

Sygn. akt: KIO 3369/21

## WYROK

z dnia 6 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Beata Konik**

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie 1 grudnia 2021 r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 15 listopada 2021 roku przez **Ansaldo Energia S.P.A. z siedzibą w Genui** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **RYBNIK 2050 spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku** w imieniu którego postępowanie prowadzi **PGE Energia Ciepła spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie**,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu wskazanego w pkt II. lit. b) *petitum* odwołania, wobec jego wycofania.
2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje wykreślenie z pkt 13.6.4 Opisu Potrzeb i wymagań pkt a) i b) oraz z sekcji III.1.3) warunki udziału, zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe pkt 1 lit. a) i b) ogłoszenia o zamówieniu fragmentu: „z zastrzeżeniem, że zamówienie to zostało wykonane lub jest wykonywane na terenie państwa – strony porozumienia GPA (Government Procurement Agreement)” oraz z pkt 15.7.2.4 pkt 1) i 2) Opisu Potrzeb i Wymagań oraz z sekcji III.1.3. warunki udziału, zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe pkt 4) ppkt 1) i 2) fragmentu: „na terenie państwa – strony porozumienia GPA (Government Procurement Agreement)”.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą poniesione przez Odwołującego koszty z tytułu zastępstwa przed Izbą.
- 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), z tytułu uiszczonego przez Odwołującego wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (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**.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

RYBNIK 2050 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku w imieniu której postępowanie prowadzi PGE Energia Ciepła spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa bloku gazowo-parowego w Rybniku”, nr postępowania: POST/PEC/PEC/UZS/01003/2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 22 września 2021 r. nr 2021/S 184-479904.

Postępowanie to prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) – dalej: „ustawa Pzp”.

W postępowaniu tym wykonawca Ansaldo Energia S.P.A. z siedzibą w Genui (dalej: „Odwołujący”) 15 listopada 2021 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz Opisu Potrzeb i Wymagań (dalej: OPW), w zakresie:

- zmiany warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz opisu wykazu usług i zamówień,
- zmiany terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu z dnia 4 listopada 2021 r. do dnia 22 listopada 2021 r., a zatem o 18 dni.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 16 i art. 112 ust. 1 Pzp przez zmianę ogłoszenia o zamówieniu oraz Opisu Potrzeb i Wymagań w Postępowaniu wyrażającą się we wprowadzeniu dodatkowego wymagania w zakresie warunku udziału w postępowaniu - zdolności technicznej lub zawodowej (i w opisie wykazu usług i zamówień) aby referencyjne zamówienia były wykonane (zaś w przypadku warunku dotyczącego serwisu – lub były wykonywane) na terenie państwa – strony porozumienia GPA (Government Procurement Agreement), które to wymaganie jest nieadekwatne, nieproporcjonalne i nieuzasadnione z punktu widzenia oceny zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia, a tym samym narusza naczelne zasady prowadzenia postępowania, w szczególności zasadę prowadzenia go w sposób zapewniający

zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz w sposób proporcjonalny;

- 2) art. 16 Pzp, art. 131 ust. 1 Pzp w związku z art. 176 ust. 1 Pzp, 175 Pzp i art. 137 ust. 6 Pzp w zw. z art. 382 Pzp przez zmianę terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu z dnia 4 listopada 2021 r. na dzień 22 listopada 2021 r. w sytuacji, gdy Zamawiający dokonał istotnych zmian w Opisie Potrzeb i Wymagań i Ogłoszeniu o zamówieniu polegających na: 1. wprowadzeniu w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu – zdolności technicznej lub zawodowej (i konsekwentnie w opisie wykazu usług i zamówień) – wymagania, aby referencyjne zamówienia były wykonane lub wykonywane na terenie państwa – strony porozumienia GPA (Government Procurement Agreement), 2. zastrzeżeniu obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę prac wykonywanych w ramach wieloletniego serwisu pogwarancyjnego dla turbiny gazowej, który objęty będzie odrębną, wieloletnią umową serwisową (LTSA), a także obowiązku osobistego wykonania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia prac wykonywanych w ramach wieloletniego serwisu pogwarancyjnego dla turbiny gazowej, który objęty będzie odrębną, wieloletnią umową serwisową (LTSA), które to zmiany powodują konieczność rozpoczęcia przygotowywania się do udziału w Postępowaniu przez wykonawców, którzy 1) samodzielnie mogą nie mieć doświadczenia w realizacji referencyjnych zamówień na terenie państwa – strony porozumienia GPA lub 2) rozważali powierzenie realizacji powyższych usług wieloletniego serwisu pogwarancyjnego podwykonawcom, właściwie niemal od początku, wobec czego nowy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu jest zbyt krótki; ponadto, powyższe stanowi naruszenie naczelnych zasad prowadzenia postępowania, w szczególności zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz w sposób proporcjonalny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) dokonania zmiany Ogłoszenia o Zamówieniu oraz Opisu Potrzeb i Wymagań w Postępowaniu:
  - a) w zakresie warunku udziału w Postępowaniu poprzez wykreślenie wymagania w pkt 13.6.4 OPW Zdolności technicznej lub zawodowej pkt a) i b) oraz w sekcji III Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym, III. 1) Warunki udziału, III.1.3) Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe pkt 1 a) i b) Ogłoszenia, aby referencyjne zamówienia były wykonane lub wykonywane na terenie państwa - strony porozumienia GPA (Government Procurement Agreement);

