

Sygn. akt: KIO 2609/19

WYROK
z dnia 10 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2019 r. przez wykonawcę Warbud spółka akcyjna w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Ambasadę Rzeczypospolitej Polskiej w Republice Federalnej Niemiec w Berlinie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 131j Prawa zamówień publicznych w związku z art. 7 Prawa zamówień publicznych i art. 51 ust. 2 Prawa zamówień publicznych oraz nakazuje zamawiającemu – Ambasadzie Rzeczypospolitej Polskiej w Republice Federalnej Niemiec w Berlinie modyfikację ogłoszenia o zamówieniu w zakresie kryterium selekcji poprzez wykreślenie wymagania, aby punktowane zadania inwestycyjne były wykonane na terenie Republiki Federalnej Niemiec. W pozostałym zakresie umarza postępowanie.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Ambasadę Rzeczypospolitej Polskiej w Republice Federalnej Niemiec w Berlinie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Warbud spółka akcyjna w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego – Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Republice Federalnej Niemiec w Berlinie na rzecz wykonawcy Warbud spółka akcyjna w Warszawie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

I. Ambasada Rzeczypospolitej Polskiej w Republice Federalnej Niemiec w Berlinie (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Wykonanie robót budowlanych projektu „Budowa nowej siedziby Ambasady RP w Republice Federalnej Niemiec” (znak: AMB.BERL.RIB.741.2.2019).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 17 grudnia 2019 r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej poz. 2019/S 243-598891. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych), w oparciu o rozdział 4a Prawa zamówień publicznych „Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa”.

W dniu 23 grudnia 2019 r. wykonawca Warbud spółka akcyjna w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 131e ust. 2 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 22 ust. 1a i art. 22 d ust. 1 Prawa zamówień publicznych i oraz art. 7 Prawa zamówień publicznych poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób nadmierny i nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, w zakresie dysponowania następującymi osobami skierowanymi do realizacji zamówienia, tj.:

a. Kierownikiem budowy, z uwagi na wprowadzenie wymagania, aby Kierownik budowy posiadał bardzo dobrą znajomość przepisów prawa budowlanego w Niemczech, a także, z uwagi na niedopuszczenie wykazania się, przez tę osobę, doświadczeniem na stanowisku kierownika budowy, a jedynie na stanowisku kierownika robót,

b. Kierownikiem robót konstrukcyjno-budowlanych z uwagi na niedopuszczenie wykazania się, przez tę osobę, doświadczeniem na stanowisku Kierownika budowy, a jedynie na stanowisku kierownika robót;

2. art. 131j Prawa zamówień publicznych w związku z art. 7 Prawa zamówień publicznych i art. 51 ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez przyznawanie punktacji w kryterium selekcji za doświadczenie wykonawcy w realizacji inwestycji wyłącznie na terenie RFN.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu poprzez:

1. w zakresie warunku dotyczącego osób wskazanych na stanowisko Kierownika Budowy i Kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych:

a. dopuszczenie możliwości wykazania się przez osoby wskazane na stanowisko Kierownika budowy i Kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych doświadczeniem zdobytym również na stanowisku kierownika budowy.

b. wykreślenie konieczności znajomości Prawa Budowlanego w Niemczech przez Kierownika budowy, ewentualnie dopuszczenie aby taką znajomością mógł wykazać się dodatkowy ekspert, a nie wyłącznie Kierownik budowy.

Tj. ukształtowanie warunku np. w następujący sposób:

1) Kierownik budowy spełniający następujące wymazania:

- wykształcenie wyższe techniczne,
- min. 5 lat doświadczenia zawodowego uzyskanego w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w pełnieniu funkcji Kierownika robót budowlanej lub Kierownika budowy przy realizacji co najmniej 2 zadań inwestycyjnych polegających na budowie budynku użyteczności publicznej, o powierzchni całkowitej budynku nie mniejszej niż 5 000 m² każde.

2) Kierownik robót w branży konstrukcyjno-budowlanej spełniający następujące wymazania:

- wykształcenie wyższe techniczne,
- min. 5 lat doświadczenia zawodowego uzyskanego w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w pełnieniu funkcji Kierownika robót branży konstrukcyjno-budowlanej lub Kierownika budowy przy realizacji co najmniej 2 zadań inwestycyjnych polegających na budowie budynku użyteczności publicznej, o powierzchni całkowitej budynku nie mniejszej niż 5 000 m² każde

Ewentualnie

dodanie wymagania dotyczącego konieczności dysponowania przez wykonawcę osobą eksperta znającego przepisy Prawa Budowlanego w Niemczech.

