-EN 15528, która przewiduje jako akceptowalne tolerancje i odchyłki do stosowania wartości nominalnych do klasyfikacji pojazdów szynowych dla lokomotyw w odniesieniu do nacisku osi nie więcej niż 3% (wyciąg z PN-EN 15528:2015 m.in. w zakresie str. 20).

Reasumując, z TSI LOC&PAS oraz znanej Odwołującemu praktyki zarządcy infrastruktury kolejowej wynika, że ocena nacisku na oś dla celów określenia zgodności taboru z infrastrukturą kolejową dokonywana jest według normy EN 15528, czyli aktualnie w przypadku określania zgodności taboru i krajowej infrastruktury kolejowych według PN-EN 15528:2015.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty i żądania są niezasadne.

Według odwołania rozpoznawane zarzuty dotyczą naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 i 3, art. 101 ust. 1 pkt 2 i art. 99 ust. 4, co uzasadnia przywołanie treści tych przepisów.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 3 pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; proporcjonalny.

Z art. 101 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, że przedmiot zamówienia opisuje się, z uwzględnieniem odrębnych przepisów, przez odniesienie się do wymaganych cech materiału, produktu lub usługi, o których mowa w art. 102, oraz, w kolejności preferencji do: a) Polskich Norm przenoszących normy europejskie, b) norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy europejskie, c) europejskich ocen technicznych, rozumianych jako udokumentowane oceny działania wyrobu budowlanego względem jego podstawowych cech, zgodnie z odpowiednim europejskim dokumentem oceny, w rozumieniu art. 2 pkt 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiającego zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającego dyrektywę Rady 89/106/EWG (Dz. Urz. UE L 88 z 04.04.2011, str. 5, z późn. zm.39), d) wspólnych specyfikacji technicznych, rozumianych jako specyfikacje techniczne w dziedzinie produktów teleinformatycznych określone zgodnie z art. 13 i art. 14 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1025/2012 z dnia 25 października 2012 r. w sprawie normalizacji europejskiej, zmieniającej dyrektywę Rady 89/686/EWG i 93/15/EWG oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 94/9/WE, 94/25/WE, 95/16/WE, 97/23/WE 98/34/WE, 2004/22/WE, 2007/23/WE, 2009/23/WE i 2009/105/WE oraz uchylającej decyzję Rady 87/95/EWG decyzję Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1673/2006/WE (Dz. Urz. UE L 316 z 14.11.2012, str. 12, z późn. zm.40) e) norm międzynarodowych, f) specyfikacji technicznych, których przestrzeganie nie jest obowiązkowe, przyjętych przez instytucję normalizacyjną, wyspecjalizowaną w opracowywaniu specyfikacji technicznych w celu powtarzalnego i stałego stosowania, g) innych systemów referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organizacje normalizacyjne;

Art. 99 ust. 4 pzp stanowi, że 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.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. W rozpoznawanej sprawie oznacza to, że Izba z urzędu obowiązana jest wziąć pod uwagę stan postępowania prowadzonego przez Zamawiającego na chwilę orzekania, wynikający z czynności, które zostały dokonane w tym postępowaniu po wniesieniu odwołania, w szczególności zmiany lub treści udzielonych odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące postanowień, które uprzednio zostały zaskarżone.

Z art. 568 pkt 2 npzp wynika, że Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny (niż cofnięcie odwołania) zbędne lub niedopuszczalne.

Skoro zarzut z pkt 4. listy zarzutów stał się bezprzedmiotowy po zmianie ogłoszenia dokonanej przez Zamawiającego (do której dodatkowo odesłał w ramach odpowiedzi na zadane pytanie), postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlegało umorzeniu jako zbędne, pomimo niewycofania w tym zakresie odwołania.

Natomiast podtrzymane zarzuty z pkt 5. i 6. listy zarzutów – które polegają na przejściu do porządku dziennego nad tym, że z opisu przedmiotu zamówienia wynika już *de facto* punkt odniesienia, którego literalne wpisanie było przedmiotem zgłoszonego żądania – należy uznać za oczywiście bezzasadne, gdyż są bezprzedmiotowe.

{zarzuty naruszenia innych przepisów}

Skoro wskazanie w ramach powyżej rozpoznanych zarzutów na naruszenie art. 26 ust. 2 TFUE, art.18 dyrektywy 2014/24 {abstrahując od okoliczności, że powinien być wskazany stosowny przepis dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. U. UE L 94 p. 243–374 ze zm.)} czy wyodrębnienie w pkt 7. listy zarzutów naruszenia art. 16 pkt 1-3 pzp nie opiera się na odrębnych okolicznościach faktycznych niż te, które zostały już rozpoznane powyżej, należy uznać, że nie doszło do naruszenia również tych przepisów.

W odniesieniu przepisów Traktatu czy dyrektyw UE dotyczących zamówień publicznych zauważyć przede wszystkim

należy, że zbędne jest podnoszenie naruszenia przepisów prawa pierwotnego w sytuacji, gdy ich właściwa realizacja przepisami prawa pochodnego (w tym przypadku dyrektyw) nie budzi zastrzeżeń Odwołującego. Podobnie zbędne jest wskazywanie na przepisy dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, jeżeli nie następuje to w związku z potrzebą powołania się na prounijną wykładnię przepisów krajowych (w tym przypadku ustawy pzp) albo bezpośrednie stosowanie przepisów tych dyrektyw w związku z brakiem lub niewłaściwą implementacją.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 nowego pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 npzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a-b w zw. 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 (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, potwierdzone złożoną fakturą.