- b) w zakresie opisu wykazu usług i zamówień poprzez wykreślenie w pkt 15.7.2.4 pkt 1) i 2) OPW oraz w sekcji III Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym, III. 1) Warunki udziału, III.1.3) Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe pkt 4 pkt 1) i 2) sformułowań „na terenie państwa - strony porozumienia GPA (Government Procurement Agreement)”;
- c) w zakresie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu – poprzez zmianę tego terminu w pkt 19.1 OPW oraz w sekcji IV.2.2) Termin składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału o co najmniej 30 dni;
- d) ewentualnie, w zakresie pozostałych fragmentów dokumentów zamówienia zgodnie z pkt a), b) i c) powyżej, w celu zachowania wewnętrznej spójności Ogłoszenia i OPW.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż jest przedsiębiorcą posiadającym rozległe doświadczenie w zakresie przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał, że jest wiodącym międzynarodowym uczestnikiem rynku branży energetycznej, w ramach której, dostarcza on zintegrowany model obsługi obejmujący pełen proces budowy elektrowni, urządzeń generujących moc (gazowe i parowe turbiny, generatory i mikroturbiny), produkcję i usługi towarzyszące, jak i działalność w sektorze jądrowym. Odwołujący wskazał, że jest czynnym dostawcą pełnego spektrum usług, z szerokim portfolio w zakresie wytrzymałych turbin gazowych, oferującym kompletne rozwiązania w ramach utrzymania wytwarzających energię urządzeń i instalacji rotacyjnych wybudowanych zarówno przez siebie, jak i przez innych producentów.

Odwołujący wskazał, że pierwotne Ogłoszenie o Zamówieniu oraz Opis Potrzeb i Wymagań w Postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie) było sformułowane w sposób niedyskryminujący i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a wobec posiadanego przez Odwołującego doświadczenia, rozpoczął on przygotowania do uczestnictwa w Postępowaniu. Niemniej, zmiana Ogłoszenia o zamówieniu oraz Opisu Potrzeb i Wymagań w ww. zakresie, w ocenie Odwołującego, uczyniła to uczestnictwo i złożenie przez Odwołującego skutecznego wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu niemożliwym zgodnie z pierwotnymi założeniami Odwołującego. W konsekwencji, zmiana może spowodować brak możliwości wzięcia przez Odwołującego udziału w Postępowaniu. Rodzi to także możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody w postaci niemożności skutecznego złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, udziału w dialogu konkurencyjnym oraz następnie, złożenia oferty w Postępowaniu, a tym samym stanowi istotne zagrożenie dla możliwości uzyskania zamówienia i osiągnięcia zysku z tego tytułu.

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że przedmiotem zamówienia w Postępowaniu jest budowa bloku gazowo-parowego w Rybniku.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pierwotną treścią pkt 13.6.4 Opisu Potrzeb i Wymagań (dalej OPW) oraz Sekcji III (Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym, III. 1) Warunki udziału, III.1.3) Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe pkt 1 a) i b) Ogłoszenia o zamówieniu (dalej: Ogłoszenie) podstawą uznania przez Zamawiającego, że wykonawca spełnia warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, miało być wykazanie przez wykonawcę, że:

a) w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności wykonawcy jest krótszy, to w tym okresie – wykonał lub wykonuje co najmniej 1 (jedno) zamówienie realizowane przez okres co najmniej 3 (trzech) kolejnych lat, polegające na świadczeniu serwisu dla turbiny gazowej o mocy minimum 250 MW, w tym wykonał w ramach tego serwisu remont kapitalny polegający w szczególności na wymianie łopatek w części gorącej turbiny. Jeżeli zamówienie jest nadal wykonywane przez wykonawcę to wówczas Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, gdy wykaże, że upłynął już 3 (trzyletni) okres kolejnych lat wykonywania zamówienia, tj. świadczenia usługi serwisowej;

b) w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, należy wykonać co najmniej 1 (jedno) zamówienie, polegające na zaprojektowaniu, budowie, dostawie, montażu, uruchomieniu i przekazaniu do eksploatacji (formuła „pod klucz”) bloku gazowo-parowego o mocy elektrycznej nie mniejszej niż 450 MW.

Zamawiający dopuścił przy tym spełnienie warunku opisanego pod lit. b) powyżej w ramach jednego lub dwóch odrębnych zamówień, a w przypadku dwóch odrębnych zamówień jednego polegającego na wykonaniu projektu budowlanego na realizację bloku gazowo-parowego o mocy elektrycznej nie mniejszej niż 450 MW oraz oddzielnie drugiego na realizację zadania obejmującego budowę, dostawę, montaż, uruchomienie i przekazanie do eksploatacji bloku gazowo-parowego o mocy elektrycznej nie mniejszej niż 450MW.

Konsekwentnie, pkt 15.7.2.4 OPW (oraz pkt III.1.3) pkt 4) Ogłoszenia) przewidywały obowiązek złożenia wykazu usług/zamówień kompatybilnych z pierwotnie określonym warunkiem udziału w Postępowaniu.

Ponadto, w pkt 11.1 OPW Zamawiający podał, iż nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań przedmiotu Zamówienia. Również w pkt 12.1 OPW Zamawiający poinformował, że nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia kluczowych zadań przedmiotu Zamówienia. Konsekwentnie Zamawiający nie zawarł

obowiązku osobistego wykonania kluczowych zadań przedmiotu Zamówienia również w Ogłoszeniu.

Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu był dwukrotnie zmieniany – pierwotny termin wyznaczony był na dzień 19 października 2021 r. Następnie termin na składanie wniosków został zmieniony na dzień 4 listopada 2021 r., g. 12.

W dniu 3 listopada 2021 r., tj. na dzień przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, Zamawiający umieścił na stronie internetowej Postępowania informację o dokonaniu zmian w Ogłoszeniu o Zamówieniu oraz Opisie Potrzeb i Wymagań w Postępowaniu. Jedną ze zmian była zmiana w obrębie warunku udziału w Postępowaniu – zdolności technicznej lub zawodowej. Polegała ona na tym, że zarówno w pkt 13.6.4 a) jak i b) OPW, Zamawiający dodał wymóg, aby referencyjne zamówienie zostało wykonane lub by było nadal aktualnie wykonywane na terenie państwa – strony porozumienia GPA (Government Procurement Agreement). Konsekwentnie Zamawiający zmienił treść Ogłoszenia w tym zakresie w Sekcji III (Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym finansowym i technicznym, III. 1) Warunki udziału, III.1.3) pkt 1 a) i b). Zamawiający w konsekwencji dokonał również zmian w pkt 15.7.2.4 OPW oraz w pkt III.1.3) pkt 4) Ogłoszenia) przy opisie wykazu usług i zamówień.

Ponadto w pkt 11.1 OPW Zamawiający, powołując się na art. 121 Pzp, zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę prac wykonywanych w ramach wieloletniego serwisu pogwarancyjnego dla turbiny gazowej, który objęty będzie odrębną wieloletnią umową serwisową (LTSA), która wchodzi w zakres zamówienia. Podobnie, w pkt 12.1 OPW, Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia prac wykonywanych w ramach wieloletniego serwisu pogwarancyjnego dla turbiny gazowej, który objęty będzie odrębną, wieloletnią umową serwisową (LTSA), która wchodzi w zakres zamówienia.

Tożsamą regulację Zamawiający wprowadził w Ogłoszeniu w jego sekcji III. 2.2. wskazując, że:

„6. Organizator Postępowania zgodnie z art. 121 Ustawy PZP zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę prac wykonywanych w ramach wieloletniego serwisu pogwarancyjnego dla turbiny gazowej, który objęty będzie odrębną, wieloletnią umową serwisową (LTSA), która wchodzi w zakres zamówienia. 7. Organizator Postępowania zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia prac wykonywanych w ramach wieloletniego serwisu pogwarancyjnego dla turbiny gazowej, który objęty będzie odrębną, wieloletnią umową serwisową (LTSA), która wchodzi w zakres zamówienia.”

W konsekwencji, w pkt 14.1 OPW Zamawiający wyłączył częściowo możliwość polegania przez wykonawców, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w pkt 13.6.4. OPW w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do Zamówienia, lub jego części, na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

Nowy termin złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu został określony na dzień 22 listopada 2021 roku, czyli został on przedłużony o 18 dni.

Ad zarzutu naruszenia art. 16 i art. 112 ust. 1 Pzp przez nieadekwatną, nieproporcjonalną i nieuzasadnioną z punktu widzenia oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia zmianę Ogłoszenia o Zamówieniu oraz OPW, polegającą na wprowadzeniu dodatkowego wymagania w zakresie warunku udziału w postępowaniu - zdolności technicznej lub zawodowej i w opisie wykazu usług i zamówień.

Odwołujący wskazał, że na mocy art. 16 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny. Zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp, zamawiający określa warunki 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.

Wobec powyższego, wprowadzenia przez Zamawiającego nowego wymagania w zakresie warunku, aby wykonawcy legitymowali się wykonaniem zamówień polegających na budowie bloku gazowo-parowego i serwisie turbiny gazowej na terenie państwa – strony porozumienia GPA (Government Procurement Agreement, Porozumienie w sprawie Zamówień Rządowych, dalej również Porozumienie, Porozumienie GPA), nie można, zdaniem Odwołującego, uznać za spełniające wymogi wskazane w przytoczonych przepisach.

Odwołujący wyjaśnił, że porozumienie GPA jest wielostronnym porozumieniem, mocą którego jego strony zobowiązały się do stosowania podstawowych reguł w dziedzinie zamówień publicznych, zapewniających przejrzystość, konkurencyjność i dobre zarządzanie. Jego celem jest zapewnienie równego dostępu do rynku zamówień publicznych w państwach sygnatariuszach. Nie ma ono wpływu na przebieg wykonywania konkretnych zamówień, nawet rodzajowo. Przystąpienie do Porozumienia nie powoduje ujednoczenia przepisów dotyczących zamówień publicznych, a tym bardziej poszczególnych przepisów, w szczególności z zakresu prawa budowlanego, czy też prawa administracyjnego w ogóle, związanych w jakikolwiek sposób z konkretnymi zamówieniami.



Jak wyjaśnił Odwołujący, specyfika budowy bloków gazowo-parowych czy też serwisu turbin parowych niewątpliwie nie jest przedmiotem Porozumienia GPA. Porozumienie to jest międzynarodową umową, mocą której jej strony zobowiązały się do stosowania podstawowych reguł w dziedzinie zamówień publicznych, zapewniających przejrzystość, konkurencyjność i dobre zarządzanie. Jego zakresem objęte są zamówienia na towary, usługi i główne inwestycje budowlane w zakresie wskazywanym przez każde z państw członkowskich. Celem GPA jest zapewnienie możliwie szerokiego otwarcia rynków zamówień publicznych na międzynarodową konkurencję. Szczegóły technologiczne czy proceduralne związane z budową czy serwisem bloków gazowo-parowych nie są w żaden sposób determinowane przynależnością do tzw. obszaru GPA i nie zostały dla tego obszaru w żaden sposób zunifikowane.