2. W zakresie kryterium selekcji modyfikacji Ogłoszenia poprzez wykreślenie wymagania, aby punktowane zadania inwestycyjne były wykonane na terenie RFN.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 7 stycznia 2020 r.) uwzględnił zarzut nr 1, odnoszący się do warunku dotyczącego osób wskazanych na stanowisko Kierownika Budowy i Kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych i wniósł o oddalenie zarzutu nr 2, odnoszącego się do kryterium selekcji.

Odwołujący nie wycofał zarzutu nr 2.

W konsekwencji, na podstawie art. 186 ust. 4a Prawa zamówień publicznych, Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutu nieuwzględnionego przez Zamawiającego, podtrzymanego przez Odwołującego.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. W ogłoszeniu o zamówieniu, w Sekcji IV „Procedura”, pkt IV.1.2) „Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału”, Zamawiający określił, że przewiduje zaproszenie minimalnie trzech wykonawców, a maksymalnie – pięciu. Zamawiający wskazał, że „3. Jeżeli wykonawców niepodlegających wykluczeniu z postępowania i spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie więcej niż 5, to wówczas Zamawiający wybierze do składania ofert 5 takich wykonawców, kierując się kryteriami selekcji opisanymi poniżej. Ocena w ramach kryteriów selekcji nastąpi na podstawie informacji zawartych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wykazanych przez Wykonawcę zgodnie z wymaganiami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu. 4. Za każde dodatkowe zadanie inwestycyjne (ponad minimum opisane w

warunku udziału w postępowaniu) wykonane w sposób należyty przez Wykonawcę w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (samodzielnie lub w ramach konsorcjum z udziałem Wykonawcy) na terenie RFN wykazane we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, polegające na budowie i oddaniu do użytku obiektu użyteczności publicznej, zawierającego min. 1 kondygnację podziemną pełniącą funkcję parkingu lub garażu, o powierzchni całkowitej budynku min. 5000 m², Zamawiający przyzna Wykonawcy ocenianemu w ramach tego kryterium selekcji 1 pkt. (Kryterium selekcji I stopnia). 5. Zamawiający zaprosi do składania ofert takich 5 Wykonawców, którzy otrzymali największą liczbę punktów ustalonych w sposób wskazany w pkt 4 powyżej.”

2. Odwołujący wniósł odwołanie, wskazując, że zacytowany powyżej opis kryterium selekcji narusza art. 131j Prawa zamówień publicznych w związku z art. 7 Prawa zamówień publicznych i art. 51 ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez przyznawanie punktacji w kryterium selekcji za doświadczenie wykonawcy w realizacji inwestycji wyłącznie na terenie RFN. Zdaniem Odwołującego, kryterium to wprost narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zrealizowanie zamówienia w konkretnym państwie nie ma bowiem wpływu na zdolność wykonawcy do jego wykonania, a temu celowi powinno służyć postawione kryterium. Wobec powyższego należy wskazać, iż mamy do czynienia z dyskryminacją, która jest zbędna i niepotrzebna w świetle wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia. Nie znajduje bowiem żadnego uzasadnienia fakt preferowania wykonawców, którzy posiadają doświadczenie w robotach budowlanych na terytorium RFN na rzecz dyskryminowania wykonawców, którzy posiadają analogiczne doświadczenie na terenie innych państw, w tym w szczególności państw Unii Europejskiej. Postawione przez Zamawiającego kryterium, poprzez przyznanie punktów za doświadczenie, tylko z uwagi na fakt, iż doświadczenie to wykonawcy zdobywali na terenie RFN, oprócz naruszenia art. 131j Prawa zamówień publicznych, narusza także wyrażoną w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający naruszył te zasady, bowiem preferowanie wykonawców, którzy wykonali roboty na terytorium RFN nie jest niczym uzasadnione.

Na rozprawie zauważał, że gdyby zaakceptować tok rozumowania Zamawiającego, to w każdym postępowaniu Zamawiający mógłby wymagać doświadczenia nabytego na określonym terytorium (czy to państwa, czy innego obszaru np. województwa, czy gminy). Jest to zdaniem Odwołującego wymaganie nie tylko dyskryminujące, ale i nieuzasadnione, ponieważ Zamawiający może zastrzec w umowie określony harmonogram wykonywania robót i kary umowne, które będą zobowiązywały wykonawcę do określonego zachowania i wykonania prac w określonych terminach.

