

WYROK

Warszawa, dnia 13 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska
Bartosz Stankiewicz
Joanna Stankiewicz-Baraniak
Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę J.G., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: UNISSET RURY STALOWE – STEEL PIPES J.G. z siedzibą w Słupsku, ul. Witolda Lutosławskiego 18 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Mszczonowska 4

Uczestnicy po stronie odwołującego:

FERRUM Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, ul. Porcelanowa 11

Izostal Spółka Akcyjna z siedzibą w Kolonowskie, ul. Opolska 29

Uczestnicy po stronie zamawiającego:

Noksel Celik Boru Sanayi A.S. z siedzibą w Turcji, w Ankarze, ul. Yukari Overcler Mah. Lizbon Cad. No: 10

Tosçelik Spiral Boru Uretim Sanayi Anonim Sirket z siedzibą w Trucji w Iskenderun Hatay, ul. Sariseki Mah. necati Ozsoy Cad. 12/1

orzeka:

1A. odrzuca odwołanie w odniesieniu do części 1, 2 i 3,

1B. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę J.G., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: UNISSET RURY STALOWE – STEEL PIPES J.G. z siedzibą w Słupsku, ul. Witolda Lutosławskiego 18 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę J.G., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: UNISSET RURY STALOWE – STEEL PIPES J.G. z siedzibą w Słupsku, ul. Witolda Lutosławskiego 18 tytułem wpisu, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika odwołującego, kwotę 534 zł 00 gr (słownie: pięćset trzydzieści cztery złote zero groszy) tytułem zwrotu kosztów dojazdu odwołującego, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika zamawiającego.

2.2. zasądza od wykonawcy J.G., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: UNISSET RURY STALOWE – STEEL PIPES J.G. z siedzibą w Słupsku, ul. Witolda Lutosławskiego 18 na rzecz zamawiającego Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Mszczonowska 4 kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

.....

.....

Sygn. akt KIO 1328/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest wynikiem zawarcia umów ramowych pn: Dostawa rur stalowych na potrzeby realizacji gazociągu DN700 MOP 8,4 MPa Wężeń – Przewóz wraz z infrastrukturą towarzyszącą (postępowanie podzielone na 4 części).

W dniu 10 kwietnia 2024 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty TOSÇELIK

W dniu 19 kwietnia 2024 r. wykonawca Janusz Gaczyński, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: UNISSET RURY STALOWE – STEEL PIPES J.G. z siedzibą w Słupsku, ul. Witolda Lutosławskiego 18 wniósł odwołani
Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 15 kwietnia 2024 r.

udzielonego przez właściciela firmy. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.Art. 226 ust. 1 pkt 4) ustawy w związku z art. 58 k.c. w związku z art. 3 ust. 1 lit. e) i art. 207 ust.1 i 2 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 25.03.1957 r. (Dz. U. 2004.90.864 – dalej:

„TFUE”) w związku z art. 43 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie udzielenia zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (tekst mający znaczenie dla EOG, Dz. U. UE L.2014.94.243 – dalej: „Dyrektywa Sektorowa”), przez zaniechanie odrzucenia ofert firm tureckich: TOSÇELIK i NOKSEL;

2.Art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy w związku z rozumianym przez pryzmat wykładni wspólnotowej art. 7 pkt 30) ustawy i art. 17 ust. 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia ofert firm tureckich: TOSÇELIK i NOKSEL oraz przez prowadzący do udzielenia zamówienia wybór oferty TOSÇELIK w zakresie części 4 zamówienia;

3.Na wypadek nieuwzględnienia zarzutów 1 lub 2 powyżej, odwołujący wskazał dalsze zarzuty:

a)naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 c) ustawy w związku z §2 ust. 1 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych (Dz.U.2020.2415) przez zaniechanie odrzucenia oferty TOSÇELIK w zakresie części 4 zamówienia, z powodu nieprzedłożenia w terminie dokumentu rejestrowego TOSÇELIK;

b)naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3) w związku z 462 ust. 1 i 17 ust. 2 ustawy oraz przez zaniechanie odrzucenia oferty TOSÇELIK w zakresie części 4 zamówienia, z powodu powierzenia podwykonania 100% tej części zamówienia;

c)naruszenia art. 223 ust. 1 zdanie 2 ustawy oraz art. 16 pkt 1) i 2) ustawy, przez niedopuszczalne prowadzenie między zamawiającym a TOSÇELIK negocjacji dotyczących oferty złożonej w części 4 zamówienia.

4.Art. 239 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego w zakresie części 4 zamówienia.

Wniósł o:

1.Uwzględnienie odwołania w całości;

2.Nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty TOSÇELIK jako najkorzystniejszej;

3.Nakazanie odrzucenia ofert TOSÇELIK złożonych w postępowaniu;

4.Nakazanie odrzucenia ofert NOKSEL złożonych w postępowaniu;

4.Odroczenie rozprawy na podstawie art. 550 ustawy, do czasu wydania przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyroku w sprawie C-652/22 Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret A.S. przeciwko Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave przy udziale HŽ Infrastruktura d.o.o., Strabag AG, Strabag d.o.o., Strabag Rail a.s., w której Rzecznik Generalny Anthony Michael Collins przedstawił w dniu 7 marca 2024 r. opinię zbieżną ze stanowiskiem odwołującego podanym na uzasadnienie zarzutu podanego w IV.1. odwołania; ewentualnie

Skierowanie przez Krajową Izbę Odwoławczą w tej sprawie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, następujących własnych pytań prejudycjalnych dotyczących wykładni przepisów prawa unijnego:

(1)Czy podmioty mające siedzibę w państwach trzecich, z którymi Unia Europejska nie zawarła umowy międzynarodowej w sprawie zamówień publicznych, mogą brać udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w kraju członkowskim Unii Europejskiej?

(2)Jeśli tak, to czy państwa członkowskie mogą określać warunki udziału tych podmiotów w takich postępowaniach, czy też jest to kwestia, której rozstrzygnięcie leży wyłącznie w gestii Unii Europejskiej?

(3)Czy na gruncie Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE - Dz.U.UE.L.2014.94.65 oraz Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie udzielenia zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE - Dz. U. UE L.2014.94.243, przez „wykonawcę” należy rozumieć wyłącznie podmioty mające siedzibę w UE lub państwie trzecim z którym Unia Europejska zawarła umowy międzynarodowej w sprawie zamówień publicznych?

5.Dopuszczenie dowodów z dokumentów postępowania;

6.Zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący podniósł, że żaden przepis ustawy nie definiuje pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia. Utrwalony jest pogląd, że interes w uzyskaniu zamówienia to każdy interes, tj. interes faktyczny i prawny.

Ponadto przyjąć należy, że:

-interes we wniesieniu odwołania może polegać także na oczekiwaniu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym przystępujący uczestniczy w sposób prawidłowy, zgodny z przepisami ustawy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 kwietnia 2013 r. KIO 712/13).

-interes o charakterze uniwersalnym sprowadza się w ogólności do reagowania i zaskarżania środkami ochrony prawnej każdej sytuacji i przez każdego, kto uznaje, że zamawiający prowadzi postępowanie z naruszeniem przepisów p.z.p.

(wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11.07.2011 r., KIO 1389/11, LEX nr 602808).

Odwolujący jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie dostaw rur i łuków stalowych, a także stroną umowy ramowej, stanowiącej podstawę udzielania zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania. Odwołujący został zaproszony przez zamawiającego do udziału w postępowaniu i w sposób wskazany przez zamawiającego w SWZ postępowania skutecznie złożył w postępowaniu ofertę na części 1, 2 i 4 zamówienia, która w zakresie części 4 zamówienia została sklasyfikowana na drugim miejscu. Tym samym odwołujący:

-Posiada status wykonawcy, w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy, gdyż nie tylko oferuje na rynku dostawy objęte przedmiotem postępowania, ale także złożył w postępowaniu ofertę dotyczącą części 1, 2, i 4 zamówienia;

-Ma interes w uzyskaniu części 4 zamówienia udzielanego w ramach postępowania, gdyż oferta odwołującego jest sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert obejmujących tę część zamówienia. Wskutek wyboru oferty TOSÇELIK i braku wyboru oferty odwołującego, odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania części 4 zamówienia. Przez kwestionowany przez odwołującego wybór oferty TOSÇELIK, odwołujący dozna uszczerbku wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szkoda dotyczy utraconych korzyści w postaci zysku z realizacji zamówienia, a także straty w postaci kosztów poniesionych na sporządzenie oferty i udział w postępowaniu. Wykazanie samej tylko możliwości poniesienia szkody jako prawdopodobnego następstwa naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy jest wystarczające (wyrok Sądu Okręgowego w Kielcach z 10.12.2010 r., sygn. akt VII Ga 146/10, LEX nr 1713440).

-W pozostałym zakresie obejmującym: nieodrzućcenie przez zamawiającego oferty TOSÇELIK w zakresie części 1, 2, 3 zamówienia, a także nieodrzućcenie oferty NOKSEL dotyczącej wszystkich części zamówienia, interes odwołującego we wniesieniu odwołania wynika z faktu, że odwołujący jest stroną umowy ramowej, a zatem posiada możliwość ubiegania się o zamówienia wykonawcze. Jako częsty uczestnik postępowań prowadzonych przez zamawiającego, odwołujący posiada interes w tym, aby każde postępowanie wykonawcze prowadzone było przez zamawiającego zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych. W świetle stanu faktycznego i prawnego wskazanego w odwołaniu, eliminowanie nieprawidłowości postępowania wskutek wniesienia odwołania jest jedynym sposobem dla realizacji wskazanego w zdaniu poprzednim interesu odwołującego.

Jako część wspólną uzasadnienia pierwszego i drugiego zarzutu odwołania, odwołujący przedstawił przegląd prawodawstwa, do którego będzie referował w szczegółowym uzasadnieniu tych zarzutów.

1. Prawo Unii Europejskiej

1)Artykuł 3 ust. 1 lit. e) TFUE określa kompetencje wyłączne Unii Europejskiej wskazując, że:

1.Unia ma wyłączne kompetencje w następujących dziedzinach:(...)

e) wspólna polityka handlowa.

2)Zgodnie z art. 207 ust. 1 i 2 TFUE:

1.Wspólna polityka handlowa jest oparta na jednolitych zasadach, w szczególności w odniesieniu do zmian stawek celnych, zawierania umów celnych i handlowych dotyczących handlu towarami i usługami oraz handlowych aspektów własności intelektualnej, bezpośrednich inwestycji zagranicznych, ujednolicenia środków liberalizacyjnych, polityki eksportowej, a także handlowych środków ochronnych, w tym środków podejmowanych w przypadku dumpingu lub subsydiów. Wspólna polityka handlowa prowadzona jest zgodnie z zasadami i celami działań zewnętrznych Unii.

2.Parlament Europejski i Rada, stanowiąc w drodze rozporządzeń zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą, przyjmują środki określające ramy realizacji wspólnej polityki handlowej.

3)Motyw 27 Dyrektywy Sektorowej stanowi:

Decyzją Rady 94/800/WE(4) zatwierdzono w szczególności Porozumienie w sprawie zamówień rządowych, zawarte w ramach Światowej Organizacji Handlu, zwane dalej »porozumieniem GPA«. Celem porozumienia GPA jest ustanowienie wielostronnych ram zrównoważonych praw i obowiązków w zakresie zamówień publicznych z myślą o osiągnięciu liberalizacji i rozwoju światowego handlu. W przypadku zamówień objętych załącznikami 3, 4 i 5 oraz uwagami ogólnymi do dodatku I Unii Europejskiej do porozumienia GPA, jak również innymi odpowiednimi umowami międzynarodowymi, którymi związana jest Unia, podmioty zamawiające powinny wypełniać obowiązki wynikające ze wspomnianych umów i porozumienia przez stosowanie tej dyrektywy do wykonawców z państw trzecich będących ich sygnatariuszami.

4)Zgodnie z Dyrektywą Sektorową

Motyw 2

Aby zapewnić otwarcie zamówień udzielanych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych na konkurencję, należy opracować przepisy koordynujące procedury udzielania zamówień w odniesieniu do zamówień powyżej określonej wartości. Taka koordynacja jest potrzebna, aby zapewnić skuteczność zasad Traktatu (1) Dz.U. C 191 z 29.6.2012, s. 84. (2) Dz.U. C 391 z 18.12.2012, s. 49. (3) Stanowisko Parlamentu Europejskiego z dnia 15 stycznia 2014 r. (dotychczas nieopublikowane w Dzienniku Urzędowym) i decyzja Rady z dnia 11 lutego 2014 r. o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności zasady swobodnego przepływu

towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Z uwagi na charakter sektorów objętych koordynacją procedur udzielania zamówień na poziomie Unii powinna ona, zapewniając zastosowanie powyższych zasad, określić ramy dobrych praktyk handlowych oraz umożliwiać maksymalną elastyczność.

Motyw 17

Należy wyjaśnić, że pojęcie „wykonawców” powinno być interpretowane szeroko, tak aby obejmowało wszelkie osoby lub podmioty, które oferują wykonanie robót budowlanych, dostawę produktów lub świadczenie usług na rynku, niezależnie od formy prawnej, którą te osoby lub podmioty wybrały do celów prowadzenia działalności. W związku z tym firmy, oddziały, jednostki zależne, spółki cywilne, spółdzielnie, spółki akcyjne, uniwersytety – publiczne czy prywatne – oraz formy podmiotów inne niż osoby fizyczne powinny wszystkie być objęte zakresem pojęcia „wykonawca”, bez względu na to, czy są one „osobami prawnymi” w jakichkolwiek okolicznościach.

Art. 2 pkt 6

„wykonawca” oznacza każdą osobę fizyczną lub prawną lub podmiot zamawiający lub grupę takich osób lub podmiotów, w tym każde tymczasowe stowarzyszenie przedsiębiorstw, które oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług.

Art. 37 ust. 1

Wykonawcy, którzy zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę, są uprawnieni do świadczenia danych usług, nie mogą zostać odrzuceni jedynie z tego powodu, że zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym zamówienie jest udzielane, wymagane byłoby posiadanie przez nich statusu osób fizycznych lub prawnych.

Art. 43

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.

Powyższym regulacjom na gruncie Dyrektywy Klasycznej (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE - Dz.U.UE.L.2014.94.65) odpowiadają następujące postanowienia:

Motyw 1

Udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości.

Motyw 14

Należy wyjaśnić, że pojęcie „wykonawców” powinno być interpretowane szeroko, tak aby obejmowało wszelkie osoby lub podmioty, które oferują wykonanie robót budowlanych, dostawę produktów lub świadczenie usług na rynku, niezależnie od formy prawnej, którą te osoby lub podmioty wybrały do celów prowadzenia działalności. W związku z tym firmy, oddziały, jednostki zależne, spółki cywilne, spółdzielnie, spółki akcyjne, uniwersytety – publiczne czy prywatne – oraz formy podmiotów inne niż osoby fizyczne powinny wszystkie być objęte zakresem pojęcia „wykonawca”, bez względu na to, czy są one „osobami prawnymi” w jakichkolwiek okolicznościach.

Artykuł 2 ust. 1 pkt 10)

„wykonawca” oznacza każdą osobę fizyczną lub prawną, podmiot publiczny lub grupę takich osób lub podmiotów, w tym tymczasowe stowarzyszenie przedsiębiorstw, które oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług;

Artykuł 19 ust. 1

Wykonawcy, którzy zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę, są uprawnieni do świadczenia danych usług, nie mogą zostać odrzuceni jedynie z tego powodu, że zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym zamówienie jest udzielane, wymagane byłoby posiadanie przez nich statusu osób fizycznych lub prawnych.

Artykuł 25:

W zakresie, w jakim obejmują to załączniki 1, 2, 4 i 5 oraz uwagi ogólne do dodatku I Unii Europejskiej do Porozumienia GPA, a także inne umowy międzynarodowe, którymi związana jest Unia, instytucje zamawiające 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.

5)Artykuł 86 Dyrektywy Sektorowej, zatytułowany "Relacje z państwami trzecimi w zakresie zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi", brzmi:

1.Państwa członkowskie informują Komisję o wszelkich ogólnych trudnościach prawnych lub faktycznych napotykanych i zgłaszanych przez ich przedsiębiorstwa przy uzyskiwaniu zamówień na usługi w państwach trzecich.

2.Do dnia 18 kwietnia 2019 r., a następnie okresowo Komisja przedkłada Radzie sprawozdanie na temat otwierania dostępu do zamówień na usługi w państwach trzecich oraz na temat postępów w negocjacjach z tymi państwami w tej sprawie, w szczególności w ramach Światowej Organizacji Handlu (WTO).

3.Komisja doloży wszelkich starań, przez kontakty z danym państwem trzecim, aby zaradzić sytuacji, gdy - na podstawie sprawozdań, o których mowa w ust. 2, lub na podstawie innych informacji - stwierdzi, że w kontekście udzielania zamówień na usługi państwo trzecie:

a)nie zapewnia przedsiębiorstwom Unii faktycznego dostępu, porównywalnego z dostępem zapewnionym przez Unię przedsiębiorstwom z tego państwa;

b)nie traktuje przedsiębiorstw Unii na równi z przedsiębiorstwami krajowymi lub nie stwarza im takich samych możliwości konkurencji, jakie mają przedsiębiorstwa krajowe; lub

c)traktuje przedsiębiorstwa z innych państw trzecich korzystniej niż przedsiębiorstwa Unii.

4. Państwa członkowskie informują Komisję o wszelkich trudnościach prawnych lub faktycznych napotykanych i zgłaszanych przez ich przedsiębiorstwa oraz wynikających z nieprzestrzegania przepisów międzynarodowego prawa pracy wymienionych w załączniku XIV, które to trudności pojawiły się, gdy wspomniane przedsiębiorstwa starały się uzyskać zamówienia w państwach trzecich.

5. W okolicznościach, o których mowa w ust. 3 i 4, Komisja może w dowolnym czasie zaproponować, by Rada przyjęła akt wykonawczy w celu zawieszenia lub ograniczenia - na okres, który zostanie ustanowiony w tym akcie wykonawczym - udzielania zamówień na usługi:

a)przedsiębiorstwom podlegającym prawu danego państwa trzeciego;

b)przedsiębiorstwom powiązanych z przedsiębiorstwami określonymi w lit. a) oraz mającymi siedzibę na terytorium Unii, jednakże nieposiadającymi żadnych bezpośrednich i skutecznych powiązań z gospodarką państwa członkowskiego;

c)przedsiębiorstwom przedstawiającym oferty, których przedmiotem są usługi pochodzące z danego państwa trzeciego.

Rada stanowi kwalifikowaną większością jak najszybciej.

Komisja może zaproponować takie środki z własnej inicjatywy lub na wniosek państwa członkowskiego.

6. Niniejszy artykuł pozostaje bez uszczerbku dla zobowiązań Unii wobec państw trzecich, wynikających z międzynarodowych umów w sprawie zamówień publicznych, w szczególności w ramach Światowej Organizacji Handlu (WTO).

2.Prawo międzynarodowe

1)W kontekście międzynarodowym, traktaty zawarte przez Unię Europejską określają, kto uzyskał dostęp do unijnego rynku zamówień publicznych. Najważniejszym w tej kwestii traktatem jest Porozumienie w sprawie zamówień rządowych (GPA), zawarte w ramach WTO tj. Światowej Organizacji Handlu.

Porozumienie to umożliwia wykonawcom z 19 innych uczestniczących partnerów WTO składanie ofert w sprawie określonych zamówień publicznych w Unii Europejskiej, a przedsiębiorstwom z Unii Europejskiej – składanie ofert w sprawie zamówień publicznych 19 pozostałych partnerów w ramach WTO.