Zdaniem Odwołującego, sama tylko przynależność danych państw do Porozumienia nie powoduje, że jakiegokolwiek inwestycje realizowane w tych krajach można uznawać za posiadające wspólne cechy, powodujące odmienną ocenę sposobu ich wykonania bądź osiągniętego rezultatu, od oceny tożsamyh rodzajowo inwestycji zrealizowanych w innych krajach (spoza obszaru GPA). To z kolei oznacza, że rękojmię należytego wykonania zamówienia w Postępowaniu – wobec nieistnienia różnic w realizacji analizowanego zamówienia w zależności od tego, czy miało miejsce na terenie państwa objętego Porozumieniem czy też nie – mogą dawać zarówno ci wykonawcy, którzy legitymują się relewantnym doświadczeniem zdobytym na terenie państwa – strony Porozumienia, jak i na terenie innego państwa, spoza obszaru GPA.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, różnicowanie doświadczenia wykonawców w oparciu o Porozumienie GPA (tj. *de facto* wyłącznie w oparciu o miejsce jego realizacji, czyli kryterium geograficzne, a bez względu na znacznie bardziej istotne kryteria wynikające ze skomplikowanego przedmiotu zamówienia) jest nieuzasadnione. Wobec tego, zdaniem Odwołującego, wykonywanie zamówień na terenie państw sygnatariuszy Porozumienia GPA nie może stanowić uzasadnionego i proporcjonalnego warunku w Postępowaniu, w żaden sposób nie przyczynia się ono bowiem do oceny rzeczywistej zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Niewątpliwie prowadzi natomiast do nierównego traktowania wykonawców i złamania zasady uczciwej konkurencji, nadmiernie utrudniając wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia dostęp do Postępowania i uzyskania zamówienia. Dotyczy to przy tym również wykonawców pochodzących z krajów należących do GPA, jednak nieposiadających doświadczenia zdobytego na obszarze GPA, lecz na terenie krajów spoza tego obszaru.

Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie KIO możliwość zastrzegania miejsca wykonywania zamówienia wymaganego w ramach warunku udziału w postępowaniu – tj. obszaru państwa – strony GPA, została już oceniona negatywnie. Jak wskazała KIO w

wyroku z dnia 18 grudnia 2014 roku, sygn. KIO 2562/14, celem Porozumienia GPA (Porozumienia w sprawie zamówień rządowych) jest liberalizacja i rozwój handlu międzynarodowego poprzez zapewnienie równego dostępu do rynku zamówień publicznych państw - sygnatariuszy. Porozumienie GPA oparte jest na zasadzie niedyskryminacji wykonawców ze względu na kraj pochodzenia, to jest stosowania do wykonawców pochodzących z państw - stron Porozumienia GPA - takich samych reguł, jak w stosunku do wykonawców rodzimych. W żaden sposób samo członkostwo w GPA czy realizacja zamówień na terenie państw - członków GPA - nie może stanowić warunku udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Postanowienie zawarte w Sekcji II.2.3 Kwalifikacje techniczne, gdzie w pkt 1, 2 i 3 zamawiający przewiduje, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą się należytych wykonaniem opisanych przez zamawiającego zamówień "na terenie państw członków GPA" stanowi nieuzasadnione, nie związane z przedmiotem zamówienia, zawężenie warunków udziału w postępowaniu i w istocie może prowadzić do ograniczenia konkurencji. [...] Sformułowane przez zamawiającego ograniczenie niewątpliwie może stanowić utrudnienie udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy mogą wykazać się doświadczeniem realizowanym na terenie państw innych niż członkowie GPA. Podobnie orzekła KIO w wyroku z dnia 6 września 2011 roku, sygn. KIO 1820/11.

Odwołujący wskazał ponadto, że Zamawiający, począwszy od formułowania, a następnie ogłoszenia dokumentów zamówienia, nie zidentyfikował potrzeby wprowadzenia takiego zastrzeżenia w odniesieniu do referencyjnych zamówień. Należy zatem przyjąć, że podczas przygotowywania się do przeprowadzenia Postępowania przyjmował, że miejsce wykonania referencyjnego zamówienia jest irrelevantne z punktu widzenia oceny rękojmi należytego wykonania zamówienia. Podejście to było w ocenie Odwołującego jedynym właściwym, albowiem miejsce realizacji zamówienia objętego Postępowaniem, a zwłaszcza to, czy zostało wykonane na terenie państwa – strony porozumienia GPA - nie powinno i nie ma z perspektywy należytego jego wykonania jakiegokolwiek znaczenia dla oceny zdolności do jego wykonania.