Wskazywał, że Zamawiający rozróżniając warunek udziału w postępowaniu od kryterium selekcji, błędnie pojmując zakres dopuszczalnej swobody w formułowaniu kryterium selekcji – ta swoboda nie może być rozumiana w sposób nieograniczony, naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zauważał, że postępowanie jest prowadzone na podstawie rozdziału IVa PZP-zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, a więc stosuje się Dyrektywę obronną 2009/81/UE i przywołuje art. 38 ust 3 tiret 1, zgodnie z którym kryteria selekcji powinny być obiektywne i niedyskryminujące. Tymczasem ograniczenie doświadczenia do wykonanego jedynie na terenie RFN w kryteriach selekcji powoduje preferowanie wykonawców z terenu Niemiec.

Podnosił, że Zamawiający warunek udziału w postępowaniu określił bardzo szeroko, natomiast właściwa selekcja będzie się odbywać dopiero z zastosowaniem kryterium selekcji.

Przywoływał wyrok KIO 1820/11, z którego wynika, że zawężenie terytorialne jest dyskryminujące oraz komentarz do art. 65 Dyrektywy 2014/24/UE pana J. P. (Legalis), zachowującej aktualność w niniejszym stanie sprawy, zgodnie z którym ograniczenie terytorialne jest dyskryminujące.

Wskazywał, że zarówno w poprzednim postępowaniu na ten sam przedmiot zamówienia jak i postępowaniu na budowę Ambasady w Londynie, Zamawiający nie opisywali kryteriów selekcji przez ograniczenie doświadczenia do określonego terytorium.

3. Zamawiający wnosił o oddalenie tak postawionego zarzutu, wskazując, że jego zdaniem Odwołujący kontestuje istotę kryterium selekcji, tymczasem Zamawiający ma prawo ograniczyć liczbę wykonawców w przetargu ograniczonym. Odwołujący w ocenie Zamawiającego błędnie utożsamia instytucję warunku udziału w postępowaniu i instytucję kryterium selekcji. Przepisy dotyczące zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa pozwalają ograniczyć liczbę wykonawców do trzech, jednak Zamawiający prokonkurencyjnie dopuszcza pięciu wykonawców. Kryterium selekcji z natury prowadzi do ograniczenia liczby wykonawców do kręgu wykonawców o cesze preferowanej przez Zamawiającego. Kryterium selekcji jest immamentnie skorelowane z opisem przedmiotu zamówienia. W ocenie Zamawiającego, skoro budowa będzie realizowana na terenie Niemiec, w pełni uprawnione jest punktowanie doświadczenia nabytego w tymże kraju. Przyszły wykonawca zobowiązany będzie do znajomości niemieckich przepisów, w szczególności prawa budowlanego i administracyjnego oraz obowiązujących tam procedur, „gdyż tylko to umożliwi uzyskanie odpowiednich pozwoleń i dokumentów, prowadzenie robót budowlanych zgodnie z obowiązującymi przepisami, jak również właściwe sporządzenie dokumentacji powykonawczej oraz innych dokumentów warunkujących uzyskanie pozwolenia na użytkowanie budowli” (strona 4 i 5 odpowiedzi na odwołanie). Doświadczenie

nabyte na terenie Niemiec gwarantuje według Zamawiającego, że budowa zostanie wykonana szybko i sprawnie, wnioski składane w odpowiednich instytucjach będą kompletne, a wykonawca będzie znał niemieckie przepisy BHP, a także normy dotyczące wyrobów i materiałów budowlanych.

Na rozprawie Zamawiający podkreślał, że wymóg terytorialny w kryterium selekcji ma charakter obiektywny – odwołuje się do doświadczenia nabytego na terenie Niemiec, ale nie oznacza to, że wykonawca musi mieć siedzibę na terenie Niemiec. Przykład Odwołującego z ograniczeniem terytorialnym do województwa uznał za nietrafny, ponieważ w Polsce obowiązuje jednolity system prawny, tymczasem Niemcy to państwo federacyjne i w każdym kraju (landzie) obowiązuje inne prawo na poziomie krajowym, równocześnie obowiązuje prawo na poziomie federacyjnym.

Ze względu na to szczególne otoczenie prawne i uwzględniając, że przepisy budowlane prawa materialnego się niezharmonizowane, odrębne jest prawo pracy, ochrony środowiska, ochrony zabytków, dozoru technicznego, ochrony przeciwpożarowej, akwenów wodnych oraz szczególnie restrykcyjne prawo dotyczące odpadów uzasadnione jest zdaniem Zamawiającego punktowanie doświadczenia nabytego na terytorium Niemiec.