2)W dniu 12 września 1963 r. został zawarty Układ ustanawiający stowarzyszenie między Wspólnotą Europejską a Turcją. W dniu 23 listopada 1970 r. Europejska Wspólnota Gospodarcza i Turcja podpisały protokół dodatkowy. W tych aktach prawnych nie przewidziano udziału wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Jedynie w art. 41 ust. 1 protokołu dodatkowego umawiające się strony postanowiły, że powstrzymają się od wprowadzania wobec siebie nowych ograniczeń w swobodzie przedsiębiorczości i swobodzie świadczenia usług.

3)W dniu 22 grudnia 1995 r. Rada Stowarzyszenia UE-Turcja ustanowiona na mocy układu stowarzyszeniowego przyjęła decyzję nr 1/95 w sprawie wprowadzenia w życie ostatniego etapu unii celnej. Artykuł 48 decyzji nr 1/95 stanowi, że możliwie jak najszybciej po jej wejściu w życie Rada Stowarzyszenia wyznaczy datę rozpoczęcia negocjacji w celu wzajemnego otwarcia rynków zamówień publicznych stron, a następnie będzie dokonywać co roku przeglądu postępów w tej dziedzinie.

4)W dniu 11 kwietnia 2000 r. Rada Stowarzyszenia przyjęła decyzję nr 2/2000 o podjęciu rokowań między Wspólnotą i Turcją w sprawie liberalizacji sektora usług i wzajemnego otwarcia publicznych rynków zaopatrzenia. Rokowania te nie zostały jeszcze zakończone.

5)Turcja nie jest stroną umowy FTA z Unią Europejską. W przeciwieństwie do Unii Europejskiej Turcja nie jest stroną porozumienia GPA.

6)Wytyczne dotyczące udziału oferentów z państw trzecich w unijnym rynku zamówień publicznych oraz wprowadzania na ten rynek towarów z państw trzecich Komunikat Komisji C(2019) 5494 final, stanowią, że jeżeli nabywcy publiczni

otrzymują ofertę od wykonawcy spoza UE, powinni sprawdzić, czy oferta jest objęta zawartymi przez UE umowami dotyczącymi udzielania zamówień publicznych w kontekście międzynarodowym, takimi jak GPA lub umowy o wolnym handlu, aby ustalić, czy oferent uzyskał dostęp do tego zamówienia.

3. Prawo polskie

1) Dokumentem wypowiedzenia z 31 października 2003 roku (Dz. U. 2004.129.1362), Polska wypowiedziała dwustronną umowę o wolnym handlu między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Turcji, sporządzoną w Ankarze dnia 4 października 1999 r., której artykuł 22 przewidywał liberalizację rynków zamówień publicznych Polski i Turcji a także stopniowe dostosowanie swoich przepisów zamówień publicznych, tak, aby zapewnić dostawcom drugiej strony dostęp do procedur przetargowych na rynku każdej z nich.

2) Artykuł 7 pkt 30) ustawy definiuje wykonawcę – jako osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

3) Po myśli art. 57 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

1) nie podlegają wykluczeniu;

2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego.

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

II. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 4) ustawy w związku z art. 58 k.c. w związku z art. 3 ust. 1 lit. e) i art. 207 ust. 1 i 2 TFUE w związku z art. 43 Dyrektywy Sektorowej

W ocenie odwołującego, firmy tureckie: TOSÇELIK i NOKSEL jako wykonawcy z państw trzecich, inni niż wykonawcy, których mowa w art. 43 dyrektywy 2014/25, nie są uprawnieni do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w Unii, w związku z czym ich oferty winny być odrzucane w takich postępowaniach. Dotyczy to także tego postępowania.

W ocenie odwołującego, tylko Unia Europejska, może przyjmować prawnie wiążące akty przyznające wykonawcom z państw trzecich dostęp na zasadach równego traktowania z wykonawcami z państw członkowskich UE, a to wobec braku jakichkolwiek kompetencji państw członkowskich w tym obszarze.

Jest to kwestia, leżąca wyłącznie w gestii Unii Europejskiej, albowiem:

a) dotyczy zakresu wspólnej polityki handlowej tj. wymiany handlowej między państwami członkowskimi a państwami trzecimi (por. wyroki: z dnia 18 lipca 2013 r., Daiichi Sankyo i Sanofi-Aventis Deutschland, C-414/11, EU:C:2013:520, pkt 50; z dnia 22 października 2013 r., Komisja/Rada, C-137/12, EU:C:2013:675, pkt 56);

b) jednoznaczne brzmienie artykułu 3 ust. 1 lit. e) TFUE stanowi, że wspólna polityka handlowa należy do wyłącznej kompetencji Unii;

c) w myśl art. 207 ust. 1 TFUE wspólna polityka handlowa:

- handel towarami i usługami,

- jest oparta na jednolitych zasadach,

- obejmuje przyjmowanie środków jednostronnych zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą oraz, w razie potrzeby, negocjowanie umów międzynarodowych.

Właśnie w tym kontekście Unia Europejska w ramach Wytycznych dotyczących udziału oferentów z państw trzecich w unijnym rynku zamówień publicznych oraz wprowadzania na ten rynek towarów z państw trzecich (Dz.U. 2019, C 271, s. 43;), ogłosiła, że ma zamiar stworzyć przedsiębiorstwom mającym siedzibę na jej terytorium możliwości biznesowe przez dążenie do otwarcia rynków zamówień publicznych państw trzecich na zasadzie wzajemności (sekcję 1 komunikatu Komisji - Wytyczne dotyczące udziału oferentów z państw trzecich w unijnym rynku zamówień publicznych oraz wprowadzania na ten rynek towarów z państw trzecich, Dz.U. 2019, C 271, s. 43).

Argumentów dla przyjęcia powyższej tezy dostarcza opinia 2/15 Trybunału (pełny skład) z dnia 16.05.2017 r. (EU:C:2017:376) dotycząca Umowy o wolnym handlu z Singapurem). W tym przypadku Trybunał badał podział kompetencji między Unią Europejską a państwami członkowskimi w kontekście zawarcia przewidywanej umowy handlowej z Republiką Singapuru. Przedmiotowa umowa międzynarodowa zawierała rozdział dotyczący zamówień publicznych, w którym określono warunki, wedle których wykonawcy każdej ze stron mogą brać udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego organizowanych przez władze publiczne drugiej strony. Uznano, że taka regulacja wywiera bezpośredni wpływ na handel towarami i usługami między stronami owej umowy międzynarodowej, przez co wchodzi w zakres wspólnej polityki handlowej, zastrzeżonej do wyłącznej kompetencji Unii Europejskiej.

Odwołujący powołał się w tym zakresie także na opinię rzecznika generalnego A. Rantosa w sprawie CRRC Qingdao Sifang i Astra Vagoane Călători (C-266/22, EU:C:2023:399) i odsyła ona także do motywu 10 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/1031 z dnia 23 czerwca 2022 r. w sprawie dostępu wykonawców, towarów i usług z państw trzecich do unijnych rynków zamówień publicznych i koncesji oraz procedur wspierających negocjacje dotyczące

dostępu unijnych wykonawców, towarów i usług do rynków zamówień publicznych i koncesji państw trzecich (Instrumentu Zamówień Międzynarodowych - IZM) - Dz.U. 2022, L 173, s. 1.

Jeżeli traktaty przyznają Unii Europejskiej wyłączną kompetencję w określonej dziedzinie, to jedynie Unia może stanowić prawo oraz przyjmować akty prawnie wiążące w tej dziedzinie, natomiast państwa członkowskie mogą to czynić wyłącznie z upoważnienia Unii lub w celu wykonania aktów Unii, co wynika z art. 2 ust. 1 TFUE.

Nawet jeżeli Unia Europejska nie wykona swojej wyłącznej kompetencji, to i tak państwa członkowskie nie mogą się powołać na niewykonanie przez Unię jej kompetencji, aby uzasadnić przyjęcie regulacji krajowej w tym zakresie.

Przyznanie Unii Europejskiej kompetencji wyłącznej skutkuje bowiem automatyczną utratą kompetencji przez państwa członkowskie. Skutek ten następuje bez względu na to czy Unia wykonała swoją kompetencję. Ponieważ przyznanie Unii kompetencji wyłącznej pozbawia państwa członkowskie wszelkich kompetencji w danej dziedzinie, to wszystkie działania państw członkowskich należałoby zakwalifikować jednoznacznie jako sprzeczne z traktatami (por. wyrok z dnia 26 stycznia 2021 r., Hessischer Rundfunk, C-422/19 i C-423/19, EU:C:2021:63; opinia rzecznika generalnego G. Pitruzzelli w sprawach połączonych Hessischer Rundfunk C-422/19 i C-423/19, EU:C:2020:756, pkt 44).

W kwestii dostępu wykonawców z państw trzecich do unijnego rynku zamówień publicznych, Unia Europejska przyjmując art. 43 Dyrektywy Sektorowej, wykonała swoją kompetencję w odniesieniu do wykonawców mających siedzibę w państwie będącym stroną porozumienia GPA lub innej umowy międzynarodowej dotyczącej udzielania zamówień publicznych, którą związana jest Unia. Firmy z siedzibą w Turcji nie należą do tej kategorii.

W ocenie odwołującego oznacza to brak możliwości udziału firm tureckich w postępowaniach opartych na ustawie. Skoro bowiem firmy tureckie nie mają uprawnienia do ubiegania się o zamówienia w Unii na zasadach równych z wykonawcami unijnymi lub wykonawcami z państw, które są stroną umów wskazanych w art. 43 Dyrektywy Sektorowej, a ustawodawstwo państw członkowskich UE dotyczące zamówień publicznych implementuje dyrektywy UE zmierzające do zachowania swobody prowadzenia działalności gospodarczej i swobodnego przepływu towarów oraz usług na rynku wspólnotowym przez co oparte jest na szczególnych mechanizmach ochronnych wykonawców (zasadzie równego traktowania, zasadzie uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności oraz przewiduje możliwość zaskarżenia czynności zamawiającego), to nie można przyjąć aby firmy tureckie mogły ubiegać się o zamówienia publiczne według powyższych reguł, albowiem akceptacja takiego stanu rzeczy oznaczałaby automatyczne przyznanie firmom tureckim praw na równi z wykonawcami unijnymi lub objętymi dyspozycją art. 43 Dyrektywy Sektorowej, a tego państwa członkowskie zrobić nie mogą.

Nawet więc jeżeli przyjąć, że art. 43 dyrektywy 2014/25 nie jest regulacją wprost zamykającą unijny rynek zamówień publicznych dla firm tureckich (jako pochodzących z państwa, z którym Unia nie zawarła umowy), to uznać należy, że Unia nie wykonała swojej kompetencji wyłącznej w zakresie ustalenia czy firmy tureckie mogą brać udział w takich postępowaniach, co z kolei oznacza, że państwa członkowskie nie mogą się powoływać na tę okoliczność, aby odzyskać kompetencję do podejmowania działań w tej dziedzinie.

Konsekwencją powyższego jest brak dostępu firm tureckich do unijnego, w tym polskiego rynku zamówień publicznych, zaś oferty TOSÇELIK i NOKSEL powinny być odrzucone jako nieważne z mocy art. 58 k.c. ze względu na sprzeczność z przywołanym w zarzucie odwołującego prawem wspólnotowym, usytuowanym w hierarchii aktów prawnych ponad ustawami.

Przyjęciu powyższej konkluzji nie stoi na przeszkodzie fakt zawarcia z TOSÇELIK i NOKSEL umów ramowych, gdyż:

- a) Powyższe umowy ramowe są nieważne (art. 58 k.c.) jako sprzeczne z prawem UE stanowiącym element porządku prawnego Polski, usytuowanym w hierarchii aktów prawnych ponad ustawami;
- b) Zawierając je, zamawiający nie zobowiązał się do udzielenia zamówienia firmie tureckiej, a jedynie do zaproszenia jej do ubiegania się o zamówienie w ramach postępowania wykonawczego.
- c) Zawarcie umowy ramowej nie powoduje dla żadnej z jej stron obowiązku udzielenia jakiegokolwiek zamówienia wykonawczego.

Nawet jeżeli przyjąć zapatrywanie odmienne od stanowiska odwołującego, tj. że udział wykonawców z nieobjętych umowami państw trzecich stanowi zagadnienie podlegające regulacji państw członkowskich (przez co wykonawcy z nieobjętych umowami państw trzecich mogą się powoływać na prawa przyznane w aktach prawa krajowego lub umowach dwustronnych podpisanych przez dane państwo członkowskie z Turcją), to w polskim systemie prawnym nie ma regulacji stanowiącej źródło uprawnienia wykonawców tureckich do ubiegania się o zamówienia publiczne według zasad przewidzianych dla wykonawców unijnych, w postępowaniach prowadzonych przez polskich zamawiających.

Za taki przepis nie można bowiem uznać art. 17 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 pkt 30 ustawy, ze względu na konieczność jego wspólnotowej wykładni (co szerzej odwołujący omówi w uzasadnieniu drugiego z zarzutów odwołania), a ponadto ze względu na:

- a) okoliczność, że odmienne stanowisko kolidowałoby z jednolitym stosowaniem prawa Unii, ponieważ w takich okolicznościach zakres podmiotowy Dyrektywy Sektorowej mógłby być różny w poszczególnych państwach

członkowskich

b)fakt, że państwa członkowskie nie mogą jednostronnie postanowić o rozszerzeniu zakresu odpowiednich przepisów Unii (w tym przypadku uprawnień z art. 43 Dyrektywy Sektorowej);

c) okoliczność, że jednostronne działania państw członkowskich pogarszają pozycję negocjacyjną Unii Europejskiej, jeżeli chodzi o podejmowane przez nią wysiłki zmierzające do otwarcia, na zasadzie wzajemności, rynków zamówień publicznych w państwach trzecich.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy w związku z rozumianym przez pryzmat wykładni wspólnotowej art. 7 pkt 30) ustawy i art. 17 ust. 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia ofert firm tureckich: TOSÇELIK i NOKSEL oraz przez prowadzący do udzielenia zamówienia wybór oferty TOSÇELIK w zakresie części 4 zamówienia.

1) Prowspólnotowa wykładnia prawa krajowego

Odwołujący wskazał, że ocena zasadności zarzutów odwołania wiąże się z koniecznością dokonania wykładni wskazanych w odwołaniu przepisów prawa unijnego. Wobec przystąpienia Polski do Unii Europejskiej, na podstawie Traktatu akcesyjnego, prawo unijne stało się częścią obowiązującego porządku prawnego, mając pierwszeństwo przed prawem krajowym (art. 91 ust. 3 Konstytucji RP w związku z art. 2 Aktu dotyczącego warunków przystąpienia, stanowiącego część Traktatu Akcesyjnego). Ponadto jedynie wskazanie przez Trybunał Sprawiedliwości UE poglądu w zakresie znaczenia i sposobu stosowania przepisów unijnych stanowi wiążącą wykładnię prawa unijnego.

W procesie stosowania prawspólnotowej wykładni, normy prawne prawa krajowego powinny być interpretowane w celu zapewnienia zgodności z prawem Unii Europejskiej tak dalece, jak jest to możliwe na podstawie prawa krajowego, w świetle treści i celu dyrektywy, aby osiągnąć rezultat w niej określony.

Dyrektywa obliguje państwa członkowskie do osiągnięcia określonego w niej rezultatu, pozostawiając jednocześnie swobodę wyboru formy i środków, które doprowadzą do jego osiągnięcia. Najważniejszym kryterium oceny właściwego funkcjonowania norm dyrektyw w prawie krajowym jest zapewnienie im pełnej praktycznej efektywności i w ten sposób pełne

osiągnięcie wyznaczonego rezultatu.

Także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej prezentowany jest wymóg stosowania prawspólnotowej wykładni prawa, czego przykładem są między innymi: wyrok KIO z dnia 23.10. 2018 roku sygn. KIO 2083/18, uchwała KIO z dnia 24.04. 2018 roku sygn. KIO/KU 15/18 wyrok KIO z dnia 17.06. 2020 roku sygn. KIO 558/20, wyrok KIO z dnia 26.06. 2020 roku sygn. KIO 758/20.

e)Obowiązek organu krajowego dotyczący stosowania wykładni zgodnej z dyrektywą jest przedłużeniem obowiązku państwa członkowskiego należytej implementacji dyrektywy na poziomie orzeczniczym.

Motyw 2 Dyrektywy Sektorowej (i odpowiadający mu motyw 1 Dyrektywy Klasycznej) nakazują urzeczywistnienie w ustawodawstwie krajowym zasady swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości.

W ocenie odwołującego, wskazany wyżej cel i regulacje Dyrektyw Sektorowej i Klasycznej (w szczególności art. 37 ust. 1 oraz art. 43 Dyrektywy Sektorowej i odpowiadające im art. 19 oraz art. 25 Dyrektywy Klasycznej), jasno precyzują zakres podmiotowy tychże dyrektyw. Wskazują one, że rozwiązania nakazane ustawodawcom krajowym przez wskazane wyżej dyrektywy dotyczą dwóch kategorii podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne na rynku UE tj. podmiotów mającym siedzibę w państwach członkowskich UE oraz podmiotów mającym siedzibę w państwach, z którymi UE zawarła umowy międzynarodowe w sprawie zamówień publicznych. Tym samym, w ocenie odwołującego pojęcie „wykonawców” użyte w obu dyrektywach należy adresować wyłącznie do podmiotów mających siedzibę w państwach członkowskich UE oraz podmiotów mającym siedzibę w państwach, z którymi UE zawarła umowy międzynarodowe w sprawie zamówień publicznych.

Konsekwencją powyższego, przez wzgląd na wymóg prawspólnotowej wykładni, jest konieczność przyjęcia, że pojęcie „wykonawca” użyte w ustawie (art. 7 pkt 30) odnosi się wyłącznie do podmiotów mających siedzibę w państwach członkowskich UE oraz do podmiotów mającym siedzibę w państwach, z którymi UE zawarła umowy międzynarodowe w sprawie zamówień publicznych.

Z powyższych względów, zdaniem odwołującego, na gruncie ustawy nie można udzielić zamówienia podmiotowi z siedzibą w państwie trzecim, z którym UE nie zawarła umowy w sprawie zamówień publicznych, albowiem nie jest on wykonawcą w rozumieniu wykładanego prawspólnotowo art. 7 pkt 30 ustawy, a co za tym idzie nie może być także wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami ustawy, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy.

Tym samym oferty TOSÇELIK i NOKSEL winny być odrzucone jako niezgodne z art. 7 pkt 30 ustawy, zaś zaniechawszy tego zamawiający dopuścił się naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy.

Przez wzgląd na powyższe, dokonując prowadzącego do udzielenia zamówienia w części 4 wyboru oferty TOSÇELIK, zamawiający dopuścił się naruszenia także art. 17 ust. 2 ustawy.

Uzasadnienie wniosku o odroczenie rozprawy do czasu wydania przez TSUE wyroku w sprawie C-652/22 bądź zadania przez Krajową Izbę Odwoławczą pytań prejudycjalnych

Charakter zagadnień poruszanych w odwołaniu ma istotne znaczenie dla transgranicznej wymiany towarów i usług. Problem stanowiący przedmiot zarzutu pierwszego i drugiego tego odwołania, będzie pojawiał się w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Nieuwzględnienie wniosku wiąże się z ryzykiem roszczeń odszkodowawczych o utracone korzyści z tytułu udzielenia zamówień wykonawcom tureckim, wbrew ewentualnemu podzieleniu przez TSUE opinii Rzecznika Generalnego wydanej w sprawie C-652/22. Wykonawca sklasyfikowany na drugim miejscu może bowiem dochodzić roszczeń przed sądem krajowym, opierając się bezpośrednio na prawie unijnym. Co więcej wystarczające jest wykazanie wyłącznie przesłanki szkody i braku należytej staranności po stronie zamawiającego (wyrok Trybunału UE z 30.09.2010 r. C-314/09 *Graz – Strabag*).

Jako część wspólną uzasadnienia kolejnych zarzutów odwołania, odwołujący przedstawił poniżej przebieg zdarzeń w relacji zamawiający – TOSÇELIK, w okresie po złożeniu przez TOSÇELIK oferty, w zakresie części 4 zamówienia.