Odwołujący podniósł też, że kwestionowana zmiana została dokonana przez Zamawiającego bez wskazania jakiegokolwiek uzasadnienia. Nie została ona dokonana w związku z jakimkolwiek pytaniem wykonawcy dotyczącym warunku udziału w Postępowaniu. Zamawiający poinformował o tej zmianie w dniu 3 listopada 2021 r., bez przedstawienia jakiegokolwiek uzasadnienia w tej mierze. W ocenie Odwołującego, dodatkowo potwierdza to brak istnienia rzeczywistej przyczyny różnicowania doświadczenia wykonawców w zakresie warunku udziału w Postępowaniu w oparciu o kryterium GPA (i następczo w opisie wykazu usług i zamówień). Nie można bowiem rozgraniczać specyfiki budowy bloków gazowo-parowych na obszarze państw objętych Porozumieniem od specyfiki budowy takich bloków

poza obszarem państw objętych Porozumieniem GPA. Oczywiście, każdy kraj ma swoją regulację prawną, niemniej Porozumienie nie nakazuje unifikacji przepisów w zakresie jakichkolwiek dziedzin prawa właściwych dla poszczególnych zamówień, a tym bardziej właściwych dla budowy rzeczonych bloków gazowo-parowych. W konsekwencji, jakiegokolwiek istniejące różnice mogą wynikać jedynie z faktu funkcjonowania odrębnych państwowych porządków prawnych, ale nie mogą one determinować oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Naruszenie to, w ocenie Odwołującego, w sposób oczywisty może mieć istotny wpływ na wynik Postępowania, albowiem w sposób nieuprawniony zawęża krąg podmiotów mogących brać w nim udział i ubiegać się o Zamówienie. Tymczasem, zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp, warunki udziału w postępowaniu mają być określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Jak wskazał Odwołujący, zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny prawa i orzecznictwa, prawidłowe zastosowanie zasady proporcjonalności wymaga dwustopniowej oceny wprowadzanego środka – w tym przypadku warunku udziału w postępowaniu, poprzez udzielenie odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) Czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu?
- 2) Jeśli środek jest właściwy i nadaje się do realizacji zakładanego celu, to czy nie wykracza poza to, co jest niezbędne, a tym samym czy nie jest on nadmierny, czy inne środki nie byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego efektu? Czy założonego celu nie można osiągnąć za pomocą innych, mniej szkodliwych lub mniej ingerujących środków?

Skoro proces przygotowania i przeprowadzenia kwalifikacji wykonawców ma na celu sprawdzenie ich zdolności do realizacji przedmiotu zamówienia i wyłonienie wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, a środkiem służącym do osiągnięcia tego celu są odpowiednio skonstruowane warunki podmiotowe i wszystkie czynności zamawiającego podczas oceny składanych dokumentów oraz ich ewentualnego uzupełniania, to zachowanie w toku tego procesu zasady proporcjonalności wymaga ustalenia realizowanego celu oraz podejmowanych środków, a następnie oceny, czy przedmiotowe środki są właściwe i czy nie wykraczają poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia planowanego celu. W przypadku zaskarżonej czynności, pomimo braku jakiegokolwiek jej uzasadnienia przez Zamawiającego wydaje się, że wynik zastosowania testu proporcjonalności musi prowadzić do jego oceny negatywnej. Zakładając bowiem, że celem Zamawiającego jest wyłonienie wykonawcy zdolnego do prawidłowej realizacji zamówienia, środkiem prowadzącym do tego celu nie może być warunek niezwiązany w jakikolwiek sposób z tym celem. Za taki zaś należy uznać wymóg wylegitymowania się wykonaniem opisanych zamówień w krajach będących stronami Porozumienia GPA, skoro Porozumienie GPA w żaden sposób nie odnosi się do warunków

realizacji takich zamówień i dotyczy zupełnie innych kwestii. Oczywistym jest, że jedynym celem Zamawiającego w przypadku wprowadzenia takiego wymagania w ramach warunku udziału w Postępowaniu jest dążenie do ograniczenia liczby wykonawców mogących przystąpić do Postępowania, nie zaś weryfikacja ich zdolności do realizacji zamówienia. Wprowadzone przez niego nowe wymagania w ramach warunku udziału w Postępowaniu (i następnie przy opisie wykazu usług i zamówień), zaskarżone niniejszym odwołaniem, należy zatem uznać za niewłaściwe, nienadające się do realizacji zakładanego celu i nadmierne, prowadzące w konsekwencji do naruszenia zasady proporcjonalności, zasady równego traktowania i niedyskryminowania wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia.

Ad zarzutu naruszenia art. 16 Pzp, art. 131 ust. 1 Pzp w związku z art. 176 ust. 1 Pzp, 175 Pzp i art. 137 ust. 6 Pzp w zw. z art. 382 Pzp przez zmianę terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu z dnia 4 listopada 2021 r. na dzień 22 listopada 2021 r. w sytuacji, gdy Zamawiający dokonał tak istotnych zmian w OPW i Ogłoszenia, które powodują konieczność rozpoczęcia przygotowywania się do udziału w Postępowaniu przez wykonawców, którzy: 1) model uczestnictwa w Postępowaniu opierali przede wszystkim na wykonanych samodzielnie zamówieniach referencyjnych zrealizowanych w krajach niebędących stronami Porozumienia GPA lub 2) zamierzali powierzyć realizację usług serwisowych podwykonawcom, właściwie od początku, wobec czego nowy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu jest zbyt krótki