Wskazywał, że Niemcy są częścią wspólnego rynku, każdy wykonawca może prowadzić roboty budowlane na terenie Niemiec i zauważał, że doświadczenie w budowie budynków użyteczności publicznej jest bardzo szerokie, ponieważ obejmuje nie tylko budynki administracji publicznej, ale też szeroki zakres innych budynków, np. hotele, sale koncertowe.

Podkreślał specyfikę przedmiotu zamówienia – znajomość miejscowych uregulowań prawnych prowadzi do obniżenia ryzyka, że robota zostanie przerwana, albo nastąpi katastrofa budowlana. Z uwagi na miejsce prowadzenia prac – gęsta zabudowa w sąsiedztwie Bundestagu, Ambasady Węgier i budowy linii metra – może nastąpić konieczność szybkiej reakcji na zagrożenia. Już obecnie Zamawiający prowadzi uzgodnienia z właściwymi organami, na dowód czego składa wydruk korespondencji w języku Niemieckim wraz z tłumaczeniem. Jego zdaniem podmiot posiadający doświadczenie na terenie Niemiec uniknie błędów, które może popełnić wykonawca jedynie znający teorię, a nie praktykę. Przykładowo Zamawiający wskazywał na rygorystyczne przepisy z zakresu utylizacji odpadów – jakakolwiek omyłka może prowadzić do wstrzymania budowy, czego Zamawiający chce uniknąć. Dodatkowo miejsce prowadzenia prac znajduje się na terenie dawnego portu, a okoliczne budynki posadowione są na palach drewnianych, dlatego konieczne będzie prowadzenie szeregu uzgodnień z zakresu gospodarki wodnej zarówno z sąsiadami jak i odpowiednimi służbami. Zdaniem Zamawiającego, kryterium wskazujące na doświadczenie na terenie Niemiec pozwoli wyselekcjonować tych wykonawców, którzy gwarantują w większym stopniu prawidłowość wykonania zamówienia.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, biorąc pod uwagę stanowiska Stron, Izba stwierdziła, że odwołanie należy uwzględnić. Izba w całości podzieliła stanowisko Odwołującego.

Postępowanie jest prowadzone przez Zamawiającego w oparciu o przepisy Działu III rozdział 4a Prawa zamówień publicznych „Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa”, w trybie przetargu ograniczonego, jednak nie uprawnia to Zamawiającego do opisanego kryterium selekcji w sposób naruszający podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych – zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych). Zgodnie z art. 131 d Prawa zamówień publicznych, o udzielenie zamówienia (w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa) mogą ubiegać się wykonawcy mający siedzibę albo miejsce zamieszkania w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej, Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska zawarła umowę międzynarodową dotyczącą tych zamówień. Przepisy nie uprawniają jednak do dalszego zawężania terytorialnego (bez względu na okoliczność, że zasadniczo każdy wykonawca, bez względu na to, w jakim państwie ma siedzibę, może wykonywać roboty budowlane na terenie Niemiec, to oczywiste jest, że więcej robót w Niemczech wykonują wykonawcy mający tamże siedzibę). W konsekwencji preferowanie wykonawców, którzy wykonali już określone roboty budowlane na terenie Republiki Federalnej Niemiec przez przyznawanie punktów za „każde dodatkowe zadanie inwestycyjne (ponad minimum opisane w warunku udziału w postępowaniu) wykonane w sposób należyty przez Wykonawcę w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (samodzielnie lub w ramach konsorcjum z udziałem Wykonawcy) na terenie RFN” jest nieuprawnione, niezasadnione i ma charakter dyskryminujący.

Izba podziela przywołany przez Odwołującego na rozprawie pogląd, wyrażony w komentarzu do art. 65 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE (J. Pawelec, Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji. Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Dyrektywa 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Komentarz, Warszawa 2017, wyd. 1, Legalis), zgodnie z którym celem tego przepisu nie jest kwalifikacja wykonawców pod względem wiarygodności oraz spełniania warunków minimalnych udziału w postępowaniu, tj. wykonawców niedających gwarancji prawidłowego wykonania zamówienia, ale wyselekcjonowanie wykonawców, którzy, według kryteriów ocennych instytucji zamawiającej, będą w stanie wykonać zamówienie w najlepszy sposób. Mimo, że przepis ten nie wskazuje, jakimi dokładnie kryteriami lub zasadami powinna kierować się instytucja zamawiająca przy ograniczaniu liczby wykonawców, to nie