Pismem z 1 lutego 2024 r. zamawiający w trybie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy wezwał TOSÇELIK do uzupełnienia dokumentów złożonych w toku postępowania, a to:

- uzupełnienia pełnomocnictwa udzielonego Panu D.C. w prawidłowej formie - złożenia aktualnej na dzień złożenia, informacji z Krajowego Rejestru Sądowego.

Jednocześnie zamawiający, w trybie art. 223 ust. 1 ustawy wezwał TOSÇELIK do złożenia wyjaśnień przez udzielenie odpowiedzi na pytanie:

- Czy zamówienie wykonawca zamierza zrealizować sam czy przy udziale podwykonawców? Jeżeli tak, to prosił o podanie w zakresie której części wykonawca zamierza powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcy wraz z podaniem nazwy firmy podwykonawcy i zakresu oferowanego zamówienia.

- Czy zgodnie ze złożonym oświadczeniem udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE, wynosi 100% wartości przedmiotu Umowy częściowej w Cz. 4? - Jeżeli tak, to zamawiający wniósł o przedstawienie:

- informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej podmiotu SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed złożeniem oferty;

- część sprawozdania finansowego podmiotu SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L., tj. bilans i rachunek zysków i strat, w przypadku gdy sporządzenie sprawozdania wymagane jest przepisami kraju, w którym podmiot ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, a jeżeli podlega ono badaniu przez firmę audytorską zgodnie z przepisami o rachunkowości, również odpowiednio ze sprawozdaniem z badania sprawozdania finansowego, a w przypadku podmiotu niezobowiązanego do sporządzenia sprawozdania finansowego, innych dokumentów określających w szczególności przychody oraz aktywa i zobowiązania – za okres ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres. Przez ostatni zakończony rok obrotowy rozumie się ostatni zakończony rok obrotowy wykonawcy, za który zgodnie z przepisami prawa zobowiązany jest do dysponowania zatwierdzonymi sprawozdaniami finansowymi;

- 5 największych zamówień z okresu ostatnich 3 lat, na rury stalowe DN500 w gatunku L485ME, z grubością ścianki w zakresie 10,0 mm – 14,2 mm, z izolacją 3LPE lub 3LPP, zrealizowanych przez podmiot SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. na rzecz podmiotów innych niż TOSÇELIK wraz z przekazaniem referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane.

Powyższe uzupełnienia i wyjaśnienia należało dostarczyć w terminie do dnia 9.02.2024 r. do godziny 10:00

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 1.02.2024 r.

Pismem z dnia 8 lutego 2024 r. TOSÇELIK wskazał między innymi, że STS Baila Steel Tubular Systems nie jest podwykonawcą, a właściwą będzie fabryka, w której będą realizowane procesy jakości, produkcji i wysyłki określonych rur, jeśli przetarg zostanie wygrany.

Ponadto TOSÇELIK wniósł „o dodatkowy termin do 22 lutego 2024 r. w celu przedłożenia dokumentów, których od niego zażądano.”

Dowód: pismo TOSÇELIK z dnia 8.02.2024 r.

Pismem z dnia 9 lutego 2024 r. zamawiający wyraził zgodę na przedłużenie do dnia 20 lutego 2024 r. do godziny 10:00 terminu złożenia uzupełnień i wyjaśnień.

Dowód: Pismo zamawiającego z dnia 09 lutego 2024 r.

Pismem z dnia 17 lutego 2024 r. – TOSÇELIK poinformował zamawiającego: „Zgodnie z Państwa prośbą rozpoczęliśmy proces notarialnego poświadczenia pełnomocnictwa. Procedura notarialna trwa. Z tego powodu nie możemy dostarczyć

Państwu tego dokumentu w dniu 20 lutego 2024 r.” „Z powodów wyjaśnionych powyżej prosimy o drugi dodatkowy termin do 28 lutego 2024 r. na przesłanie Ci tego dokumentu, o który prosisz.”

Dowód: pismo TOSÇELIK z dnia 17.02.2024 r.

Pismem z dnia 19 lutego 2024 r. – zamawiający wskazał: „W nawiązaniu do pisma zamawiającego z dnia 01.02.2024 roku dotyczącego wezwania do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów złożonych w postępowaniu oraz w odpowiedzi na wnioski wykonawcy z dnia 17 lutego 2024 roku zamawiający informuje, że wyraża zgodę na przedłużenie terminu złożenia uzupełnień i wyjaśnień jak poniżej”.

(brak wymienienia w piśmie o jakie uzupełnienia i wyjaśnienia „poniżej” miałyby chodzić – uwaga odwołującego)

Uzupełnienia i wyjaśnienia należało dostarczyć w terminie do dnia 26 lutego 2024 r. do godziny 10:00.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 19.02.2024 r.

Pismem podpisanym w dniu 26 lutego 2024 r. o godz. 08:18:27 TOSÇELIK złożył:

- pełnomocnictwo z dnia 28 grudnia 2023 r. wraz ze wzorem podpisów z dnia 21 grudnia 2021 roku w postaci cyfrowego odwzorowania dokumentu opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym, przy czym poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania dokumentów w postaci papierowej, zgodnie z rozporządzeniem, dokonał notariusz – wraz z tłumaczeniem;

- turecki Dziennik Rejestru Handlowego z dnia 13 grudnia 2021 roku wraz z tłumaczeniem;

Jednocześnie TOSÇELIK wskazał, że „(...) zamierza korzystać z podwykonawcy SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. m.in. w Części 4 w zakresie jak to wskazano w Formularzu (dostarczenia odpowiedniej ilości produktów). Oświadczenie to jednocześnie nie oznacza, że podwykonawca ten wykona umowę (zamówienie) w całości, a jedynie część zamówienia związana z wyprodukowaniem produktu. Część kontraktu, jak m.in. transport towaru do Polski, czynności logistyczno-administracyjne, transport towaru do miejsc wskazanych przez zamawiającego, rozliczenie umowy i inne możliwe będą realizowane przez wykonawcę, który będzie ponosił odpowiedzialność za należyte wykonanie umowy.”

Dowód: Pismo TOSÇELIK podpisane w dniu 26.02.2024 r.

Pismem z dnia 28 lutego 2024 r., wbrew swojemu stanowisku zaprezentowanemu w piśmie z dnia 20 lutego 2024 r. w którym wskazano, że „Zamawiający informuje, że nie przewiduje kolejnego przedłużenia terminu złożenia uzupełnień i wyjaśnień”) – Zamawiający ponownie w trybie art. 223 ust. 1 ustawy wezwał TOSÇELIK do wyjaśnienia treści oferty złożonej w postępowaniu, tj. przedłożenia:

- 1) informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej podmiotu SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed złożeniem oferty;

- 2) części sprawozdania finansowego podmiotu SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L.,

- 3) 5 największych zamówień z okresu ostatnich 3 lat, na rury stalowe DN500 w gatunku L485ME, z grubością ścianki w zakresie 10,0 mm – 14,2 mm, z izolacją 3LPE lub 3LPP, zrealizowanych przez podmiot SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. na rzecz podmiotów innych niż TOSÇELIK, wraz z przekazaniem referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane.

Jednocześnie zamawiający wskazał, że: „Jeżeli z powodu przejęcia fabryki SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. przez spółkę grupy Tosyali Holding, do której należy także wykonawca, nie jest możliwe przedstawienie w wymaganym terminie dokumentów wymienionych w pkt. 1 i 2 powyżej, zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy zwraca się o przedstawienie dokumentu poświadczającego przejęcie fabryki SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. przez spółkę grupy Tosyali Holding. Jednocześnie zamawiający zwraca się o przedstawienie schematycznej struktury organizacyjnej całej grupy Tosyali Holding, w której wskazane będzie miejsce w szczególności fabryki SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. oraz wykonawcy, to jest TOSÇELIK SPIRAL E ÜRETİM SANAYİ A.Ş.”

Powyższe uzupełnienia i wyjaśnienia należało dostarczyć w terminie do dnia 6.03. 2024 r. do godziny 10:00

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 28.02.2024 r.

Dokumenty, o które wzywał zamawiający tj.

- 1) Informacja z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo

- 2) Część sprawozdania finansowego podmiotu SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L.,

- 3) 5 największych zamówień z okresu ostatnich 3 lat, na rury stalowe DN500 w gatunku L485ME, z grubością ścianki w zakresie 10,0 mm – 14,2 mm, z izolacją 3LPE lub 3LPP, zrealizowanych przez podmiot SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. na rzecz podmiotów innych niż TOSÇELIK, wraz z przekazaniem referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane

- 4) Dokument poświadczający przejęcie fabryki SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. przez spółkę grupy Tosyali Holding i schemat struktury organizacyjnej całej grupy Tosyali Holding, w której wskazane będzie miejsce w

szczegółności fabryki SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. oraz TOSÇELIK nigdy nie zostały i TOSÇELIK przedłożone.

Pismem podpisanym w dniu 6 marca 2024 r. TOSÇELIK wskazał, że jednak zamierza korzystać podwykonawcy SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. m.in. w Części 4 w zakresie jak to wskazano w Formul (dostarczenia odpowiedniej ilości produktów) ale nie oznacza, że podwykonawca ten wykona umowę (zamówienie) w całości, a jedynie część zamówienia związana z wyprodukowaniem produktu. Część kontraktu, jak m.in. transport towaru do Polski, czynności logistyczno-administracyjne, transport towaru do miejsc wskazanych przez zamawiającego, rozliczenie umowy i inne możliwe będą realizowane przez Wykonawcę, który będzie ponosił odpowiedzialność za należyte wykonanie umowy. Udział towarów nie wynosi zatem 100% wartości przedmiotu umowy.

Jednocześnie wskazujemy, że w związku z brakiem wskazania w SWZ, że Wykonawca jest (będzie) zobowiązany do przedłożenia dokumentów dotyczących podwykonawców (choćby przez wyborem oferty), o co obecnie wnosi zamawiający, wykonawca na obecnym etapie nie ma możliwości pozyskania wskazanych w wezwaniu dokumentów.

Wykonawca nie wiedział, że zamawiający będzie o takie dokumenty prosił."

Do pisma dołączono listę referencyjną historycznych projektów gazociągowych realizowanych przez STS Tubular Group z okresu: 1980-2013.

Dowód: pismo TOSÇELIK podpisane w dniu 6.03.2024 r.

Pismem z dnia 15.03.2024 r. zamawiający w trybie art. 223 ust. 1 ustawy ponownie wezwał TOSÇELIK do wyjaśnienia treści oferty złożonej w postępowaniu.

W piśmie tym zamawiający wskazywał: „kierując się przepisami ustawy, zobligowany jest w trybie wyjaśnień zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty, a szczególnie w przypadku, gdy złożone wyjaśnienia budzą wątpliwości zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający jest uprawniony do badania treści oferty i wiarygodności wykonawcy, który nie realizował jeszcze dla zamawiającego zamówień.

Zamawiający zażądał wyjaśnienia twierdzenia TOSÇELIK, że STS nie jest podwykonawcą i raz jeszcze wezwa TOSÇELIK do złożenia dokumentów finansowych i zestawienia zamówień zrealizowanych przez STS. Zamawiający zwrócił się też o udzielenie konkretnych odpowiedzi na poniższe pytania:

1. Czy fabryka SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. wykonywała jakiegokolwiek zamówienia w okr ostatnich 5 lat? Jeżeli TAK, prosimy o przesłanie listy wykonanych zamówień w okresie ostatnich 5 lat, na rury o średnicy co najmniej DN500 i wykonanych z materiału w gatunku co najmniej L485ME (lub równoważny). Jeżeli NIE, prosimy o przesłanie stosownego oświadczenia wraz z informacjami/dowodami na potwierdzenie potencjału produkcyjnego, że 100% rur będzie mogło być wyprodukowanych w fabryce SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. Hiszpanii.

2. W związku z wątpliwością zamawiającego, że fabryka SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S. siedzibą w Hiszpanii w 100% wyprodukuje rury na potrzeby zamówienia, gdzie kryterium „Pochodzenie produktu” stanowi o rankingu ofert, prosimy o uzupełnienie poniższej tabeli, wykazując podmioty, które będą uczestniczyć w łańcuchu dostaw. Jeżeli nazwa podmiotu uczestniczącego w łańcuchu dostaw nie jest na tym etapie znana, prosimy o wstawienie znaku „ – „

Zamawiający sporządził tabelę, w której określił elementy łańcucha dostaw i oczekiwał wskazania nazwy podmiotu realizującego element łańcucha dostaw, kraju podmiotu, procentowego udziału w wyszczególnionym elemencie łańcucha dostaw. Wskazane elementy łańcucha dostaw, to:

Materiał wsadowy do produkcji rur (blacha/taśma), Produkcja rur, Nakładanie izolacji, Transport

3. W przekazanych zamawiającemu wraz z Ofertą dokumentach, Wykonawca przedłożył certyfikat ISO 9001:2015. Ważność tego certyfikatu datowana jest na 21 czerwca 2024. W związku z tym prosimy o przekazanie nowego certyfikatu bądź złożenie oświadczenia, że powyższy certyfikat zachowa ciągłość i zostanie odnowiony.

Powyższe uzupełnienia i wyjaśnienia należało dostarczyć do dnia 21 marca 2024 r. do godziny 10:00

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 15.03.2024 r.

Pismem podpisanym w dniu 21.03.2024 r. o godz. 08:32:09 – TOSÇELIK wskazał, że „podtrzymuje swoje dotychczasowe stanowisko wyrażone już w piśmie z dnia 06 Marca 2024 roku. W szczególności w świetle oświadczenia, że wykonawca zamierza korzystać z podwykonawcy SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (S S.L. m.in. w Części 4 w zakresie, jak to wskazano w Formularzu (dostarczenia odpowiedniej ilości produktów), pragniemy zadeklarować następujące możliwości produkcyjne zakładu SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBL (STS) S.L.

TOSÇELIK wraz z pismem przedłożył między innymi:

-wykaz 5 największych zamówień podwykonawcy z ostatnich 3 lat, z których żadne nie jest zamówieniem na rury o średnicy co najmniej DN500 i wykonanych z materiału w gatunku co najmniej L485ME (lub równoważny).

-referencje przedstawiające wykonanie rur w tzw. zwykłych gatunkach jak np.: L335, S275 JR, które nie są gatunkami gazowymi.

Dowód: pismo Wykonawcy podpisane w dniu 21.03.2024 r. wraz z załącznikami

Pismem z dnia 17 lutego 2024 r. TOSÇELIK zwrócił się do zamawiającego o przedłużenie do dnia 28 lutego 2024 r. jedynie terminu na złożenie dokumentu pełnomocnictwa. Tym samym dokument rejestrowy TOSÇELIK oraz wyjaśnienia objęte wezwaniem zamawiającego z dnia 1 lutego 2024 r. – powinny zostać przesłane zamawiającemu w terminie do 20 lutego 2024 r. do godz. 10:00 co nie nastąpiło.

Zamawiający winien odrzucić ofertę TOSÇELIK w zakresie części 4 zamówienia, z powodu nieprzedłożenia w terminie dokumentu rejestrowego TOSÇELIK. Zaniechawszy tego, zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2 c) ustawy w związku z §2 ust. 1 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych.

SWZ zamówienia nie przewiduje obowiązku osobistego wykonania zamówienia. Na podstawie art. 462 ust. 1 ustawy wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zakazane jest zlecenie całości zamówienia przez wykonawcę jego podwykonawcom. W wyroku z dnia 7 grudnia 2020 r., KIO 2971/20 i KIO 2976/20 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła że analiza art. 36a i art. 2 pkt 9b Prawa zamówień publicznych z 2004 r. (odpowiednika 462 ust. 1 obecnej ustawy) „prowadzi do wniosku, że zakazane jest zlecenie całości zamówienia przez wykonawcę jego podwykonawcom. Powyższą wykładnię potwierdza literalne brzmienie art. 36a ust. 1 ustawy, w którym dopuszczona została możliwość powierzenia jedynie części zamówienia podwykonawcy. Powyższej interpretacji nie przeczą dalsze przepisy ustawy, w tym ust. 2 art. 36a ustawy. W ocenie Izby przepis ten uprawnia jedynie zamawiającego do określenia takich części zamówienia, które muszą zostać wykonane przez wykonawcę z uwagi na ich kluczowy charakter lub rodzaj prac w ramach zamówienia na dostawy. Nie oznacza to jednak, że brak takiego zastrzeżenia w postanowieniach specyfikacji, skutkuje dopuszczalnością powierzenia całości zamówienia podwykonawcom. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w uchwale KIO z dnia 4 listopada 2016 r., KIO/KU 67/16, w której wskazano, że „Jednakże uprawnienie to nie zmienia treści ust. 1 art. 36a ustawy, bowiem ani zamawiający ani wykonawca nie mogą zdecydować, że w danym zamówieniu możliwe będzie podzlecenie całości zadania do wykonania. Zatem, zamawiający w ramach uprawnienia wynikającego z ust. 2 art. 36a ustawy może jedynie dokonać wyboru konkretnych elementów (części zamówienia), co do których nie będzie działał art. 36a ust.1 ustawy. Jeśli więc zamawiający nie określił zakazu rodzajowego dla części robót, co do których obowiązuje zakaz podzlecenia, to oznacza to, że jedynie powtórzył zasadę zakazu podzlecenia całości zamówienia określoną w art. 36a ust. 1 ustawy.” Należy również wskazać, że zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy (obecnie art. 17 ust. 2 ustawy – uwaga odwołującego), zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a nie podwykonawcy”.

Skoro TOSÇELIK w terminie nie złożył wyjaśnień co do podwykonawstwa, to zamawiający winien był przyjąć, że z treści oferty TOSÇELIK wskazującej pochodzenie całej czwartej części zamówienia z produkcji STS w Hiszpanii wynika, że STS jest podwykonawcą 100% tego zamówienia. To z kolei oznacza, że oferta TOSÇELIK jest niezgodna z art. 462 ust. 1 ustawy i z art. 17 ust. 2 ustawy, zaś zamawiający nie odrzucając tej oferty naruszył art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 462 ust. 1 ustawy i z art. 17 ust. 2 ustawy.

Wyjaśnianie (zwane również tłumaczeniem) jest zadaniem myślowym, które polega na wskazaniu uzasadnienia dla podanej przez wykonawcę treści formularza ofertowego. Wyjaśnianie treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy polega zatem na udzieleniu odpowiedzi na pytanie „dlaczego tak jest jak wykonawca postanowił w treści oferty?”. Uprawnienie do żądania wyjaśnień treści oferty przeradza się w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy. Skoro zamawiający ma wątpliwości, dotyczące treści złożonej oferty, musi te wątpliwości przed odrzuceniem oferty wyjaśnić. Wyjaśnienia treści oferty stanowią rodzaj wykładni oświadczenia woli wykonawcy (jego oferty), dlatego skutkiem niezastosowania się do wezwania zamawiającego z art. 223 ust. 1 ustawy jest przyjęcie przez wykonawcę na siebie ryzyka, że zamawiający posłuży się dostępnymi mu informacjami na temat treści oferty wykonawcy i wyciągnie z nich określone skutki prawne.

Przepis art. 223 ust. 1 ustawy służy usunięciu wątpliwości co do treści oferty, jeśli wykonawca tej wątpliwości nie usuwa, naraża się na to, że zamawiający uzna treść oferty za niejednoznaczną, niepewną lub zrozumie ją inaczej niż wynika to z rzeczywistej woli wykonawcy (wyrok z dnia 18.01. 2020 r., KIO 2581/20).

W wyroku z 27 czerwca 2022 r. (KIO 1530/22) Izba wskazała na możliwość odrzucenia oferty jako konsekwencji niezłożenia wyjaśnień przez Wykonawcę.