Jak wskazał Odwołujący, zgodnie z art. 131 ust. 1 Pzp, zamawiający wyznacza terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwzględnieniem złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego do ich przygotowania i złożenia, z tym że terminy te nie mogą być krótsze niż ustawowe terminy minimalne, o ile są one określone. Z kolei na mocy art. 137 ust. 6 Pzp, mającego zastosowanie również do OPW na mocy przepisu art. 175 Pzp, w przypadku gdy zmiany treści OPW są istotne dla sporządzenia wniosku lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą OPW i przygotowanie wniosków, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą OPW i przygotowanie wniosku. Art. 176 Pzp stanowi, że termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Zdaniem Odwołującego, brzmienie powyższych przepisów prowadzi do wniosku, że dokonując zmiany OPW i Ogłoszenia Zamawiający powinien wyznaczyć nowy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu z uwzględnieniem specyfiki danej zmiany i czasu niezbędnego dla jej przygotowania przez wykonawców. Skoro dokonana zmiana dotyczy przy tym zarówno treści warunku udziału w Postępowaniu, jak i

wprowadzenia podstawowego dla przyjętego modelu realizacji zamówienia obowiązku osobistego wykonania części zamówienia przez wykonawcę, to zdaniem Odwołującego należy przyjąć, że adekwatnym w takiej sytuacji byłby taki termin, jaki jest wymagany dla pierwotnie wyznaczonego terminu złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu. Nie powinno bowiem ulegać wątpliwości, że Zamawiający w sposób istotny zmienił warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, powodując, że wykonawcy muszą w istocie ponownie rozpocząć proces przygotowywania się do uczestnictwa w Postępowaniu, zwłaszcza, jeżeli nie legitymują się samodzielnie doświadczeniem w zakresie zamówień referencyjnych.

Odwołujący wskazał, że podobnie jak inni wykonawcy, przygotowywał się do udziału w Postępowaniu przyjmując spełnienie warunku udziału w Postępowaniu w oparciu o zrealizowane zamówienia referencyjne kompatybilne z pierwotnie określonymi wymaganiami w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Dokonana przez Zamawiającego zmiana istotnie zmieniająca ten warunek powoduje, że wykonawcy, którzy zakładali model uczestnictwa w Postępowaniu odmienny od obecnie wymaganego, muszą niejako od początku ustalać ten model, potencjalnie również w celu poszukiwania konsorcjanta. Dodatkowo wykonawcy, którzy zamierzali skorzystać w zakresie świadczenia usług serwisu pogwarancyjnego z usług podwykonawców, muszą przemodelować całą koncepcję realizacji zamówienia, co wiąże się również de facto z przygotowaniem wniosku od początku. Muszą oni albo zdecydować o osobistym wykonaniu wskazanych usług, albo też zawrzeć nowe porozumienia z dotychczasowymi podwykonawcami, kreując swoją współpracę na zasadzie konsorcjum. Niewątpliwie są to procesy czasochłonne. Dlatego też pozostawienie na nie wykonawcom jedynie 18 dni jest terminem zdecydowanie zbyt krótkim, prowadzącym nie tylko do uznania sprzeczności tego terminu z zasadami wskazanymi w przepisach m.in. art. 131 ust. 1 Pzp w związku z art. 176 Pzp, 175 Pzp i art. 137 ust. 6 Pzp, ale i podstawowymi zasadami przygotowania i prowadzenia Postępowania, wyrażonymi w art. 16 Pzp.

Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie KIO kwestia wyznaczania terminów czynności (w szczególności w zakresie składania ofert, ale też wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) zbyt krótkich z perspektywy przedmiotu i złożoności zamówienia pojawia się regularnie. Przykładowo, jak wskazała KIO w wyroku z 10 września 2014 r., sygn. KIO 1753/14, w pierwszej kolejności, Zamawiający obowiązany jest w warunkach konkretnego postępowania, uwzględniać w szczególności opis przedmiotu zamówienia i jego złożoność oraz rozmiar, a także uwzględniać czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty przez każdego z wykonawców, zapewniając tym samym realną oraz uczciwą konkurencję w postępowaniu (...). Obowiązek uwzględnienia (...) złożoności przedsięwzięcia i jego charakteru wynika również art. 38 Dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie z którym [ust.1] podczas ustalania terminów składania ofert instytucje zamawiające uwzględniają w

szczegółności złożoność zamówienia oraz czas wymagany do sporządzenia ofert, z zastrzeżeniem terminów minimalnych. Zasadą zarówno na gruncie unijnego jak i polskiego prawa zamówień publicznych jest ustalanie terminów składania ofert z uwzględnieniem specyfiki zamówienia, a nie udzielanie zamówienia w terminach minimalnych lub zbliżonych do minimalnych.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że Zamawiający, w odpowiedzi na pytanie Nr 7 opublikowanej w dniu 25 października 2021 r., *expressis verbis* zakomunikował wykonawcom, że nie będzie wprowadzać obowiązku osobistego wykonania zamówienia w jakimkolwiek zakresie, szeroko uzasadniając swoje stanowisko w świetle zadanego mu pytania dotyczącego konkretnie tej kwestii. Wobec powyższego, wykonawcy byli zatem w pełni usprawiedliwieni w przyjęciu dowolnego modelu realizacji zamówienia, w tym przy udziale podwykonawców. Zmiana tego wymogu, w dodatku dokonana na dzień przed wyznaczonym terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu i to bez jakiegokolwiek uzasadnienia, kiedy modele biznesowe realizacji zamówienia przygotowane przez wykonawców były już gotowe wg ich pierwotnych założeń, usprawiedliwionych dotychczasowym stanowiskiem Zamawiającego, dla niektórych wykonawców jest zmianą kluczową. Niezbędne jest zatem zapewnienie im czasu adekwatnego do tego, aby ewentualnie mogli podstawowe założenia dotyczące realizacji zamówienia zmienić, w tym także z uwzględnieniem udziału podmiotów trzecich.