budzi wątpliwości, że kryteria te i zasady powinny być zgodne z systemem prawa unijnego oraz zasadami wspólnego rynku (swobodnego przepływu towarów, osób, usług i kapitału) - „Aby zapewnić ich obiektywność, powinny one być związane z przedmiotem i celem zamówienia. (...) Zakazana jest dyskryminacja ze względu na przynależność państwową. W szczególności zakazane jest bezpośrednie lub pośrednie promowanie przedsiębiorców lokalnych lub z państwa członkowskiego instytucji zamawiającej, poprzez np. faworyzowanie warunków, które spełniają tylko przedsiębiorstwa rodzime (np. posiadanie zezwoleń, pozwoleń, wpisów do rejestrów prowadzonych w państwie członkowskim lub wydanych przez organy administracyjne danego państwa członkowskiego), brak stosowania zasady wzajemnego uznawania kwalifikacji i dyplomów. Zgodnie ze stanowiskiem Komisji Europejskiej kryteriami dyskryminacyjnymi są również konieczność posiadania wcześniejszego doświadczenia w realizacji projektów na terenie danego państwa członkowskiego lub wymóg, aby oferent w przeszłości realizował zamówienia współfinansowane przez UE i/lub fundusze krajowe (pismo Ministerstwa Rozwoju Regionalnego z 30.11.2009 r., DWI-II-9211(4)-14-LH/09 – Zestawienie uchybień i grożące kary finansowe. Ostateczne stanowisko KE przedstawione w raporcie z dwóch audytów KE, https://www.mos.gov.pl/g2/big/2009_12/0b80c43766ec171e562e130434c43a62.pdf, dostęp: 26.7.2017 r.). Dyskryminacja ze względu na narodowość może przybrać formę tzw. dyskryminacji pozytywnej (ang. reverse discrimination) polegającej na faworyzowaniu wykonawców z innych niż własne państw członkowskich. W świetle przepisu art. 65 niedopuszczalne jest również formułowanie kryteriów dotyczących wymogów stanowiących rozwiązania oparte na patentach, wzorach przemysłowych oraz brak uznawania rozwiązań równoważnych”.

Nie tylko art. 65 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych (Dz.Urz.UE.L Nr 94, str. 65), ale i art. 38 ust 3 tiret 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE z dnia 13 lipca 2009 r. (Dz.Urz.UE.L Nr 216, str. 76) nakazują określać kryteria selekcji w sposób obiektywny i niedyskryminujący.

Zamawiający prowadząc postępowanie, ma prawo zawęzić krąg wykonawców przez ustalenie określonych warunków udziału w postępowaniu, a w przetargu ograniczonym – również przez kryteria selekcji. Jednak ograniczenie kręgu wykonawców – odpowiednich do realizacji przedmiotu zamówienia może się odbywać, na każdym etapie postępowania, wyłącznie w sposób obiektywny i niedyskryminujący. W ocenie Izby zawężenie

doświadczenia, które będzie punktowane w kryteriach selekcji, do doświadczenia nabytego jedynie na terenie Niemiec, ma charakter dyskryminujący wykonawców, realizujących prace budowlane poza RFN. Nie można nie podzielić stanowiska Zamawiającego, że budowa polskiej ambasady w Berlinie ma nie tylko prestiżowy charakter, ale ze względu na szczególne uwarunkowania terenowe oraz sąsiedztwo (Bundestag, inne ambasady, budowa metra) ma wysoki stopień skomplikowania i specyfiki. Jednak zgodnie z opisanym kryterium selekcji nie będą preferowani wykonawcy, którzy zrealizowali budowy o charakterze podobnym do przedmiotu zamówienia, o zbliżonym stopniu złożoności czy w zbliżonych uwarunkowaniach terenowych, ale ci wykonawcy, którzy wykonali obiekty użyteczności publicznej na terenie Niemiec – przy czym mogą być to obiekty o nieporównywalnie mniejszym stopniu skomplikowania. W ocenie Zamawiającego takie kryterium selekcji jest uzasadnione specyfiką prawa niemieckiego – które musi być przestrzegane nie tylko na poziomie landu, ale i na poziomie prawa związkowego. Jednak każde państwo Unii Europejskiej, oprócz przepisów prawa Unii Europejskiej (aquis), ma w pewnym zakresie własne przepisy prawa materialnego, i własne procedury – w ocenie Izby rację miał Odwołujący zauważając, że gdyby zaakceptować rozumowanie Zamawiającego, w każdym postępowaniu można byłoby preferować wykonawców, którzy realizowali już zamówienie w obszarze prowadzonego postępowania.

Reasumując, Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 131j Prawa zamówień publicznych w związku z art. 7 Prawa zamówień publicznych i art. 51 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.972).

Przewodniczący:

.....