Na podkreślenie zasługuje przy tym okoliczność, że ostatecznie, pismem podpisanym w dniu 6.03.2024 r. (złożonym po terminie) TOSÇELIK sam potwierdził, że zamierza korzystać podwykonawcy SOLUCIONES TUBULARE SOSTENIBLES (STS) S.L. m.in. w Części 4 w zakresie „jak to wskazano w Formularzu (dostarczenia odpowiedniej ilości produktów)”, a poza STS pozostaje tylko transport towaru do Polski, czynności logistyczno-administracyjne,

transport towaru do miejsc wskazanych przez zamawiającego, rozliczenie umowy.

Powyższe świadczy o naruszeniu przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 3) w związku z 462 ust. 1 i 17§2 ustawy.

Korespondencja zamawiającego z TOSÇELIK poczynawszy od 28.02. 2024 roku, stanowi w ocenie odwołującego niedozwolone negocjacje treści oferty, a tym samym naruszenie art. 223 ust. 1 zdanie 2 ustawy. Zamawiający po wielokroć i nawet po upływie terminów próbuje uzyskać od TOSÇELIK informacje i dokumenty. Mimo to, zamawiający nie otrzymuje większości z nich. Ostatecznie sam zamawiający nie jest w stanie odpowiedzieć sobie na pytanie czy TOSÇELIK będzie posługiwał się podwykonawcami w części 4 czy nie. Świadczy o tym treść protokołu postępowania, gdzie nie ma mowy na temat podwykonawców TOSÇELIK, za to są wskazani podwykonawcy innych podmiotów które złożyły ofertę.

Dowód: protokół postępowania

Zasada równego traktowania i zasada przejrzystości stoją na przeszkodzie takim negocjacjom między instytucją zamawiającą a oferentem w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Po złożeniu oferty nie może ona być modyfikowana ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta. Tymczasem TOSÇELIK raz wskazuje, że STS nie jest podwykonawcą, a innym razem, że STS wykona zamówienie w ilości podanej w ofercie.

Zdaniem odwołującego przedmiotowa korespondencja przeczy powyższym wymogom, nie jest ani transparentna ani obiektywna i przekracza ramy dopuszczalnej prawem troski zamawiającego o właściwe zrozumienie intencji zamawiającego przez wykonawcę i intencji wykonawcy przez zamawiającego, przez co trudno ją uznać za bezstronną.

Wobec powyższego zamawiającemu należy postawić także zasadny zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 zdanie 2 ustawy także art. 16 pkt 1) i 2) ustawy.

Zarzut naruszenia 239 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego w zakresie części 4 zamówienia

Oferta odwołującego w zakresie 4 części zamówienia jest sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Skoro oferta TOSÇELIK winna być odrzucona, uzasadnia to wybór oferty odwołującego i udzielenie mu zamówienia w części 4. W dniu 22 kwietnia 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 22 kwietnia 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił się FERRUM Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, ul. Porcelanowa 11. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19 kwietnia 2024 r. udzielonego przez prezesa i wiceprezesa zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom. wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości.

Przystępujący wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść strony, do której przystępuje. Jest wykonawcą, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu i ubiega się o zamówienie. Niezgoda z prawem czynności zamawiającego wskazanych przez odwołującego, polegająca na wyborze jako najkorzystniejszej oferty, która powinna być odrzucona uniemożliwia przystępującemu uzyskanie zamówienia które mógłby uzyskać.

Nie wpływa na istnienie tego interesu lokata na której oferta przystępującego została sklasyfikowana, gdyż nawet gdyby w poszczególnych częściach poprzedzały ją oferty innych wykonawców, to zdarzeniem przyszłym jest, to czy taki wykonawca prawidłowo wykonałby swoje obowiązki prowadzące do wyboru jego oferty i zawarcia umowy.

Brak uwzględnienia odwołania będzie natomiast bez wątpliwości prowadził do wyboru oferty wykonawcy, który nie może być wybrany, a oferta przystępującego utraciła szanse na wybór. Może to doprowadzić do poniesienia szkody w postaci braku zysku stanowiącego wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia. W świetle powyższego wnioś o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i uwzględnienie żądań wskazanych w odwołaniu.

W dniu 22 kwietnia 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił się Izostal Spółka Akcyjna z siedzibą w Kolonowskie, ul. Opolska 29. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 kwietnia 2024 r. udzielonego przez prezesa i wiceprezesa zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom. Przystępujący oświadczył, posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego, gdyż regulacja 525 ustawy, w przeciwieństwie do art. 77 KPC, nie wymaga, by interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego był interesem prawnym. Przepis ten nie zawęża pojęcia interesu, czy to do interesu prawnego, czy też do interesu w uzyskaniu zamówienia, a zatem należy go interpretować szeroko. Interes ten może polegać w szczególności na oczekiwaniu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym przystępujący uczestniczy w sposób prawidłowy, zgodny z przepisami ustawy (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 kwietnia 2013 r. KIO 712/13).

Zgłaszający przystąpienie może się powoływać na jakikolwiek interes, w tym również faktyczny, związany z rozstrzygnięciem postępowania na korzyść strony, do której przystępuje (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 grudnia 2015 r. KIO 2575/15).

W tej sprawie odwołanie zmierza do zakwestionowania nieprawidłowych działań i zaniechań zamawiającego w przedmiocie braku odrzucenia ofert firm tureckich. Przystępujący po stronie odwołującego, zgłaszając to przystąpienie zmierza do wsparcia słusznego stanowiska odwołującego i zapewnienia sobie uczestnictwa w postępowaniu przeprowadzonym w sposób prawidłowy, zgodny z przepisami ustawy.

Ponadto przystępujący ma interes gospodarczy w wyeliminowaniu firm tureckich z ubiegania się o zamówienia częściowe w ramach zawartej umowy ramowej, gdyż skutek ten zwiększałby szanse przystępującego na uzyskanie takich zamówień w przyszłości. W rozumieniu ustawy jako interes uzasadniający przystąpienie wystarczy zasadniczo jakakolwiek korzyść, nawet hipotetyczna, w zgłoszeniu przystąpienia po deklarowanej stronie postępowania. Tym samym, korzyścią wykazującą interes w przystąpieniu jest także mniejsza (tj. nie uwzględniająca firm tureckich) liczba wykonawców zdolnych do ubiegania się o zamówienia częściowe.

W wyroku z dnia 9 listopada 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2313/10 „W art. 185 ust. 2 ZamPublU mówi się o interesie w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Chodzi więc w tym przypadku o jakakolwiek korzyść, jakieś dobro dla wykonawcy, które uzyska, jeśli strona, do której przystępuje wygra postępowanie odwoławcze”. Skutkiem przystąpienia nie musi być uzyskanie przez przystępującego tego konkretnego zamówienia publicznego. Przystępujący nie musi wykazywać, że mógłby sam uzyskać zamówienie publiczne, którego dotyczy wniesione odwołanie. Wystarczy mu wykazanie, że posiada interes w rozpoznaniu odwołania na korzyść jednej ze stron. Argumenty podane wyżej stanowią wystarczającą podstawę do dopuszczenia przystępującego do udziału w postępowaniu. Tym samym przystępujący wykazał posiadanie interesu w rozstrzygnięciu postępowania odwoławczego na korzyść odwołującego oraz wniósł o uwzględnienie odwołania w całości. W ocenie przystępującego zarzuty podniesione w odwołaniu są w pełni zasadne i w całości zasługują na uwzględnienie.

W dniu 25 kwietnia 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił się Noksel Celik Boru Sanayi A.S. z siedzibą w Turcji, w Ankarze, ul. Yukari Overcler Mah. Lizbon Cad. No: 10 wnosząc o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 kwietnia 2024 r. udzielonego przez członka zarządu – dyrektora zarządzającego i dyrektora finansowo-administracyjnego. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom. wnosząc o oddalenie odwołania.

Noksel ma interes w oddaleniu odwołania, co jest zbieżne z interesem zamawiającego, gdyż złożona przez przystępującego oferta jest prawidłowa, a zamawiający podjął właściwą decyzję nie odrzucając jej w żadnej z części. Uwzględnienie odwołania i odrzucenie jego oferty doprowadzi z kolei do wyeliminowania Noksel z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Co więcej, podkreślenia wymaga, że odwołujący faktycznie zmierza do ograniczenia konkurencji w ramach postępowań i konkretnie tym postępowaniu, co nie leży ani w interesie zamawiającego (a wręcz interesie publicznym), jak i przystępującego. Udział wielu wykonawców, w tym przystępującego, jest gwarancją większej konkurencji, a zatem choćby potencjalnie niższych cen.

W konsekwencji - ewentualne uwzględnienie odwołania będzie miało (może mieć) negatywny wpływ nie tylko na status Noksel w postępowaniu (tym i być może innych), ale i możliwość zawarcia w przyszłości umowy wykonawczej z zamawiającym. Interes Noksel w oddaleniu odwołania jest oczywisty z perspektywy tego postępowania, ale i poza nim.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zdaje się nie budzić wątpliwości, że interes należy postrzegać możliwie szeroko – nie tylko z perspektywy prawa, ale również jako interes faktyczny.

Aprobata takiego stanowiska można doszukiwać się w wyroku KIO z dnia 19 kwietnia 2022 r. 1

Aby interwenient uboczny uzyskał status uczestnika postępowania odwoławczego, musi mieć interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść jednej ze stron. Ustawa nie wymaga jednak, aby był to wyłącznie interes prawny. Lege non distinguente za wystarczający należy uznać interes faktyczny, musi on jednak pozostawać w adekwatnym z związku z odwołaniem strony, do której interwenient przystępuje. W orzecznictwie Izby jednolicie przyjmuje się szerokie postrzeganie tego interesu". (tak J. Jerzykowski (w:) *Odwołanie i skarga w zamówieniach publicznych*. Artykuły 505 - 590 ustawy Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 525, LEX)". Przystępujący posiada interes w oddaleniu wniesionego odwołania, który jest zbieżny z interesem zamawiającego.

W dniu 25 kwietnia 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił się Toscelik Spiral Boru Uretim Sanayi Anonim Sirket z siedzibą w Trucji w Iskenderun Hatay, ul. Sariseki Mah. necati Ozsoy Cad. 12/1 wnosząc o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 kwietnia 2024 r. udzielonego przez prezesa i wiceprezesa zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

Toscelik ma interes w oddaleniu odwołania, co jest zbieżne z interesem zamawiającego, gdyż złożona przez przystępującego oferta jest prawidłowa, a zamawiający podjął właściwą decyzję nie odrzucając jej w żadnej z części. Uwzględnienie odwołania i odrzucenie jego oferty doprowadzi z kolei do wyeliminowania Noksel z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Co więcej, podkreślenia wymaga, że odwołujący faktycznie zmierza do ograniczenia konkurencji w ramach postępowań i konkretnie tym postępowaniu, co nie leży ani w interesie zamawiającego (a wręcz interesie publicznym), jak i przystępującego. Udział wielu wykonawców, w tym przystępującego, jest gwarancją większej konkurencji, a zatem choćby potencjalnie niższych cen.

W konsekwencji - ewentualne uwzględnienie odwołania będzie miało (może mieć) negatywny wpływ nie tylko na status Noksel w postępowaniu (tym i być może innych), ale i możliwość zawarcia w przyszłości umowy wykonawczej z zamawiającym. Interes Noksel w oddaleniu odwołania jest oczywisty z perspektywy tego postępowania, ale i poza nim. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zdaje się nie budzić wątpliwości, że interes należy postrzegać możliwie szeroko – nie tylko z perspektywy prawa, ale również jako interes faktyczny.

Aprobata takiego stanowiska można doszukiwać się w wyroku KIO z dnia 19 kwietnia 2022 r.1

Aby interwenient uboczny uzyskał status uczestnika postępowania odwoławczego, musi mieć interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść jednej ze stron. Ustawa nie wymaga jednak, aby był to wyłącznie interes prawny. *Lege non distinguente* za wystarczający należy uznać interes faktyczny, musi on jednak pozostawać w adekwatnym z związku z odwołaniem strony, do której interwenient przystępuje. W orzecznictwie Izby jednolicie przyjmuje się szerokie postrzeganie tego interesu". (tak J. Jerzykowski (w:) *Odwołanie i skarga w zamówieniach publicznych. Artykuły 505 - 590 ustawy Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 525, LEX*). Przystępujący posiada interes w oddaleniu wniesionego odwołania, który jest zbieżny z interesem zamawiającego.

W dniu 7 maja 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

- 1) odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3) ustawy w zakresie zarzutów nr 1 oraz nr 2, tj. w zakresie w jakim Odwołujący domaga się odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców NOKSEL Celik Boru Sanayi A.S. z siedzibą w Ankarze, Turcja („Noksel”) oraz TOSÇELİK SPIRAL BORU ÜRETİM SANAYİ A.Ş. z siedzibą w İskenderun, Tui („Toscelik”) (dalej łącznie jako „Przystępujący”) z uwagi na fakt, że wykonawcy ci mają siedzibę w Turcji,
- 2) odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 4) ustawy w zakresie, w jakim dotyczy ono części nr 3 postępowania, w której odwołujący nie złożył oferty,
- 3) oddalenie odwołania w pozostałym zakresie,
- 4) oddalenie wniosków odwołującego o odroczenie rozprawy oraz o skierowanie pytań prejudycjalnych do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej,

5) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez zamawiającego na rozprawie.

Przed odniesieniem się od zarzutów podniesionych w odwołaniu, w pierwszej kolejności zamawiający podniósł, że część z nich (tj. zarzut nr 1 oraz nr 2) w ogóle nie powinna podlegać merytorycznemu rozpoznaniu, gdyż odwołanie w tym zakresie zostało wniesione po upływie terminu określonego w przepisach Prawa zamówień publicznych.

W tym kontekście, zamawiający podkreślił, że odwołanie zostało wniesione w ramach postępowania, które jest postępowaniem wykonawczym, prowadzonym na podstawie art. 389 ust. 2 ustawy, i mającym na celu ponowne poddanie zamówienia konkurencji między wykonawcami będącymi stroną zawartej umowy ramowej.

Innymi słowy, krąg wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu (a właściwie, w każdej z czterech jego części), został ustalony w momencie, w którym zamawiający zawarł z wykonawcami umowy ramowe (a będąc precyzyjnym – w momencie, w którym poinformował wykonawców o wyborze ofert najkorzystniejszych w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umów ramowych). To właśnie w tym postępowaniu zamawiający dokonywał kwalifikacji podmiotowej wykonawców, a od tej decyzji przysługiwało wykonawcom odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Zaznaczył, że zarzuty nr 1 i nr 2 sformułowane przez Odwołującego opierają się wyłącznie na jednej okoliczności: przystępujący posiadają siedzibę w Turcji, a zatem – zdaniem odwołującego – nie mogą brać udziału w postępowaniu (czy, szerzej, w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego).

Jeżeli jednak odwołujący chciał sformułować takie zarzuty, to powinien był to uczynić w momencie, w którym zamawiający poinformował wykonawców (w tym również odwołującego) o zamiarze zawarcia z wykonawcami Noksel oraz Toscelik umów ramowych. Czynność ta miała miejsce w dniu 23 sierpnia 2022 roku i to od tego momentu rozpoczął bieg terminu na wniesienie odwołania i sformułowanie stosownych zarzutów w tym zakresie.

Dowód: Informacja o wyborze ofert najkorzystniejszych w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umów ramowych na dostawę rur stalowych (załącznik nr 3 do tego pisma).

Pogląd ten jest uzasadniony zasadą koncentracji środków ochrony prawnej, mającą ugruntowany status w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Jak wskazała Izba w wyroku z 2 września 2013 roku, sygn. akt KIO 2034/13, „w przypadku zawarcia umowy ramowej - po przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego - zdarzeniem, od którego wykonawcy, przy zachowaniu należytej staranności, mogą powziąć informację o wyniku przeprowadzonego przez zamawiającego badania i oceny ofert, a co za tym idzie również zaniechaniu przez zamawiającego odrzucenia oferty z przyczyn wskazanych w art. 89 ust. 1 ustawy z 2014, jest przekazanie zaproszenia do zawarcia umowy ramowej”.

Zwracając uwagę właśnie na zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, Izba zaznaczyła, że „sam fakt wyboru oferty uczestnika postępowania na realizację zamówienia szczegółowego, w ramach wiążącej umowy ramowej - ogólnej, nie może być traktowany, jako przesłanka do przywrócenia terminu na wniesienie odwołania, gdyż nie może, w ocenie Izby, oddziaływać na ustalenie terminu do wniesienia odwołania wobec czynności oceny ofert, które nie były, po

poinformowaniu wykonawców o ich dokonaniu - modyfikowane w toku dalszego postępowania o udzielenie zamówienia (...) Odmienne stanowisko w tym zakresie doprowadziłoby do sytuacji, w której decyzje zamawiającego zawsze mogłyby być skutecznie wzruszane, o ile tylko wykonawca powoływałby się na informację o podstawach dla stawianych przez siebie zarzutów - w terminie późniejszym, niż termin ustalony od dnia przesłania wykonawcom zaproszenia do zawarcia umowy ramowej”.

W kontekście powyższego, zamawiający zaznaczył, że od czasu wyboru ofert wykonawców Noskel oraz Toscelik w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umów ramowych (23 sierpnia 2022 roku) aż do momentu wniesienia odwołania (19 kwietnia 2024 roku), nie zaszły jakiegokolwiek nowe okoliczności faktyczne (przystępujący posiadali już wówczas siedzibę w Turcji, a odwołujący był tego faktu świadomy) ani prawne (nie zmieniły się w międzyczasie przepisy regulujące dostęp wykonawców z państw trzecich do rynku zamówień publicznych, ani na poziomie prawa unijnego, ani Prawa zamówień publicznych).

Gdyby, przykładowo, przystępujący następnie przenieśli swoje siedziby do Turcji bądź też doszłoby do zmiany stanu prawnego, to można by było rozważać, czy termin na wniesienie odwołania nie powinien być liczony „na nowo” – taka sytuacja jednak nie miała miejsca. Jak się wydaje, jedyną „nową okolicznością” (a przy tym rzeczywistą przesłanką wniesienia odwołania) jest zatem wydanie w dniu 7 marca 2024 roku przez Rzecznika Generalnego TSUE Anthony’ego Michaela Collinsa opinii w sprawie C-652/22, odnoszącej się właśnie do kwestii udziału wykonawców mających siedzibę w Turcji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez zamawiających w Unii Europejskiej. Wydanie opinii przez Rzecznika Generalnego TSUE z pewnością nie jest jednak zdarzeniem, od którego można by liczyć termin na wniesienie odwołania w rozumieniu art. 505 ustawy – takim terminem jest bowiem wyłącznie czynność zamawiającego, która została podjęta w postępowaniu (tu: w postępowaniu prowadzącym do postępowania).

Z daleko posuniętej ostrożności, nawet gdyby uznać, że termin na wniesienie odwołania winien być liczony od momentu czynności podjętej przez zamawiającego w postępowaniu, a nie w poprzedzającym je postępowaniu prowadzącym do zawarcia umów ramowych (choć, w ocenie zamawiającego, art. 389 ust. 2 ustawy nie uzasadnia takiego wniosku), to i tak odwołanie w zakresie zarzutów nr 1 i nr 2 należałoby uznać za spóźnione. Już bowiem w dniu 6 grudnia 2023 roku zamawiający zaprosił wykonawców będących stroną umowy ramowej do składania ofert w postępowaniu. Do zaproszenia został załączony rozdzielnik, w którym widnieją między innymi dane Noksel oraz Toscelik, wraz z informacją, że wykonawcy ci mają siedzibę w Turcji.

Dowód: Zaproszenie do złożenia ofert w postępowaniu (w aktach postępowania).

Ponownie zatem, stan faktyczny (przystępujący mieli siedzibę w Turcji) i prawny był identyczny oraz w pełni odwołującemu znany, a jednak odwołujący nie zdecydował się na wniesienie odwołania – co jest zresztą logiczne, biorąc pod uwagę, że jedynym powodem do jego złożenia jest najpewniej wspomniana powyżej opinia Rzecznika Generalnego TSUE, która została wydana dopiero w marcu 2024 roku.