Naruszenie to w sposób oczywisty może mieć istotny wpływ na wynik Postępowania, albowiem w sposób nieuprawniony może zawężyć krąg podmiotów mogących brać w nim udział i ubiegać się o zamówienie.

**Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła, co następuje.**

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest zainteresowany udziałem w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W tym miejscu Izba wskazuje, że nie podziela stanowiska Zamawiającego o braku interesu we wniesieniu odwołania po stronie Odwołującego. Twierdzenie to zostało oparte przez Zamawiającego na treści dowodów załączonych do odpowiedzi na odwołanie, z których Zamawiający wywodzi, że Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu w brzmieniu wprowadzonym zmianą ogłoszenia z 3 listopada 2021 r. Słusznie jednak podniósł Odwołujący, że dowody te stanowią m.in. informację prasową pochodzącą od Odwołującego

i nie zawierają szczegółowych danych na temat inwestycji powołanych w ich treści. Natomiast warunki udziału w postępowaniu mają charakter złożony i zawierają szereg szczegółowych wymagań, co do których Zamawiający oczekuje łącznego spełnienia w ramach jednej inwestycji, stąd też w ocenie Izby nie można na tej podstawie w sposób niewątpliwy przesądzić że Odwołujący spełnia warunek w brzmieniu po modyfikacji i tym samym odmówić mu prawa do skorzystania ze środka ochrony prawnej. Do właściwej weryfikacji spełnienia warunku dojdzie bowiem na etapie oceny złożonych wniosków, w oparciu o stosowne dokumenty, wymagane przez Zamawiającego w tym postępowaniu. Przesądzanie na tym etapie postępowania o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego, na podstawie środków dowodowych innych niż wymagane w postępowaniu, było by przedwczesne i nieuzasadnione.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie, z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania [§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453)].

**Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy:**

Stan faktyczny został przez Odwołującego właściwie zreferowany w treści odwołania, jest między Stronami bezsporny i nie będzie przez Izbę powielany.

Ponadto odnotować należy, że 18 listopada 2021 r. Zamawiający wniósł pierwszą odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył że uwzględni odwołanie i dokonał zmiany treści zaskarżonych postanowień OPW i ogłoszenia o zamówieniu.

Następnie 22 listopada 2021 r. Zamawiający oświadczył, że cofa oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania, wobec czego spór między Odwołującym a Zamawiającym pozostał aktualny.

**Izba zważyła, co następuje.**

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie z następujących powodów.

Izba uznała wymaganie Zamawiającego odnoszące się do warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i lub zawodowej opisany w pkt 13.6.4 OPW i odpowiednio w ogłoszeniu o zamówieniu oraz związany z tym warunkiem opis sposobu jego spełniania za nadmierne do przedmiotu zamówienia i utrudniające uczciwą konkurencję. W

ocenie Izby Zamawiający nie wykazał aby zawężenie warunku udziału w postępowaniu do terenu państw objętych Porozumieniem GPA było uzasadnione merytorycznie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że celem Porozumienia GPA (Porozumienia w sprawie zamówień rządowych) jest liberalizacja i rozwój handlu międzynarodowego przez zapewnienie równego dostępu do rynku zamówień publicznych państw - sygnatariuszy. Porozumienie GPA oparte jest na zasadzie niedyskryminacji wykonawców ze względu na kraj pochodzenia, przejawiającej się w stosowaniu do wykonawców pochodzących z państw – stron Porozumienia GPA - takich samych reguł, jak w stosunku do wykonawców rodzimych.

Słusznie w ocenie Izby podniósł Odwołujący, że Porozumienie GPA nie dotyka kwestii związanych z samą realizacją zamówień, w tym objętych specyfiką przedmiotowego zamówienia, a celem tego Porozumienia jest możliwie szerokie otwarcie rynku zamówień publicznych na międzynarodową konkurencję. Natomiast szeroko pojęte kwestie związane z budową czy serwisem bloków gazowo – parowych nie są determinowane przynależnością do Porozumienia GPA i nie zostały dla tego obszaru zunifikowane.

W celu wykazania, że przedmiotowe wymaganie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego oraz proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie z 1 grudnia 2021 r. wskazał, że kierował się art. 43 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, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (dalej: dyrektywa sektorowa), zgodnie z którym: „W zakresie, w jakim obejmują to załączniki 3, 4 i 5 oraz uwagi ogólne do dodatku I Unii Europejskiej do Porozumienia GPA, a także inne umowy międzynarodowe, którymi związana jest Unia, podmioty zamawiające w rozumieniu art. 4 ust. 1 lit. a) przyznają robotom budowlanym, dostawom, usługom i wykonawcom sygnatariuszy wspomnianych umów i Porozumienia traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie przyznane robotom budowlanym, dostawom, usługom i wykonawcom Unii.” Ponadto Zamawiający powołał się na Wytyczne Komisji Europejskiej (2019/C 271/02). Zamawiający argumentował, że Porozumienie GPA skupia najbardziej rozwinięte technologicznie kraje świata, a przy tym kraje o określonej kulturze administracyjnej. Zamawiający podkreślił, że dla realizacji tego zamówienia ważna jest nie tylko technologia ale również znajomość procedur prawnych, wiedza na temat konieczności uzyskania odpowiednich zezwoleń, gdyż ścieżka prawna dopuszczenia urządzeń składających się na blok energetyczny do eksploatacji jest skomplikowana i wymaga wielu skoordynowanych działań (*vide*: str. 4 i 5 pisma z 1 grudnia 2021 r.). Zamawiający podkreślił, że wprowadzając kwestionowane wymaganie chce mieć