Z powyższych względów, w ocenie zamawiającego odwołanie w zakresie zarzutów nr 1 i nr 2 winno podlegać odrzuceniu na podstawie art. 528 ust. 3) ustawy, jako wniesione po upływie terminu określonego w Prawie zamówień publicznych, który bezskutecznie upłynął 2 września 2022 roku (bądź ewentualnie, przy korzystnej dla odwołującego interpretacji, 16 grudnia 2023 roku).

Jednocześnie, zamawiający podkreślił, że w zakresie zarzutów dotyczących części nr 3 postępowania, dochodzi do swoistej konkurencji podstaw odrzucenia odwołania. Nie dość bowiem, że jak zostało wykazane powyżej, odwołanie w tym zakresie winno zostać odrzucone na podstawie art. 528 pkt 3) ustawy, to dodatkowo w tej części odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, a zatem winno ono podlegać odrzuceniu również na podstawie art. 528 pkt 2) ustawy.

Powodem ku temu jest fakt, że postępowanie podzielone zostało na cztery części. Odwołujący złożył ofertę w częściach nr 1, nr 2 oraz nr 4 – i w stosunku do tych części, posiada on status wykonawcy. Jednocześnie jednak, odwołujący nie złożył oferty w części nr 3 postępowania, a zatem nie posiada legitymacji czynnej do wniesienia odwołania w odniesieniu do tej części postępowania.

Dowód: Informacja o ofertach złożonych w części nr 3 postępowania (w aktach postępowania).

Pogląd ten nie budzi wątpliwości w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Tytułem przykładu, postanowieniem z 24 lutego 2022 roku, sygn. akt KIO 424/22.

Również zatem i z tej przyczyny, zarzuty nr 1 i nr 2 nie powinny podlegać merytorycznemu rozpoznaniu w odniesieniu do części nr 3 postępowania (są to jedyne zarzuty, które odwołujący sformułował w ramach tej części postępowania).

Wreszcie, zamawiający zauważył, że przedmiotowe odwołanie dotknięte jest jeszcze jedną wadą, tym razem nie skutkującą wprawdzie zaistnieniem podstawy do jego odrzucenia, ale również uniemożliwiającą jego uwzględnienie.

Przedmiotowa wada dotyczy zarzutów podnoszonych przez odwołującego w obrębie części nr 1, nr 2 oraz nr 3 postępowania. We wszystkich wskazanych częściach, oferty złożone przez przystępujących nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze w postępowaniu – jednocześnie zaś odwołujący (ani żaden inny wykonawca) nie kwestionuje ofert

zwycięskich wykonawców.

Dowód: Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w części nr 1, nr 2 oraz nr 3 postępowania (w aktach postępowania).

Powyższe wiąże się z dwoma praktycznymi konsekwencjami. Po pierwsze, odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania – nie może bowiem ponieść żadnej szkody, niezależnie od wyniku postępowania odwoławczego. Co prawda odwołujący w tym zakresie upatruje swojej szkody w samym fakcie bycia stroną umowy ramowej zawartej z zamawiającym, jednak należy podkreślić, że przecież nawet ewentualne uwzględnienie odwołania nie doprowadzi do zmiany wyniku postępowania we wskazanych częściach, a zatem odwołujący i tak nie uzyska zamówień, dla których te części są prowadzone.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu tej sprawy wyda bowiem orzeczenie mające zastosowanie do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tu: konkretnych części postępowania), a odwołujący, w wyniku własnych decyzji procesowych, nie ma możliwości na uzyskanie zamówienia, dla którego prowadzone jest to postępowanie (tu: konkretne części postępowania, tj. części nr 1, nr 2 oraz nr 3).

Powyższa konstatacja prowadzi zdaniem zamawiającego bezpośrednio do drugiej konsekwencji takiej postawy odwołującego – odwołanie w zakresie części nr 1, nr 2 oraz nr 3 postępowania nie może zostać uwzględnione, bowiem nie może ono mieć istotnego wpływu na wynik postępowania w odniesieniu do tych części, w rozumieniu art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy. Ponownie zamawiający podkreślił, że oferty przystępujących nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze w odniesieniu do wskazanych części, a zatem nawet ewentualna zasadność zarzutów odwołującego nie spowoduje zmiany wyniku postępowania.

Również zatem i z tych względów, odwołanie wniesione w zakresie części nr 1, nr 2 i nr 3 postępowania nie zasługuje na uwzględnienie.

Przechodząc do merytorycznego odniesienia się do zarzutów sformułowanych w odwołaniu, w pierwszej kolejności należy skoncentrować się na zarzutach nr 1 oraz nr 2. W tym zakresie, odwołujący zarzuca zamawiającemu brak odrzucenia ofert wykonawców Toscelik i Noksel, tj. podmiotów mających swoje siedziby w Turcji, twierdząc, że wykonawcy ci nie są uprawnieni do udziału w postępowaniu, ponieważ o udzielenie zamówień publicznych na podstawie ustawy mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy mający siedziby w krajach Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz w krajach, z którymi Unia Europejska podpisała stosowne umowy o dostępie do rynku zamówień publicznych.

Odwołujący nie przytacza w tym zakresie żadnego przepisu prawa polskiego, w szczególności Prawa zamówień publicznych. Powód jest oczywisty – przepisy te w żadnym miejscu nie przewidują jakiegokolwiek podstawy, która uprawniałaby do takiego twierdzenia.

Prawo zamówień publicznych nie przewiduje jakiegokolwiek podstawy do różnego traktowania wykonawców z siedzibą w Polsce, innym kraju UE lub jakimkolwiek innym kraju świata. Co więcej, tam, gdzie ustawodawca decyduje o ograniczeniu dostępu do polskiego rynku zamówień publicznych do wykonawców z określonych krajów, jednoznacznie przewiduje to w przepisach ustawy. Wyrazem tego jest art. 404 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym [o] udzielenie zamówienia w dziedzinach 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.

Ponadto, gdy ustawodawca polski zdecydował o jakiejś (ograniczonej przedmiotowo) formie różnego traktowania wykonawców i składanych przez nich ofert, również przewidział to jednoznacznie w ustawie. Wyrazem tego jest regulacja zawarta w art. 393 ust. 1 pkt 4 i ust. 2 ustawy.

Tym samym, w sposób niebudzący wątpliwości trzeba uznać, że na podstawie Prawa zamówień publicznych (z wyjątkiem przywołanych powyżej) nie jest dopuszczalna jakakolwiek forma nierównego traktowania wykonawców ze względu na kraj ich siedziby.

Odwołujący wskazał, że o braku możliwości udziału wykonawców z siedzibą w Turcji w postępowaniu (nie tylko w tym, ale w ogóle w jakimkolwiek postępowaniu prowadzonym na podstawie przepisów ustawy objętych zakresem Dyrektywy 2014/25/UE, ale również Dyrektywy 2014/24/UE) ma świadczyć bezpośrednio treść art. 43 Dyrektywy 2014/25/UE. Zdaniem odwołującego, uzasadnieniem takiego stanowiska ma być fakt, że UE ma wyłączną kompetencję w dziedzinie wspólnej polityki handlowej, w zakres której – zdaniem odwołującego – mają wchodzić przepisy Dyrektywy 2014/25/UE.

Taka interpretacja art. 43 Dyrektywy 2014/25/UE jest nieuprawniona, ponieważ jest sprzeczna z przepisami prawa unijnego z następujących powodów.

Po pierwsze, nie jest prawdziwe twierdzenie, zgodnie z którym Dyrektywa 2014/25/UE reguluje kwestie należące do wyłącznej kompetencji Unii Europejskiej wynikające z art. 207 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej („Traktat”). Wynika to wprost z treści samej Dyrektywy 2014/25/UE, a ściślej z podstaw prawnych jej przyjęcia.

Jak wynika z jej tekstu, podstawę przyjęcia Dyrektywy 2014/25/UE stanowią następujące przepisy Traktatu :

(a)art. 53 ust. 1 Traktatu, który jest przepisem kompetencyjnym upoważniającym Parlament Europejski i Radę do wydawania dyrektyw w celu ustalania podstawowych zasad wspólnych dla wszystkich państw członkowskich dotyczących wzajemnego uznawania kwalifikacji zawodowych oraz prowadzenia działalności gospodarczej;

(b)art. 62, który znajduje się w rozdziale dotyczącym swobody świadczenia usług, ale który odsyła w zakresie w nim określonym do przepisów dotyczących swobody przedsiębiorczości i pozwala na ich zastosowanie odpowiednio do swobody świadczenia usług; odesłanie dotyczy następujących przepisów rozdziału 2 tytułu IV Traktatu:

(i)art. 51 zezwalającego na stosowanie wyłączeń z zakresu swobody świadczenia usług, gdy jest to usprawiedliwione wykonywaniem władzy publicznej;

(ii)art. 52 pozwalającego państwom członkowskim na stosowanie wobec podmiotów pochodzących z innych państw członkowskich specjalnego reżimu, jeśli jest to uzasadnione z uwagi na porządek, bezpieczeństwo lub zdrowie publiczne;

(iii)art. 53 oraz

(iv)art. 54 definiującego spółkę jako spółkę prawa cywilnego lub handlowego, a także spółdzielnie oraz inne osoby prawne prawa publicznego lub prywatnego, z wyjątkiem spółek, których działalność nie jest nastawiona na osiąganie zysków zgodnie z prawem UE i zrównującego ją jeśli chodzi o korzystanie z zasady swobody świadczenia usług i swobody przedsiębiorczości z osobą fizyczną;

(c)art. 114, który będąc również normą kompetencyjną upoważnia Parlament Europejski i Radę, stanowiące zgodnie ze zwykłą procedurą prawodawczą i po konsultacji z Komitetem Ekonomiczno-Społecznym, do przyjmowania środków dotyczących zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, które mają na celu ustanowienie i funkcjonowanie rynku wewnętrznego.

Przepisy te znajdują się w Traktacie odpowiednio w Tytule IV dotyczącym Swobody przepływu osób, usług i kapitału w rozdziale 2 poświęconym prawu przedsiębiorczości (art. 53) i rozdziale 3 poświęconym usługom (art. 62) oraz w Tytule VII dotyczącym Wspólnych reguł w dziedzinie

konkurencji, podatków i zbliżenia ustawodawstwa w rozdziale 3 poświęconym zbliżaniu ustawodawstw (art. 114) .

Podstawa prawna przyjęcia Dyrektywy 2014/25/UE determinuje obszar, którego regulacje te dotyczą.

W jakimkolwiek stopniu nie dotyczą one zatem Wspólnej Polityki Handlowej, a zatem obszaru dotyczącego handlu międzynarodowego, gdzie UE rzeczywiście ma kompetencję wyłączną, w tym do zawierania umów handlowych, co wynika z treści art. 207 ust. 1 Traktatu w zw. z art. 3 ust. 1 lit. e) Traktatu.

Swobody prowadzenia działalności gospodarczej nie wkraczają w ramy Wspólnej Polityki Handlowej, a akty prawne wydawane na podstawie tych przepisów (jak ma to miejsce w przypadku Dyrektywy 2014/25/UE) nie regulują zagadnień, które wykraczają poza ich zakres, w tym nie regulują kwestii handlowych z krajami trzecimi.

Przekładając to na specyfikę zamówień publicznych, należy wskazać, co następuje.

Przepisy i zasady ustanowione w Dyrektywie 2014/25/UE skierowane są do państw członkowskich, a ich obowiązkiem jest zapewnienie realizacji tych zasad i przepisów w swoich porządkach prawnych w odniesieniu do wykonawców i świadczeń pochodzących z UE. Tym samym, przepisy Dyrektywy 2014/25/UE nie stoją na przeszkodzie temu, aby inni wykonawcy lub inne świadczenia (niepochodzące z UE) traktowane były odmiennie (lub tak samo). Państwa członkowskie mają zatem duży margines swobody w ustalaniu zasad dostępu wykonawców lub świadczeń z państw spoza UE do krajowych rynków zamówień publicznych na poziomie krajowym .

Wiele państw członkowskich, w tym Polska, przyznaje wykonawcom i świadczeniom pochodzącym z państw trzecich równy i oparty na zasadach właściwych dla wykonawców i świadczeń unijnych, dostęp do krajowego rynku. Inaczej mówiąc, ogólne zasady równego traktowania i niedyskryminacji stosuje się do wszystkich podmiotów niezależnie od kraju ich pochodzenia / siedziby.

Jest to jednak określona praktyka (decyzja poszczególnych państw członkowskich) niewynikająca z prawnie wiążących zobowiązań. Jak wskazuje się już w 2013 r. - a zatem jeszcze przed przyjęciem Dyrektywy 2014/25/UE -w Raporcie informacyjnym przedstawionym przez francuską parlamentarną Komisję Spraw Europejskich dotyczącym instrumentów wzajemności w zamówieniach publicznych na poziomie Unii Europejskiej, dostęp wykonawców z państw trzecich niebędących stroną GPA wynika z otwartości de facto unijnego rynku zamówień publicznych i nie jest im zagwarantowana prawnie .

Od strony prawnej, kwestię tę reguluje art. 43 Dyrektywy 2014/25/UE.

Podkreśla to Komisja Europejska wskazując art. 43 Dyrektywy 2014/25/UE jako podstawę do uznania, że nie przyznaje się wszystkim wykonawcom z państw trzecich gwarantowanego dostępu do unijnego rynku zamówień publicznych .

Oczywistym jest, że gwarancja taka dotyczy wykonawców i świadczeń pochodzących z kraju należącego do UE oraz Islandii, Norwegii i Liechtensteinu, jako krajów Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EOG), co wynika z samej treści Dyrektywy 2014/25/UE .

Gwarantowany dostęp do unijnego rynku zamówień publicznych dotyczy zatem wykonawców mających siedzibę w

krajach EOG, krajach będących stronami GPA oraz państw, z którymi UE zawarła stosowne umowy. Co istotne, zakres tej gwarancji nie musi być identyczny jak w Dyrektywie 2014/25/UE, ale wynika z treści danej umowy międzynarodowej. W przypadku danego państwa może być ona zatem zapewniona, ale wyłącznie w odniesieniu do niektórych robót budowlanych, dostaw lub usług, lub też w pełnym zakresie.

Jak wskazuje KE, wykonawcy z państw trzecich, którzy nie zawarli żadnej umowy przewidującej otwarcie unijnego rynku zamówień publicznych lub których towary, usługi i roboty budowlane nie są objęte taką umową, nie mają zapewnionego udziału w procedurach udzielania zamówień publicznych w UE i mogą zostać z nich wykluczeni.

Ów brak zapewnionego udziału to brak wynikającej albo z Dyrektywy albo z umowy międzynarodowej gwarancji dostępu do rynku unijnego. Jednak, nie jest on w żadnym razie równoznaczny zakazowi udziału, na warunkach określonych przez dane państwo członkowskie lub – w przypadku przyjęcia odpowiedniego aktu prawnego na poziomie unijnym – na warunkach określonych w tym akcie.

Podsumowując, poza zawartymi umowami międzynarodowymi, UE do tej pory nie wypracowała wspólnej polityki (ani tym bardziej przepisów), które regulowałyby kwestię dostępu do unijnego rynku zamówień publicznych. Z przepisu art. 43 Dyrektywy 2014/15/UE wynika obowiązek, który możemy nazwać pozytywnym. Chodzi w nim o to, że nakazuje on traktowanie wykonawców i świadczeń pochodzących z państw, z którymi UE ma zawarte odpowiednie umowy, nie gorzej niż unijnych. Nie odnosi się on w żaden sposób do obowiązków negatywnych. Inaczej mówiąc, Dyrektywa 2014/25/EU pozostawia państwom członkowskim decyzję o tym, w jaki sposób ich zamawiający powinni traktować wykonawców i świadczenia pochodzące z krajów trzecich.

W tym zakresie możliwych jest kilka rozwiązań, w tym:

(a) wprowadzenie regulacji ustawowej na poziomie krajowym jednoznacznie wykluczającej wykonawców z krajów trzecich z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego lub wprowadzającej takie obostrzenie w zakresie postępowań prowadzonych przez określonych zamawiających lub w zakresie określonych przedmiotów zamówienia (świadczeń);

(b) pozostawienie decyzji o dopuszczeniu do danego zamówienia wykonawców pochodzących z krajów trzecich w gestii zamawiających;

(c) ustawowe dopuszczenie wykonawców i świadczeń pochodzących z krajów trzecich do krajowego rynku zamówień publicznych, co ma miejsce w Polsce na podstawie ustawy.

Co przy tym istotne - i co podkreśla KE - dopuszczając wykonawców i świadczenia pochodzące z krajów trzecich, zarówno ustawodawca, ale w szczególności sami zamawiający, powinni zwracać uwagę na zapewnienie równego traktowania wykonawców unijnych. Może to mieć szczególne znaczenie np. w kontekście obowiązku badania ofert, które mogą się wydawać rażąco niskie.

Zamawiający zwrócił tu uwagę na treść przywoływanych również przez odwołującego Wytycznych dotyczących udziału oferentów z państw trzecich w unijnym rynku zamówień publicznych oraz wprowadzania na ten rynek towarów z państw trzecich, które odzwierciedlają przedstawioną wyżej analizę.

Otóż w części Pytania i odpowiedzi zawarto następujące wskazania:

• Czy wszyscy wykonawcy z całego świata mają prawo dostępu do rynku zamówień publicznych UE?

Nie, tylko wykonawcy, których dotyczą wielostronne i dwustronne umowy handlowe, mają zagwarantowany dostęp do rynku zamówień publicznych UE.

• Co powinien zrobić nabywca publiczny, jeżeli podejrzewa, że cena oferowana przez oferenta z państwa trzeciego jest zbyt niska? Czy istnieje możliwość wystąpienia o dodatkowe wyjaśnienia?

Tak, jest to nie tylko możliwe, ale wręcz zalecane, aby wystąpić o dodatkowe wyjaśnienia, tak aby nabywca publiczny mógł upewnić się co do wiarygodności oferty oraz równych szans między wszystkimi uczestnikami przetargu.

Oczywistym jest, że gdyby przyjąć interpretację, którą stara się narzucić odwołujący, odpowiedź Komisji Europejskiej na drugie pytanie mówiłaby o tym, że oferent z państwa trzeciego nie ma prawa uczestniczyć w postępowaniu i należy go z niego wykluczyć a jego ofertę odrzucić. Tymczasem, KE wyraźnie wskazuje, że oferta taka podlega badaniu pod kątem ceny, podobnie jak inne oferty składane przez wykonawców z siedzibą w UE, a tym samym, że wykonawca taki jest uprawniony do udziału w postępowaniu.

Z faktu, że wykonawcy z siedzibą w UE lub kraju, z którym UE ma podpisane stosowne umowy, mają zagwarantowany udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia objętych Dyrektywą 2014/25/UE, nie wynika, że pozostali wykonawcy nie mogą w nich uczestniczyć. Z art. 43 Dyrektywy 2014/25/UE, wynika tylko tyle, że wykonawcy z krajów, które zawarły stosowne umowy, nie mogą być traktowani gorzej niż wykonawcy unijni (co jest konsekwencją tego, że podstawą jej przyjęcia tego przepisu są regulacje Traktatu dotyczące swobód i ustanowienie i funkcjonowanie rynku wewnętrznego). W żaden natomiast sposób nie wynika z niego to, że wykonawcy z innych krajów nie mogą uczestniczyć w takich postępowaniach. Do takiego zakazu udziału konieczne byłoby przyjęcie odpowiednich przepisów na podstawie art. 207 ust. 2 Traktatu, ponieważ to on rzeczywiście dotyczy relacji UE z państwami trzecimi.

Dowodem potwierdzającym tę tezę jest Rozporządzenie 2022/1031/UE dotyczące Instrumentu Zamówień Międzynarodowych, które przyznaje Komisji Europejskiej szczególne uprawnienia w stosunku do wykonawców i świadczeń z państw trzecich. Co istotne, podstawą prawną przyjęcia tego rozporządzenia jest art. 207 ust. 2 Traktatu, a zatem jest to akt prawny przyjęty w ramach Wspólnej Polityki Handlowej UE.

Zgodnie z Rozporządzeniem 2022/1031/UE, KE może w formie decyzji przyjmować tzw. środki IZM, tj. środki Instrumentu Zamówień Międzynarodowych, które zgodnie z art. 2 ust. 1 lit. j) oznaczają środki ograniczające dostęp wykonawców, towarów lub usług pochodzących z państw trzecich do unijnych rynków zamówień publicznych w obszarze zamówień nieobjętych zobowiązaniami.

Przez „zamówienie nieobjęte zobowiązaniami” należy zaś rozumieć zgodnie z art. 2 ust. 1 lit. k) Rozporządzenia, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na towary, usługi lub koncesje, w odniesieniu do którego Unia nie podjęła zobowiązań dotyczących dostępu do rynku w ramach umowy międzynarodowej w dziedzinie zamówień publicznych lub koncesji. Chodzi zatem o środki, które KE może podejmować w stosunku np. do wykonawców z siedzibą w Turcji.

Jak wynika z art. 6 ust. 4 Rozporządzenia 2022/1031/UE podejmowane przez KE środki mogą być stosowane wyłącznie do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, których wartość szacunkowa przekracza próg ustalony przez Komisję w świetle wyników postępowania wyjaśniającego i konsultacji oraz z uwzględnieniem kryteriów określonych w ust. 3. Ta wartość szacunkowa powinna wynosić co najmniej 15 000 000 Euro bez VAT w przypadku robót budowlanych oraz co najmniej 5 000 000 Euro bez VAT w przypadku towarów i usług.

Zgodnie z art. 6 ust. 6 tego Rozporządzenia, w ramach środka IZM, KE może zadecydować o ograniczeniu dostępu wykonawców, towarów lub usług z państwa trzeciego do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przez nakazanie zamawiającym, aby:

- (a) zastosowały korektę punktacji na oferty złożone przez wykonawców pochodzących z tego państwa trzeciego; lub
- (b) wykluczyły oferty złożone przez wykonawców pochodzących z tego państwa trzeciego.

Jak wynika z art. 5 ust. 1 Rozporządzenia 2022/1031/UE, środki IZM są przyjmowane przez KE po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, które może zostać wszczęte z własnej inicjatywy KE, na wniosek państwa członkowskiego lub każdej osoby fizycznej lub prawnej, na których interes może mieć wpływ środek lub praktyka państwa trzeciego. KE informuje o wszczęciu takiego postępowania przez publikację stosowanego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Jednoznacznie, z treści i charakteru Rozporządzenia 2022/1031/UE wynika, że dopiero na skutek przyjęcia przez KE środków, o którym w nim mowa, wykonawcy z państw trzecich zostają pozbawieni możliwości udziału w postępowaniach o zamówienia publiczne w UE.

Jednak do czasu wydania odpowiednich decyzji przez KE na podstawie tego rozporządzenia (wg. najlepszej wiedzy zamawiającego, do chwili obecnej KE nie skorzystała z takich uprawnień, choć wszczęła już na podstawie tego rozporządzenia pierwsze postępowanie wyjaśniające), jak również w zakresie Rozporządzeniem nieobjętym, państwa członkowskie mogą prowadzić w tym zakresie własną politykę, zgodną z art. 43 Dyrektywy 2014/25/UE.

Co więcej, brak ogólnego zakazu dostępu wykonawców z państw trzecich do zamówień objętych przepisami Dyrektywy 2014/25/UE – a na taki rzekomy ogólny zakaz powołuje się odwołujący - wynika również z treści tej dyrektywy.

Zamawiający zwrócił uwagę, że na podstawie art. 86 ust. 5 Dyrektywy 2014/25/UE w określonych okolicznościach (wskazanych w art. 86 ust. 3 i 4), Komisja Europejska może w dowolnym czasie zaproponować, by Rada Unii Europejskiej przyjęła akt wykonawczy w celu zawieszenia lub ograniczenia – na okres, który zostanie ustanowiony w tym akcie wykonawczym – udzielania zamówień na usługi:

- (a) przedsiębiorstwom podlegającym prawu danego państwa trzeciego;
- (b) przedsiębiorstwom powiązanym z przedsiębiorstwami określonymi w lit. a) oraz mającymi siedzibę na terytorium Unii, jednakże nieposiadającymi żadnych bezpośrednich i skutecznych powiązań z gospodarką państwa członkowskiego;
- (c) przedsiębiorstwom przedstawiającym oferty, których przedmiotem są usługi pochodzące z danego państwa trzeciego.

Komisja Europejska może zaproponować takie środki z własnej inicjatywy lub na wniosek państwa członkowskiego.

Ponownie zatem trzeba stwierdzić, że przepis ten – a przynajmniej jego lit. (a) byłby pozbawiony treści, jeśli takie przedsiębiorstwo podlegające prawu danego państwa trzeciego miałoby w ogóle nie mieć uprawnienia do udziału w postępowaniu prowadzonym przez danego zamawiającego.

Powyżej wskazane argumenty, jednoznacznie wskazują, że:

- (a) Dyrektywa 2014/25/UE, w tym jej art. 43, nie pozbawia możliwości udziału w postępowaniach objętych jej zakresem wykonawców z siedzibą w Turcji;
- (b) pozbawienie możliwości udziału wykonawców z siedzibą w Turcji w postępowaniach objętych zakresem Dyrektywy 2014/25/UE mogłoby wynikać z odpowiednich aktów prawnych przyjmowanych na podstawie Rozporządzenia

2022/1031/UE lub art. 86 ust. 5 Dyrektywy 2014/25/UE;

(c) do czasu ich przyjęcia, to państwa członkowskie mogą podejmować działania w swoich przepisach krajowych, które wprowadzałyby dane środki ograniczające lub wyłączające możliwość udziału takich wykonawców w postępowaniach przetargowych;

(d) obecnie, w świetle przepisów Prawa zamówień publicznych, wykonawcy z siedzibą w Turcji mają zagwarantowaną możliwość udziału w postępowaniach prowadzonych przez zamawiających, w tym przez zamawiającego.

Nie jest zatem tak, jak sugeruje odwołujący, że Dyrektywa 2014/25/UE reguluje kwestie, których zakres dotyczy Wspólnej Polityki Handlowej.

Prawdą jest, że w tej dziedzinie UE ma kompetencję wyłączną, co wynika z art. 207 w zw. z art. 3 ust. 1 lit. e) Traktatu.

Oznacza to, że państwa członkowskie, nie są uprawnione do zawierania umów handlowych z państwami trzecimi, w tym w dziedzinie zamówień publicznych. Tym samym, nie jest prawnie dopuszczalne, aby Polska mogła po 1 maja 2004 r. zawrzeć lub utrzymać w mocy umowę handlową z Turcją, co w konsekwencji pociągało za sobą konieczność wypowiedzenia umowy o wolnym handlu między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Turcji, sporządzonej w Ankarze dnia 4 października 1999 r., podobnie jak innych dwustronnych lub wielostronnych umów o wolnym handlu, których stroną była Polska przed przystąpieniem do UE.

Decyzje o dostępie wykonawców z państw trzecich do rynku poszczególnych państw członkowskich – do czasu, gdy nie zostaną uregulowane na poziomie unijnym na podstawie wyżej opisanych aktów prawnych – pozostają w gestii państw członkowskich. Żadne z państw członkowskich UE nie jest jednak uprawnione do zawarcia umowy z państwem trzecim (np. z Turcją), która by tę kwestię regulowała i która gwarantowałaby taki dostęp.

Odwołujący przywołuje orzeczenia Trybunału w sprawach Daiichi Sankyo i Sanofi-Aventis Deutschland, C-414/11, EU:C:2013:520, pkt 50 oraz Komisja/Rada, C-137/12, EU:C:2013:675, pkt 56. Wynika z nich jedynie to, co zostało zapisane w art. 207 Traktatu, tj. że wspólna polityka handlowa należy do „działań zewnętrznych Unii”, polityka ta dotyczy wymiany handlowej z państwami trzecimi, a nie wymiany handlowej w ramach rynku wewnętrznego. Równocześnie, podkreślają one, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sama tylko okoliczność, że działanie Unii może wywoływać pewne skutki dla wymiany międzynarodowej, nie jest wystarczająca, by stwierdzić, że akt ten należy zakwalifikować do kategorii porozumień z zakresu wspólnej polityki handlowej. Tymczasem unijny akt prawny wchodzi w zakres wspólnej polityki handlowej, gdy dotyczy konkretnie wymiany międzynarodowej, to znaczy jego głównym zadaniem jest wspieranie, ułatwianie lub regulowanie wymiany handlowej oraz gdy wywiera on na nią bezpośredni wpływ. Niewątpliwie, Dyrektywa 2014/25/UE nie jest aktem należącym do wspólnej polityki handlowej, natomiast jest nim właśnie Rozporządzenie 2022/1031/UE i to wyłącznie na podstawie aktów prawnych wydanych na jego podstawie (decyzji Komisji Europejskiej) regulowana jest (może być) kwestia ewentualnego zakazu dostępu wykonawców z państw trzecich do unijnego (a tym samym krajowego) rynku zamówień. Dopóki takich aktów (decyzji KE) nie będzie, kwestia ta regulowana jest przez kraje członkowskie. Jak zostało wskazane, przyjęcie założenia, że dostęp ten jest zakazany, sprawia, że Rozporządzenie 2022/1031/UE – wydane przecież na podstawie art. 207 ust. 2 Traktatu – zostałoby pozbawione znaczenia normatywnego.

Co więcej, Rozporządzenie 2022/1031/UE jest dowodem na to, że UE podejmuje działania w ramach jej wyłącznej kompetencji wynikającej z art. 207 Traktatu, a jak zostało wykazane, z rozporządzenia tego wprost wynika, że dopiero decyzja KE wydana na jego podstawie może ograniczyć udział wykonawcy z siedzibą w państwie trzecim do unijnego (a tym samym krajowego) rynku zamówień. Nie jest zatem tak, jak zdaje się sugerować odwołujący przywołując wyrok Trybunału w sprawach połączonych Hessischer Rundfunk (C-422/19 i C-423/19, EU:C:2021:63) jak również opinię rzecznika generalnego G. Pitruzzelli w tych sprawach, (EU:C:2020:756, pkt 44), że UE nie podejmuje/nie wykonuje w tym zakresie swych kompetencji.

Z kolei z przywołanej w Odwołaniu opinii Trybunału 2/15 z 16 maja 2017 r. (EU:C:2017:376) dotyczącej Umowy o wolnym handlu z Singapurem potwierdzono (jedynie lub aż), że UE ma wyłączną kompetencję do zawierania umów międzynarodowych w dziedzinie, w której w ramach UE wydano odpowiedni akt prawny. Tym samym, w przypadku, gdyby UE miała zawierać umowę międzynarodową, w ramach której regulowano by kwestie zamówień publicznych, (...) Unia posiada wyłączną kompetencję zewnętrzną na podstawie art. 3 ust. 2 TFUE w odniesieniu do [takich – przyp. DZP] zobowiązań międzynarodowych (...), jako że te zobowiązania należą do dziedziny objętej już w znacznej części wspólnymi zasadami Unii i mogą one wpływać na ich zakres lub go zmieniać.

Czym innym jest jednak wewnętrzna regulacja dotycząca tej kwestii, która – co istotne – może zostać w każdej chwili zmieniona na podstawie decyzji danego kraju lub na podstawie aktu prawnego wydanego przez instytucje unijne, a czym innym umowa międzynarodowa stanowiąca zobowiązanie prawnomiędzynarodowe.

Wreszcie, zamawiający odniósł się do pozostałych zarzutów odwołania, tj. zarzutów obejmujących proces badania i oferty Toscelik złożonej w części nr 4 postępowania (w ocenie zamawiającego, są to zresztą jedyne zarzuty odwołania, które powinny podlegać merytorycznemu rozpoznaniu). Zostały one podzielone na trzy części, do których zamawiający

kolejno nawiąże.

Zarzut dotyczący braku uzupełnienia dokumentu rejestrowego

W pierwszej kolejności Odwołujący twierdzi, że Toscelik nie przedłożył w wymaganym terminie dokumentu rejestrowego, w związku z czym zamawiający był zobowiązany odrzucić jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z §2 ust. 1 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący przyznaje, że choć co prawda Toscelik przedłożył dokument rejestrowy, to miał to zrobić już po terminie wyznaczonym przez zamawiającego. W ocenie bowiem odwołującego, termin na przedłożenie tego dokumentu upływał w dniu 20 lutego 2024 roku o godzinie 10:00.

Kluczowe w tym zakresie jest pismo zamawiającego, datowane 19 lutego 2024 roku, a podpisane w dniu 20 lutego 2024 roku o godzinie 8:44. Pismem tym zamawiający dokonał przedłużenia terminu – w ocenie odwołującego, zamawiający uczynił to jednak tylko w stosunku do dokumentu pełnomocnictwa, a nie pozostałych dokumentów (w tym dokumentu rejestrowego).

Argumentacja odwołującego jest jednak chybiona, co wynika z samej treści pisma zamawiającego z 20 lutego 2022 roku, w którym wyraźnie napisano, że „w nawiązaniu do pisma zamawiającego z dnia 01.02.2024 roku dotyczącego wezwania do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów złożonych w postępowaniu oraz w odpowiedzi na wniosek wykonawcy z dnia 17.02.2024 roku zamawiający informuje, że wyraża zgodę na przedłużenie terminu złożenia uzupełnień i wyjaśnień jak poniżej”.

Dowód: Pismo zamawiającego o przedłużeniu terminu z 20 lutego 2024 roku (w aktach postępowania).

Zamawiający przedłużając termin wprost nawiązał do pierwotnego wezwania do uzupełnień i wyjaśnień z 1 lutego 2024 roku. Po drugie zaś, zamawiający przedłużył termin do „złożenia uzupełnień i wyjaśnień”.

Gdyby – jak chce odwołujący – zamawiający chciał przedłużyć termin na uzupełnienie wyłącznie pełnomocnictwa, to zaznaczyłby to wyraźnie w piśmie, na przykład przez umieszczenie adnotacji „w pozostałym zakresie obowiązuje dotychczasowy termin złożenia uzupełnień i wyjaśnień”. Nie taka jednak była intencja zamawiającego.

Prawdą jest, że w dniu 17 lutego 2024 roku Toscelik złożył wniosek o przedłużenie terminu z uwagi na trudności w terminowym uzyskaniu dokumentu pełnomocnictwa. Zamawiający jednak, jako gospodarz postępowania, podjął decyzję o wydłużeniu terminu w odniesieniu do wszelkich uzupełnień i wyjaśnień – celem takiego działania było otrzymanie wszystkich dokumentów pochodzących od Toscelik w jednym terminie. Ponadto, gdyby intencją zamawiającego było odniesienie się tylko do pełnomocnictwa, to nie pisałby przecież w piśmie z 20 lutego 2024 roku o „uzupełnieniach i wyjaśnieniach” – pełnomocnictwo podlegało bowiem wyłącznie uzupełnieniu.

Wreszcie, o tym, że zamawiający nie przedłużył terminu w sposób bezpośrednio wynikający z wniosku Toscelik, świadczy sam okres przedłużenia: Toscelik wnioskował o dodatkowy czas do 28 lutego 2024 roku, zaś zamawiający przedłużył termin do 26 lutego 2024 roku, 10:00.

Podsumowując, pismem z dnia 20 lutego 2024 roku zamawiający przedłużył wykonawcy Toscelik termin na złożenie wszelkich wyjaśnień i uzupełnień (w tym także dokumentu rejestrowego) do dnia 26 lutego 2024 roku włącznie. Wykonawca Toscelik skutecznie uzupełnił dokument rejestrowy w dniu 26 lutego 2024 roku, którego prawidłowości odwołujący nie kwestionuje.

Zarzut dotyczący powierzenia podwykonawcy realizacji 100% zamówienia

W dalszej kolejności Odwołujący wskazuje, że Toscelik ma zamiar powierzyć realizację 100% zamówienia podwykonawcy Soluciones Tubulares Sostenibles S.L. („STS”). W ocenie odwołującego, uzasadnia to odrzucenie oferty Toscelik na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy w związku z 462 ust. 1 ustawy i 17 ust. 2 ustawy.

W odniesieniu do powyższego, zamawiający wskazał, że argumentacja odwołującego jest wprost sprzeczna z wyjaśnieniami Toscelik przedłożonymi na wezwanie zamawiającego, który trzykrotnie konsekwentnie zaznaczał, że nie zamierza powierzyć STS realizacji 100% zamówienia (w dniach 26 lutego, 6 marca i 21 marca 2024 roku), pisząc: „Wykonawca potwierdza – a co wynika z treści Formularza Oferty - że zamierza korzystać z podwykonawcy SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. m.in. w Części 4 w zakresie jak to wskazano w Formule (dostarczenia odpowiedniej ilości produktów). Oświadczenie to jednocześnie nie oznacza, iż podwykonawca ten wykona umowę (zamówienie) w całości, a jedynie część zamówienia związana z wyprodukowaniem produktu. Część kontraktu, jak m.in. transport towaru do Polski, czynności logistyczno-administracyjne, transport towaru do miejsc wskazanych przez zamawiającego, rozliczenie umowy i inne możliwe będą realizowane przez wykonawcę, który będzie ponosił odpowiedzialność za należyte wykonanie umowy”.

Dowód: Pisma Toscelik z 26 lutego, 6 marca i 21 marca 2024 roku (w aktach postępowania).

W ocenie zamawiającego, z powyższego oświadczenia jasno wynika, że STS jest producentem rur, które będą dostarczone przez Toscelik, ale jednocześnie nie jest podwykonawcą, który zrealizuje 100% zamówienia. Nie istnieją zaś żadne podstawy, aby zakazać Toscelik dostawy rur wyprodukowanych przez inny podmiot – zwłaszcza, że, jak słusznie zauważył odwołujący, żadna część zamówienia nie została zastrzeżona przez zamawiającego do osobistego wykonania

przez wykonawcę.

Jedynie zatem z daleko posuniętej ostrożności zamawiający zaznaczył, że w jego ocenie, nawet gdyby to STS miało wykonać całość zamówienia, to i tak nie oznaczałoby automatycznie podstawy do odrzucenia oferty Toscelik. Zakaz powierzania realizacji 100% zamówienia podwykonawcy należy bowiem interpretować w kontekście celu uniknięcia omijania przez wykonawców regulacji Prawa zamówień publicznych, w tym w szczególności w zakresie ich zdolności do należytego wykonania zamówienia. W tym przypadku zaś, Toscelik polegał na własnych zasobach, którymi dysponowanie zostało należycie zweryfikowane przez zamawiającego.

Zarzut dotyczący prowadzenia negocjacji treści oferty

Wreszcie, odwołujący stoi na stanowisku, że zamawiający naruszył art. 223 ust. 1 zd. 2 ustawy oraz art. 16 pkt 1) i 2) ustawy przez niedopuszczalne prowadzenie z Toscelik negocjacji dotyczących oferty złożonej w części nr 4 postępowania.

Zamawiający w pierwszej kolejności zwraca uwagę, że zarzut ten jest w istocie pozbawiony treści – nie wiadomo, na czym zdaniem odwołującego tak naprawdę miałyby polegać owe „niedopuszczalne negocjacje” prowadzone pomiędzy zamawiającym, a Toscelik.

W tym kontekście, zamawiający zaznaczył, że treść oferty złożonej przez Toscelik w części nr 4 postępowania w żadnym stopniu nie uległa zmianie w wyniku składanych przez wykonawcę wyjaśnień. W przypadku, w którym Krajowa Izba Odwoławcza potwierdzi prawidłowość wyboru oferty Toscelik, zakres świadczenia tego wykonawcy wynikający z umowy będzie tożsamy z zakresem zaoferowanym przez Toscelik w ramach oferty.