pewność, że podpisze umowę z wykonawcą który ma doświadczenie zdobyte w krajach gdzie obowiązują te same lub równoważne normy bezpieczeństwa, warunków pracy a w szczególności wymagania środowiskowe. W ocenie Zamawiającego kwestionowany warunek sprowadza się do weryfikacji czy potencjalni wykonawcy posiadają minimalne doświadczenie w pozyskiwaniu dokumentacji, która jest bezwzględnie wymagana do realizacji przedmiotu zamówienia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej i Unii Europejskiej oraz państw – stron Porozumienia GPA. Zdaniem Zamawiającego brak takiej umiejętności może nie gwarantować wykonania zamówienia należyście i w terminie określonym w umowie oraz może nie gwarantować uzyskania wymaganych parametrów technicznych, co pozostaje w sprzeczności z uzasadnioną potrzebą Zamawiającego, tj. wybudowaniem w sposób należyty i terminowy bloku gazowo – parowego oraz świadczenie w sposób należyty i terminowy usług serwisowych dla wybranej grupy urządzeń tego bloku (*vide*: str. 6 pisma z 1 grudnia 2021 r.).

Nie kwestionując wskazanych wyżej potrzeb Zamawiającego, dotyczących należytej i terminowej budowy bloku gazowo – parowego oraz należytego i terminowego świadczenia serwisu, w ocenie Izby powyższe stanowisko Zamawiającego nie może stanowić uzasadnienia dla skarżonego wymagania odnoszącego się do wykonania zamówienia na terenie państwa – strony porozumienia GPA. Przede wszystkim Izba wskazuje, jak już wcześniej zostało podniesione, że Porozumienie GPA nie dotyczy kwestii, na które powołuje się Zamawiający w swoim stanowisku, lecz celem tego porozumienia jest otwarcie rynku zamówień publicznych na międzynarodową konkurencję. Dlatego w ocenie Izby samo założenie przez Zamawiającego i twierdzenie, że państwa – strony Porozumienia GPA stosują tożsame standardy w zakresie ochrony środowiska, bezpieczeństwa czy warunków pracy, nie jest wystarczające dla pozytywnej oceny, że wprowadzenie kwestionowanego wymogu jest zasadne dla osiągnięcia opisanego przez Zamawiającego celu. W tym miejscu Izba wskazuje, że poza gołosłownym twierdzeniem, Zamawiający w żaden sposób tej okoliczności nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił. Natomiast w ocenie Izby sam fakt iż stronami Porozumienia GPA są kraje wysoko rozwinięte nie musi być jednoznaczne z tym, że wszystkie te kraje stosują wymogi w zakresie ochrony środowiska na tożsamym poziomie. Tym samym, w ocenie Izby, Zamawiający nie wykazał, że zastosowane przez niego terytorialne ograniczenie zrealizowania zamówienia na terenie państwa – strony Porozumienia GPA jest jedynym środkiem do osiągnięcia tego celu. Niewątpliwie natomiast skarżony wymóg może stanowić ograniczenie konkurencji w tym postępowaniu i może jednocześnie prowadzić do eliminacji Odwołującego, który jest wykonawcą pochodzącym z państwa należącego zarówno do Unii Europejskiej jak i państwa – strony Porozumienia GPA oraz wykonawcą potencjalnie zdolnym do realizacji zamówienia. W ocenie Izby, w tym stanie

rzeczy, różnicowanie doświadczenia wykonawców w oparciu o Porozumienie GPA jest nieuzasadnione i stanowi naruszenie art. 16 pkt 3) ustawy Pzp.

Izba podziela tym samym stanowisko wyrażone w orzecznictwie Izby w wyroku z dnia 6 września 2011 r. sygn. akt KIO 1820/11 oraz w wyroku z dnia 18 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 2562/14, zgodnie z którym samo członkostwo w GPA czy realizacja zamówień na terenie państw – członków GPA - nie może stanowić warunku udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, a sam wymóg wykazania się należywym wykonaniem opisanych przez zamawiającego zamówień „na terenie państw członków GPA” stanowi nieuzasadnione, nie związane z przedmiotem zamówienia, zawężenie warunków udziału w postępowaniu i w istocie może prowadzić do ograniczenia konkurencji.

W konsekwencji potwierdzenia się zarzutów odwołania Izba uznała za zasadne nakazanie zamawiającemu dokonanie zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu i OPW, przez usunięcie z pkt 13.6.4 Opisu Potrzeb i wymagań pkt a) i b) oraz z sekcji III.1.3) warunki udziału, zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe pkt 1 lit. a) i b) ogłoszenia o zamówieniu fragmentu: „z zastrzeżeniem, że zamówienie to zostało wykonane lub jest wykonywane na terenie państwa – strony porozumienia GPA (Government Procurement Agreement)” oraz z pkt 15.7.2.4 pkt 1) i 2) Opisu Potrzeb i Wymagań oraz z sekcji III.1.3. warunki udziału, zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe pkt 4) ppkt 1) i 2) fragmentu: „na terenie państwa – strony porozumienia GPA (Government Procurement Agreement)”.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 pkt 1) w związku § 5 pkt 1) i 2) lit. b) w związku z § 2 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania kwotę 20 600 zł 00 gr, na którą składają się uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu zastępstwa przed Izbą, orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania Zamawiającego, jako stroną przegrywającą.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....