Nie wiedząc, jakie konkretnie zarzuty stawia odwołujący w tym zakresie, zamawiającemu trudno odnieść się do nich szczegółowo. Pozostaje jedynie zatem wskazać, że proces badania i oferty Toscelik został przeprowadzony przez zamawiającego w sposób prawidłowy, jak w pozostałych częściach postępowania. Jego wydłużenie wynikało zaś z omyłki zamawiającego, który początkowo wezwał Toscelik do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych dla podwykonawcy STS – do czego jednak, zgodnie z dokumentami zamówienia, nie był uprawniony.

Wreszcie, Odwołujący w związku z zarzutami nr 1 i nr 2 odwołania, wniósł o odroczenie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą, ewentualnie o skierowanie pytań prejudycjalnych do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W ocenie zamawiającego, żaden jednak z tych wniosków nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do wniosku o odroczenie rozprawy, zamawiający w pierwszej kolejności wskazał, że art. 550 ust. 1 ustawy dopuszcza taką możliwość w sytuacji, w której rozprawa została już otwarta – sformułowanie takiego wniosku już w odwołaniu jest zatem przedwczesne. W każdym wypadku jednak, odroczenie rozprawy jest wyjątkiem od zasady rozpatrywania sprawy podczas jednego terminu, z którego skład orzekający może skorzystać w celu przeprowadzenia dowodu, którego nie można było przeprowadzić w wyznaczonym terminie albo z innych ważnych przyczyn. Żadna z tych sytuacji nie zaistniała w niniejszym postępowaniu odwoławczym. W szczególności, za „ważną przyczynę” nie może być oczekiwanie na wydanie przez TSUE wyroku w sprawie C652/22. Krajowa Izba Odwoławcza jest bowiem w stanie samodzielnie ocenić stan faktyczny oraz prawny zaistniały w tej sprawie i, po przeprowadzeniu rozprawy, wydać stosowne orzeczenie.

Analogicznie, w odniesieniu do wniosku o skierowanie do TSUE pytań prejudycjalnych, zamawiający zaznaczył, że pytania prejudycjalne mogą być kierowane do Trybunału wyłącznie w sytuacji, gdy wykładnia prawa unijnego nie jest jasna. Z taką sytuacją nie mamy tu do czynienia, co zostało szczegółowo wyjaśnione w pkt 4 niniejszej odpowiedzi na odwołanie.

Sam fakt, że rzecznik generalny Anthony Collins wydał opinię do sprawy C-652/22, w której zdaje się sugerować, że wykonawcy z siedzibą w krajach trzecich nie mają dostępu do unijnego rynku zamówień publicznych (rynków krajowych poszczególnych państw członkowskich) nie stanowi podstawy ani do kierowania kolejnych pytań do TSUE, ani do zawieszenia postępowania odwoławczego toczącego się przed Izbą.

Trzeba zwrócić uwagę, że kluczowy argument o charakterze prawnym, który przedstawia rzecznik generalny Collins dotyczy tego, że państwa członkowskie nie mają uprawnienia do określania w swoim prawie przepisów, które mogą wpływać na dziedziny należące do kompetencji wyłącznej Unii. Równocześnie rzecznik Collins wskazuje, że (...) nie wydaje się, aby Unia wykonała swoją kompetencję wyłączną w zakresie określenia dostępu wykonawców z nieobjętych umowami państw trzecich do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (...). Jak jednak zostało wykazane powyżej, UE wykonała taką kompetencję przyjmując Rozporządzenie 2022/1031/UE i jednoznacznie przesądzając w nim, że unijny zakaz dostępu wykonawców z państw trzecich może pochodzić wyłącznie na podstawie decyzji KE przyjętej na podstawie tego rozporządzenia. Do czasu wydania takiej decyzji kwestia ta leży w gestii państw członkowskich.

Zamawiający dodał, że opinia rzecznika generalnego Collinsa – podobnie jak inne opinie rzeczników generalnych - nie jest wiążąca i nie wywołuje jakichkolwiek skutków. Oczywistym jest, że nie jest wiążąca dla Trybunału, który zajmuje własne stanowisko, nierzadko odmienne od stanowiska rzecznika generalnego. Tytułem przykładu może podać istotną

dla systemu zamówień publicznych również w Polsce sprawę Teckal dotyczącą zamówień in-house, w której to Trybunał zajął zupełnie inne stanowisko niż rzecznik generalny George Cosmas .

Oba wnioski Odwołującego mają zatem na celu wyłącznie przedłużenie postępowania ze szkodą dla zamawiającego i jako takie nie zasługują na uwzględnienie. Jedynie na marginesie zamawiający wskazał, że ewentualne przychylenie się do wniosków Odwołującego oznaczałoby w praktyce paraliż systemu zamówień publicznych w Polsce – podążając bowiem za tokiem rozumowania odwołującego, konsekwentnie należałoby uznać, że wszelkie postępowania, w których biorą udział wykonawcy z państw trzecich, nie powinny zostać rozstrzygnięte aż do momentu, w którym w tej kwestii wypowie się Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

W dniu 7 maja 2024 r. przystępujący Noksel złożył pisemne stanowisko, w którym wniósł o:

- 1.odrzuć odwołanie w zakresie zarzutów nr 1 i 2,
- 2.ewentualnie, oddalenie odwołania.

Zdaniem Noksel odwołanie powinno zostać odrzucone (w zakresie zarzutów 1 i 2) jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie tj. zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy, co wynika z następujących okoliczności:

- a)Postępowanie prowadzone jest w na podstawie art. 389 ust. 2 ustawy, a więc jest postępowaniem wykonawczym prowadzonym w związku z zawartą umową ramową;
- b)informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej zmierzającym do zawarcia umowy ramowej opublikowana została 23 sierpnia 2022 r. i to ta data wyznaczała początek biegu ustawowego terminu na wniesienie odwołania;
- c)pomiędzy dniem 23 sierpnia 2022 r. a wniesieniem odwołania nie doszło do wystąpienia żadnej okoliczności (czy to prawnej czy faktycznej), która przywracałaby termin na wniesienie odwołania.

Uwzględniając wymienione okoliczności oraz mając na uwadze zasadę koncentracji środków ochrony prawnej zastosowanie znaleźć powinien art. 528 pkt 3 ustawy (analogiczny stan faktyczny podlegał ocenie Izby np. w sprawie prowadzonej pod sygn. KIO 2034/13, zakończonej wyrokiem z dnia 2 września 2013 roku).

Nawet gdyby jednak uznać, że termin na wniesienie odwołania nie rozpoczął biegu dnia 23 sierpnia 2022 r. (a terminy te należy liczyć „od nowa” w każdym kolejnym postępowaniu wykonawczym), to o kręgu wykonawców zaproszonych do złożenia ofert odwołujący dowiedział się już z pisma z dnia 6 grudnia 2023 r. (zaproszenie do składania ofert). W takim więc przypadku, to od tego dnia należałoby liczyć termin na zakwestionowanie czynności zamawiającego polegającej na dopuszczeniu tureckiego wykonawcy do udziału w postępowaniu.

Odwołujący stawia wspólnym dla wszystkich 4 części postępowania jest zarzut bazujący na, mówiąc najkrócej, stanowisku o rzekomym braku możliwości ubiegania się przez firmy tureckie o zamówienia publiczne w Unii Europejskiej.

Zarzut ten zmierza do nieuzasadnionego pokrzywdzenia interesów Przystępującego (oraz innych wykonawców mających siedziby poza Unią Europejską lub państwami stowarzyszonymi z UE bądź powiązanymi z nią określonymi umowami), przystępujący skoncentrował się w tym piśmie procesowym na tym właśnie aspekcie.

Uznał opinię Rzecznika Generalnego Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej Anthony’ego Michaela Collinsa z dnia 7 marca 2024 r. w sprawie C652/22 Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş. przeciwko Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave („Opinia C-652/22”) za kontrowersyjną i podniósł, że nie jest to opinia wiążąca ani TSUE, ani sądy czy trybunały państw członkowskich UE. Podniósł, że wbrew tezie, jaka legła u podstaw odwołania ani polskie ani unijne regulacje nie przewidują różnego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówień klasycznych bądź sektorowych w zależności od miejsca siedziby wykonawcy. Szereg unijnych dokumentów i regulacji wprost wskazuje natomiast na konieczność równego (nie mniej korzystnego) traktowania wykonawców z państw, które co prawda nie są członkami UE, ale zawarły stosowne umowy (lub są członkami organizacji będących stronami tej umowy). Postanowienia te traktować należy zatem jako swoiste gwarancje równego traktowania. Nie oznacza to jednak, że podmioty z krajów, które z tych gwarancji nie korzystają powinny być automatycznie wykluczane czy też pozbawione możliwości ubiegania się o zamówienia publiczne w krajach unijnych. Na marginesie wskazać należy, że polski ustawodawca (tam, gdzie rzeczywiście wyraża taką wolę) wprost określa krąg podmiotów, które mogą ubiegać się o zamówienia (przykładem jest art. 404 ust. 1 Pzp, dotyczący zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa).

Przystępujący podkreślił, że podmioty niemające siedziby w państwach UE lub stowarzyszonych z EU (z Chin, Turcji czy Kazachstanu) zrealizowały lub realizują na terenie Polski liczne inwestycje, wśród których wymienić należy chociażby (każda z przykładowych, wymienionych poniżej inwestycji, cechuje się wartością powyżej miliarda PLN):

- a)„Budowa Linii Tramwajowej KST, etap IV w modelu partnerstwa publicznoprywatnego”;
- b)„Wykonanie robót budowlanych na odcinku Czyżew – Białystok od km 107,260 do km 178,500 w ramach projektu „Prace na linii E75 na odcinku Czyżew – Białystok” c) „Budowa drogi ekspresowej S74 odc. gr. woj. świętokrzyskiego – Przełom/Mniów”.

Niezależnie od przywołanych powyżej inwestycji (wyjątkowych z uwagi na ogromną wartość) wykonawcy chińscy czy tureccy realizują w Polsce liczne inne inwestycje i, jak dotychczas, ani żaden z zamawiających, ani też nikt spośród

konkurencyjnych wykonawców, nie podnosił tak radykalnego zarzutu, jak ten forsowany przez odwołującego. Co więcej, z udziałem wykonawców z państw pozaunijnych toczyło się co najmniej kilkadziesiąt sporów odwoławczych przed Krajową Izbą Odwoławczą czy skargowych przed Sądem Zamówień Publicznych. Również w toku tych postępowań nigdy nie podnoszono braku zastosowania dyrektyw unijnych do tego typu wykonawców.

Co do treści opinii w sprawie C-652/22, to wskazał, że bazuje ona głównie na art. 43 Dyrektywy sektorowej i wywodzi z tego przepisu błędne wnioski całkowicie pomijając treść art. 86 tejże dyrektywy.

Analiza przepisu art. 43 wskazuje bowiem, iż intencją unijnego ustawodawcy było zapewnienie, że wykonawcy z krajów stowarzyszonych z Unią będą traktowani w sposób nie gorszy niż ci z Unii. Jego celem jest zatem zdefiniowanie poziomu wymagań stawianych przed wykonawcami z państw powiązanych z UE (nakazując zachowanie równowagi w stosunku do wykonawców z państw unijnych). Przepis ten jednak w żadnym swoim fragmencie nie odnosi się do wykonawców z innych państw. W związku z tym wywodzenie jakichkolwiek skutków dla wykonawców z krajów trzecich (niepowiązanych w żaden sposób z UE) w oparciu o tę regulację jest nieporozumieniem. Niezależnie bowiem od tego czy unijne dyrektywy znajdują zastosowanie do wykonawców z państw trzecich czy też nie, to art. 43 Dyrektywy sektorowej ma zastosowanie do określania sposobu traktowania wykonawców z krajów stowarzyszonych. Biorąc bowiem pod uwagę mnogość umów międzynarodowych, formatów porozumień czy organizacji międzynarodowych (również zrzeszających się w określonych stopniach z instytucjami unijnymi) można sobie wyobrazić przeróżne formy, w jakich wykonawcy z krajów objętych porozumieniami zostaliby dopuszczeniu do unijnego rynku. Dlatego też, aby uniknąć różnego traktowania takich wykonawców (w zależności od przyjętych w danym porozumieniu założeń) unijny ustawodawca z góry narzucił określony poziom traktowania takich podmiotów (wskazując na konieczność stosowania reguł nie mniej korzystnych od tych stosowanych względem wykonawców unijnych).

Art. 86 Dyrektywy sektorowej wprost poświęcony jest relacjom UE z państwami trzecimi (a więc niestowarzyszonymi z Unią w żaden sposób). Co prawda w pierwszej części przepis wskazuje na trudności związane z ubieganiem się o udzielenie zamówienia przez wykonawców unijnych w państwach trzecich, ale w:

a)ust. 3 stwierdza się, że działania podejmowane przez Unię mają zaradzić przypadkom, w którym państwo trzecie „nie zapewnia przedsiębiorstwom Unii faktycznego dostępu, porównywalnego z dostępem zapewnionym przez Unię przedsiębiorstwom z tego państwa” – wprost wynika z tego, że Dyrektywa sektorowa przewiduje możliwość ubiegania się przez wykonawców z państw trzecich o unijne zamówienia;

b)ust. 5 stwierdza się, że Komisja Europejska może podjąć działania (co charakterze retorsyjnym) zmierzające do zawieszenia lub ograniczenia udzielania zamówień przedsiębiorstwom z państw trzecich – również zatem ten przepis dowodzi, że Dyrektywa sektorowa przewiduje możliwość ubiegania się przez wykonawców z państw trzecich o unijne zamówienia (która może być dopiero, pod pewnymi warunkami i w określonych przypadkach, ograniczona).

Już z tego powodu stwierdzić należy, że teza o braku stosowania Dyrektywy sektorowej do wykonawców tureckich jest nietrafiona (w przeciwnym razie przepis ten nie miałby racji bytu).

Opinia C-652/22 bezpodstawnie pomija również inne akty prawne i instytucje funkcjonujące na rynku unijnym, a jednocześnie przeczące tezom Rzecznika Generalnego. Na poparcie tego stanowiska przystępujący powołał opinię Rzecznika Generalnego Athanasiosa Rantosa z dnia 11 maja 2023 r. w sprawie C-266/22 CRRC Qingdao Sifang CO LTD, Astra Vagoane Călători SA przeciwko Autoritatea pentru Reformă Feroviară, Alstom Ferroviaria SPA („Opinia C-266/22”).

Wskazał na samą treść pierwszego z pytań prejudycjalnych Rzecznik Generalny zajmuje w tym zakresie jednoznaczne stanowisko: „(...) państwa członkowskie są uprawnione do przyznania mniej korzystnego traktowania wykonawcom z państw trzecich niebędących sygnatariuszami takich umów międzynarodowych oraz że w związku z tym przedsiębiorstwa z państw trzecich niebędących stronami umowy w tej materii nie mogą domagać się uprzywilejowanego dostępu do rynku zamówień publicznych w Unii” (sformułowanie to pojawia się również w pkt. 66, gdzie Rzecznik Generalny posługuje się zwrotem „przysługujące państwu członkowskiemu uprawnienie do stosowania mniej korzystnego traktowania wobec wykonawców z niektórych państw trzecich”). Powołał również pkt 55 opinii.

Podkreślił, że identyczne stanowisko wyraził (przy okazji sprawy dot. Opinii C-652/22) rząd polski.

Kończąc wywód w zakresie Opinii C-266/22 słuszne wydaje się przystępującemu stwierdzenie, że właśnie kierunek obrany przez państwo – inicjatora pytań prejudycjalnych w analizowanej sprawie jest jedynym słusznym w przypadku dążenia do ewentualnego ograniczenia prawa wykonawców z krajów pozaunijnych w pozyskiwaniu zamówień na unijnych rynkach. Przemawiają za tym takie argumenty jak podnoszona powyżej konieczność transpozycji dyrektyw do krajowego porządku prawnego, ale też chociażby (ważna dla ukształtowanego wieloletnią praktyką) pewność prawa. Za sytuację niepożądaną, negatywnie wpływającą na zaufanie do ustawodawcy i kształtowanych przez niego norm uznać z całą pewnością należy przypadek, w którym udzielane są liczne zamówienia wykonawcom chińskim czy tureckim, a następnie (w oparciu o te same przepisy, bez jakiegokolwiek ich zmiany) dochodzi się do wniosku, że praktyka taka jest działaniem nieprawidłowym (i to obciążonym wręcz fundamentalnym błędem).

Co więcej – pozostawienie ustawodawcom krajowym możliwości ukształtowania własnych regulacji w tym zakresie (oczywiście z poszanowaniem prawa wspólnotowego) pozwala np. na przyjęcie rozwiązania pośredniego (analogicznego do przyjętego w Rumunii), w którym udział w postępowaniach unijnych gwarantuje się nie tylko wykonawcom z państw stowarzyszonych z UE, ale również z państw, które są na tzw. ścieżce akcesyjnej (czyli przystępujących do UE).

Po drugie, Odwołujący pomija, że w unijnym obrocie prawnym funkcjonuje Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/1031 z dnia 23 czerwca 2022 r. w sprawie dostępu wykonawców, towarów i usług z państw trzecich do unijnych rynków zamówień publicznych i koncesji oraz procedur wspierających negocjacje dotyczące dostępu unijnych wykonawców, towarów i usług do rynków zamówień publicznych i koncesji państw trzecich (Instrument Zamówień Międzynarodowych, „Rozporządzenie”), którego istnienie byłoby pozbawione sensu, gdyby prawidłowa była teza forsowana przez odwołującego. W tym zakresie przedstawia argumentację zbieżną z zamawiającym wskazując na motyw 10, 19, art. 1 ust. 1 zd. 2 i art. 4 rozporządzenia.

Wskazał również na komunikat prasowy zamieszczonego na stronie internetowej Komisji Europejskiej (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pl/ip_24_2044 i Komunikat Komisji - Wytoczne dotyczące udziału oferentów z państw trzecich w unijnym rynku zamówień publicznych oraz wprowadzania na ten rynek towarów z państw trzecich (2019/C 271/02, „Wytoczne”).

Przystępujący podkreślił, że wspomniana powyżej Rumunia nie jest jedynym państwem unijnym, które w krajowym porządku prawnym stosuje ograniczenia w dostępie do zamówień dla wykonawców spoza obszaru UE lub państw stowarzyszonych. Podobny mechanizm funkcjonuje np. w Republice Słowacji. Za każdym razem jednak jest to pochodną określonego krajowego ustawodawstwa, a nie brzmienia unijnych dyrektyw.

Niezależnie od wymienionych powyżej okoliczności przemawiających za oddaleniem odwołania, podniósł, że odwołanie w zakresie części nr 1, 2 i 3 powinno zostać oddalone przez zamawiającego z uwagi na brak interesu odwołującego, który nie zakwestionował wyboru najkorzystniejszej oferty (próbując jedynie doprowadzić do wyciągnięcia negatywnych konsekwencji w stosunku do innych wykonawców, którzy zresztą też nie zostali sklasyfikowani na pierwszym miejscu). Oczywiście jest więc, że odwołujący nie może ponieść szkody, a wystąpienie jej jest niezbędne w świetle art. 505 ust. 1 ustawy.

Przystępujący nie dostrzegł również podstaw do skierowanie przez Izbę wnioskowanych w odwołaniu pytań prejudycjalnych, bądź zawieszenia postępowania.

Przystępujący Toscelik złożył pisemne stanowisko, w którym wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że zgodnie z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) wykonawca w ramach przedmiotowego zadania był zobowiązany wykonać dostawę izolowanych zewnętrznie i malowanych wewnętrznie rur stalowych do rurociągowych systemów transportowych spełniających wymagania poziomu PSL2 zgodnie z PN-EN ISO 3183 „Przemysł naftowy i gazowniczy. Rury stalowe do rurociągowych systemów transportowych”. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (dla części 4) został zawarty w załącznikach do SWZ. Zamawiający przewidział, że o udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się jedynie wykonawcy, którzy są w stanie zaoferować dostawę (udział) produktów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE, w udziale przekraczającym 50%. Zamawiający nie zastrzegł w treści SWZ (szerzej: dokumentach zamówienia)

(a) wykonania przez wykonawcę kluczowej części zamówienia (taką możliwość przewiduje art. 121 ustawy)

(b) konieczności badania podwykonawców, innych niż podmiot udostępniający zasoby, pod względem podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 108 i art. 109 ustawy (o takiej możliwości przesądza wprost dyspozycja art. 462 ust. 5 w zw. z art. 462 ust. 4 pkt 1 ustawy).

Do momentu upływu terminu składania ofert w postępowaniu w części czwartek złożono łącznie 5 ofert. Odwołujący nie złożył oferty na potrzeby części 3 zamówienia.

W pierwszej kolejności przystępujący odniósł się do tezy odwołującego o braku możliwości ubiegania się o zamówienia publiczne państw członkowskich przez wykonawców spoza UE podnosząc, że Prawo Unii Europejskiej nie zakazuje udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom z Turcji.

Odwołujący na poparcie swojego stanowiska powołuje się wyłącznie na niewiążącą opinię jednego z Rzeczników Generalnych (Michaela Collinsa). Uniset nie jest natomiast w stanie przywołać w swoim odwołaniu, na przykład, choćby jednego orzeczenia TSUE, z którego wynikałby rzeczywiście wspomniany powyżej zakaz. Oczywiście takiego wyroku nie ma.

Po drugie, podkreślenia wymaga, iż obecnie w obiegu są dwie opinie wydane przez dwóch różnych Rzeczników Generalnych (druga przez Athanasiosa Rantosa), odnoszące się do materii stanowiącej przedmiot odwołania. Opinie te, co ważne, w ocenie przystępującego są w pewnych aspektach istotnych z punktu widzenia rozstrzygnięcia odwołania rozbieżne i ze sobą sprzeczne.

Jeśli chodzi o opinię rzecznika w sprawie C-652/22 (dalej także jako „sprawa Kolina”), Rzecznik Generalny zasadniczo stoi w niej na stanowisku, że możliwość dopuszczenia podmiotów z państw trzecich do rynku zamówień publicznych, leży w wyłącznej kompetencji UE. Oznacza to, że państwa członkowskie, jak Polska czy Rumunia (i inne), nie mogą generalnie podejmować w tym przedmiocie żadnych decyzji (regulacji). Co przy tym ważne,

Rzecznik celem uzasadnienia swojego stanowiska powołuje się głównie na treść. 43 Dyrektywy sektorowej 2014/25/UE. Na podstawie tego właśnie przepisu wskazuje, że - w jego ocenie - po pierwsze, regulacja ta nie znajduje zastosowania do wykonawców z państw trzecich, a w konsekwencji, po drugie, nie mogą one brać udziału w przetargach unijnych. Jak już wspomniano na wstępie, stanowisko to nie zostało potwierdzone przez TSUE, co jest o tyle istotne, że budzi ono poważne wątpliwości. Przystępujący przywołał art. 43 dyrektywy sektorowej i wskazał, że z jego treści nie można wywieść automatycznego zakazu udziału wykonawców z państw trzecich. Przepis ten wyłącznie zakazuje gorszego traktowania wykonawców pochodzących z państw, z którymi UE podpisała stosowne umowy (państw będących stroną umowy np. GPA), co w sposób oczywisty nie jest tym samym. O ile bowiem wykonawcy z tych państw mają gwarancję równego traktowania, o tyle podmioty z innych państw (np. Turcji) mogą, ale wcale nie muszą być w ten sposób traktowane. Co przy tym ważne, przepis ten odnosi się do zamawiających („podmioty zamawiające”), co przynajmniej pośrednio wskazuje, że to właśnie oni decydują ostatecznie w tym zakresie. Na gruncie przedmiotowego Postępowania brak jest natomiast regulacji, która wykluczałaby udział podmiotów z Turcji. Po drugie, Rzecznik Generalny w swojej opinii jedynie wspomina, ale w żaden sposób nie odnosi się do treści art. 86 Dyrektywy sektorowej, z którego - przynajmniej pośrednio - płyną wnioski podobne do powyższych, tj. że wykonawcy z państw trzecich zasadniczo mają prawo brać udział w przetargach. W tym miejscu przystępujący przytoczył treść art. 86 dyrektywy sektorowej.

Z przepisu tego, a w szczególności jego ust. 3 i 5, w ocenie przystępującego wynika, że punktem wyjścia jest dostęp („z dostępem zapewnionym”; można „zawiesić lub ograniczyć”) do udziału w przetargach dla wykonawców z państw trzecich, a ograniczenie następuje (może) dopiero w wyniku stwierdzenia braku równego traktowania przez to państwo trzecie wykonawców z UE.

Powyższy przepis, podobnie jak art. 85 Dyrektywy sektorowej, który dotyczy produktów pochodzących spoza UE, znajduje się w sekcji 4 dyrektywy zatytułowanej „Oferty obejmujące produkty pochodzące z państw trzecich oraz relacje z tymi państwami”. Jest to istotne z dwóch powodów. Po pierwsze, w świetle tego nie wydaje się być prawdą, jak twierdzi Rzecznik Generalny w omawianej opinii, że dyrektywa (UE) nie odnosi się do udziału wykonawców z państw trzecich. Kwestii tej w Dyrektywie sektorowej poświęcono nawet odrębną sekcję (jak powyżej). Co więcej, po drugie, to właśnie te przepisy, a nie art. 43 Dyrektywy sektorowej, powinny zostać wzięte pod uwagę przez Rzecznika Generalnego (i Trybunał) w trakcie rozważań nad dopuszczeniem wykonawców z państw trzecich do przetargów w UE. Ostatni ze wspomnianych przepisów (art. 43 dyrektywy) zamieszczony został bowiem w Tytule I „Przepisy mające zastosowanie do zamówień” Rozdział I „Procedury”, a zatem nie reguluje on, jak to sugeruje Rzecznik Generalny, zakresu zastosowania dyrektywy. Do tych kwestii z kolei odnoszą się przepisy Tytuł I „Zakres stosowania, definicje i zasady ogólne”. Art. 43 tej dyrektywy wydaje się raczej przepisem generalnym, odnoszącym się do obowiązku stosowania wobec wykonawców pochodzących z krajów, z którymi UE zawarła umowę, zasad zamówień publicznych, w tym równego traktowania (gwarantuje on stosowanie tych zasad, ale jednocześnie nie wyklucza w stosunku do innych podmiotów).

Już tylko z powyższego wynika, że stanowisko Rzecznika w sprawie Kolina jest wątpliwe, a na pewno nie jest potwierdzone orzeczeniem TSUE. Trudno zatem uznać, że może ono stać się podstawą rozstrzygnięcia odwołania.

Ponadto, gdyby uznać to stanowisko za prawidłowe, trudno zrozumieć - po czwarte - po co w ogóle UE przyjmuje taki akt prawny jak Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/1031 z dnia 23 czerwca 2022 r. w sprawie dostępu wykonawców, towarów i usług z państw trzecich do unijnych rynków zamówień publicznych i koncesji oraz procedur wspierających negocjacje dotyczące dostępu unijnych wykonawców, towarów i usług do rynków zamówień publicznych i koncesji państw trzecich (Instrument Zamówień Międzynarodowych - IZM) (Dz. U. UE. L. z 2022 r. Nr 173 str. 1) - dalej „Rozporządzenie IZM”. W jego treści, jak zostanie to zaprezentowane w dalszej części tego pisma, wprost UE odnosi się (reguluje) do udziału wykonawców z państw trzecich, w tym co zrobić, żeby taki udział został wykluczony (zawieszony), o ile, na przykład, państwa trzecie zdecydują się na wykluczenie udziału w przetargach wykonawców z UE. Ponadto, ewentualne zawieszenie udziału następuje dopiero w wyniku podjęcia stosownych działań przez instytucje UE. Również zatem z tej kwestii zdaje się wynikać, że wykonawcy z państw trzecich mogą brać udział w przetargach (kogo wykluczać/ zawieszać, skoro jest on „wykluczony”?).

Także - i po piąte - odmiennosc stanowiska drugiego z Rzeczników Generalnych potwierdza, że zajęte powyżej, bardziej restrykcyjne stanowisko, nie jest prawidłowe.

Druga z wydanych opinii została przyjęta na potrzeby sprawy C-266/22 (dalej także jako „sprawa przedsiębiorstwa z Chin”). Dotyczy ona chińskiego wykonawcy, który w konsorcjum z przedsiębiorstwem z Rumunii zdecydował się na udział w przetargu w tym właśnie państwie. Co przy tym ważne, a czym różni się sprawa pierwsza (Kolina), w Rumunii

już po ogłoszeniu postępowania o udzielenie zamówienia wprowadzono artykuł 3 ust. 1 lit. jj) ustawy o zamówieniach publicznych, który definiuje pojęcie „wykonawcy” w następujący sposób:

„Do celów niniejszej ustawy pojęcia i wyrażenia wymienione poniżej mają następujące znaczenie:

(...)

(ii) wykonawca: oznacza każdą osobę fizyczną lub prawną prawa publicznego lub prywatnego albo grupę lub stowarzyszenie takich osób, w tym tymczasowe stowarzyszenie dwóch lub więcej takich podmiotów, które oferują zgodnie z prawem na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług, oraz które mają siedzibę w:

państwie członkowskim [Unii];

państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EOG);

państwach trzecich, które ratyfikowały [porozumienie GPA], w zakresie, w jakim udzielane zamówienie publiczne jest objęte zakresem zastosowania załączników 1, 2, 4 i 5, 6 i 7 do dodatku I do tego porozumienia;

państwach trzecich przystępujących do [Unii];

państwach trzecich, które nie są objęte zakresem stosowania ppkt iii), lecz które są sygnatariuszami innych umów międzynarodowych zobowiązujących [Unię] do zapewnienia swobodnego dostępu do rynku zamówień publicznych”.

Przepis ten wprost zatem, odmiennie np. od dyrektyw czy polskiej ustawy, wskazuje, iż jako „wykonawcę” rozumie się zasadniczo podmioty pochodzące z UE, ale i inne, z tym że ściśle określone (np. z państw, które rozpoczęły proces przystąpienia do UE jak Turcja). Dlatego, np. podmioty chińskie, które nie wpisują się w żadną z powyżej wskazanych kategorii, nie są wykonawcami w rozumieniu przepisów rumuńskich, a zatem nie mogą brać udziału w przetargach w tym państwie (podlegają wykluczeniu).

Zasadniczo, jak widać już z powyższego, zgodnie z omawianym stanowiskiem poszczególne państwa członkowskie mogą uregulować dostęp do postępowań o udzielenie zamówienia państw trzecich. Rzecznik Generalny nie sprzeciwił się takiemu rozwiązaniu. Jest to zatem, przynajmniej w tym zakresie, stanowisko zgoła odmienne od tego, zajętego w sprawie Kolina (gdzie ma być to wyłączna domena UE).

Niezależnie od powyższego - po szóste - pojawia się pytanie, na jakiej podstawie miałyby nastąpić wykluczenie z postępowania czy też odrzucenie oferty podmiotów z Turcji. Nie powinno budzić wątpliwości, że podstawy takiej nie zawiera art. 108 i 109 Pzp. W treści tych regulacji trudno dopatrzyć się jakiegokolwiek podstawy wykluczenia, która mogłaby znaleźć zastosowanie w przedmiotowej sprawie. Pamiętać przy tym należy o powszechnie akceptowanej, także przez TSUE i Krajową Izbę Odwoławczą, zasadzie, że przesłanki te należy czytać „ściśle”, zawężająco, co zasadniczo oznacza, iż jeśli taka podstawa wykluczenia nie wynika wprost z przesłanki, nie może być „wyinterpretowana”.

W ocenie przystępującego podobnie rzecz ma się z ewentualną podstawą odrzucenia oferty. Jeśli chodzi o katalog sytuacji, w której może mieć to miejsce, zawarty został on w art. 226 ustawy. Nie powinno budzić wątpliwości, że żadna z opisanych w przepisie okoliczności nie ma miejsca w tej sprawie. Sam odwołujący nie powołuje ani ustawy, ani konkretnego przepisu, z którego wynikać miałyby, że oferta jest nieważna lub niezgodna z jakimkolwiek przepisami. Z żadnego z przywołanych przepisów wprost nie wskazano na taką okoliczność. Brak jest zatem podstaw do wykluczenia lub odrzucenia oferty przystępującego.

Toscelik przedłożył w terminie wymagane przez zamawiającego dokumenty.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego w zakresie dotyczącym braku złożenia przez przystępującego w terminie określonym przez zamawiającego dokumentów rejestrowych (w ramach procedury uzupełniającej), stwierdził, że argumentacja przedstawiona w tym zakresie pozbawiona jest jakichkolwiek podstaw.

Na wstępie podkreślenia wymaga, że odwołujący - najpewniej celowo - w ogóle błędnie odczytał wezwanie zamawiającego, które jest jasne i nie pozostawia wątpliwości, co do swojej treści. W tym kontekście zauważenia wymaga, że zamawiający w wezwaniu z dnia 1 lutego 2024 roku wprawdzie wezwał przystępującego do przedłożenia pełnomocnictwa i odpowiednika z KRS, niemniej jednak drugi dokument miał zostać złożony, o ile z niego wynikać będzie bezpośrednio umocowanie do podpisania oferty przez p. D.C.. Można powiedzieć zatem, że miał być to dokument alternatywny w stosunku do pełnomocnictwa. Potwierdza to następujący fragment wezwania, który w tym miejscu przystępujący zamieścił.

Nie chodziło zatem o jakikolwiek odpowiednik KRS (Okólnik podpisów lub tzw. Gazetkę), ale z którego wynika umocowanie do podpisania oferty przez ww. osobę. Dokument, który wskazywał bowiem osoby do reprezentacji jako taki został złożony (przy pełnomocnictwie p. B.). Nie wynikało jednak z niego, że osoba ta jest umocowania do reprezentacji przystępującego.

Już tylko te okoliczności, które odwołujący całkowicie pomija w swoim odwołaniu, (nawet gdyby przyjąć słuszność argumentacji Odwołującego, że Zamawiający przedłużył wyłącznie termin w zakresie pełnomocnictwa, a nie odpowiednika KRS), uzasadniają oddalenie przedmiotowego zarzutu. Nie jest bowiem tak, że Toscelik w ogóle nie

przedłożył odpowiednika KRS. Nie przedłożył odpowiednika KRS, gdyż przedłożył pełnomocnictwo, z którego wynika umocowanie do reprezentacji przystępującego przez p. B.. Odpowiednik KRS, z którego taka reprezentacja nie wynika, został natomiast złożony wraz z ofertą.

Niezależnie od tego, także w zakresie terminu, jaki wyznaczył zamawiający przystępującego, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Przystępującego - nie ulega żadnej wątpliwości, że zamawiający jako gospodarz postępowania - po pierwszy - zobowiązany jest do prawidłowego i zgodnego z przepisami prawa przeprowadzenia postępowania, w tym rozwiania wszelkich wątpliwości, o ile takie się pojawiły w kontekście oferty wykonawcy.

Powyższe potwierdza orzecznictwo Izby. Przykładowo w wyrok z dnia 29 stycznia 2014 roku (sygn. KIO 64/14).

Konsekwencją powyższego stanu rzeczy jest to, że jedynym podmiotem uprawnionym do wyznaczenia terminu na podjęcie w postępowaniu danej czynności (np. uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych lub uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy) jest wyłącznie zamawiający. W tym zakresie jego swoboda ulega ograniczeniu wyłącznie na podstawie obowiązujących przepisów ustawy, takich jak chociażby art. 128 ust. 1 ustawy, który stanowi, że: „Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. To zamawiający „wyznacza” termin na złożenie m.in. innych dokumentów/ uzupełnienie dokumentów czy też przedłożenia wyjaśnień. Jest to zasadniczo jego suwerenna decyzja.

W niniejszej sprawie bezspornym między stronami jest to, że w piśmie z dnia 19 lutego 2024 roku zamawiający wyraził zgodę na złożenie wyjaśnień i uzupełnienie pełnomocnictwa do dnia 26 lutego 2024 roku. Wątpliwości odwołującego budzi kwestia przedłużenia terminu w zakresie odpowiednika KRS. Przystępujący zaznaczył, że zamawiający w obu wypadkach posłużył się liczbą mnogą („wyjaśnień”, „uzupełnień”), na co wskazuje zresztą sam odwołujący (przez podkreślenie odpowiedniego fragmentu na stronie 21 odwołania). Co więcej, wbrew temu, co twierdzi odwołujący (cytując pismo zamawiającego dość wybiórczo) samo sformułowanie „jak poniżej” nie odnosi się do dokumentów czy wyjaśnień (wskazania, jakie konkretnie wyjaśnienia/ dokumenty należy złożyć), ale sposoby ich przedłożenia, a także terminu. Jest to szczególnie istotne w zakresie tej drugiej kwestii - zamawiający bowiem dokonał zmiany w tym przedmiocie. Nie zgodził się na termin, o który wnioskował przystępujący (28.02), ale wyznaczył go sam (26.02). W tym miejscu przystępujący zacytował treść pisma z 19 lutego 2024 r.

Przystępującemu trudno ocenić, na jakiej podstawie odwołujący przyjął, że nie został przystępującemu przedłużony termin na odpowiedź na wezwanie. Przeczy temu zarówno wskazana liczba mnoga i odniesienie się wprost do wyjaśnień w odpowiedzi zamawiającego (przede wszystkim), jak i powszechna praktyka w takich sytuacjach.

W ocenie przystępującego nie ulega wątpliwości, że sposób sformułowania przez zamawiającego treści pisma z dnia 19 lutego 2024 roku jednoznacznie potwierdza, że zamawiający przedłużył termin na złożenie „wyjaśnień i uzupełnień” w pełnym wymaganym przez niego zakresie, a nie tylko dokumentu pełnomocnictwa.

Ponadto, przystępujący zwrócił uwagę, że wezwanie do złożenia pełnomocnictwa oraz dokumentów rejestrowych zostało skierowane przez zamawiającego w ramach jednego (od strony formalno-prawnej) pisma. W piśmie tym został określony jeden, wspólny termin na złożenia całości dokumentów objętych rzeczonym wezwaniem. Nie sposób więc uznać, że Przystępujący był zobowiązany do złożenia ww. dokumentów w różnych terminach. Takie twierdzenia nie znajdują żadnego odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania.

W końcu podkreślenia wymaga, że gdyby nawet uznać, że przystępujący zawniósł wyłącznie o przedłużenie terminu na przedłożenie pełnomocnictwa, zamawiający sam, jak już wskazano powyżej, jeszcze przed upływem stosownego terminu, wskazał, iż przedłuża termin na złożenie wyjaśnień i uzupełnień. Nawet zatem gdyby przyjąć, że pierwotną intencją przystępującego było tylko przedłużenie terminu w zakresie pełnomocnictwa (czemu jednocześnie Toscelik przeczy), zamawiający przedłużył termin w zakresie „uzupełnień i wyjaśnień”. Trudno w takiej sytuacji, literalnego wskazania przez zamawiającego, że przedłuża termin „w całości”, obciążać wykonawcę, że zastosował się do niego.

Przystępujący uważa zatem, że złożył wszystkie wymagane przez zamawiającego dokumenty w określonym terminie, natomiast argumentacja zaprezentowana przez odwołującego nie znajduje potwierdzenia w zaistniałym stanie faktycznym i jest sprzeczna z zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przystępujący nie powierzył całości przedmiotu zamówienia do wykonania podwykonawcy, złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu.

Przystępujący zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 462 ust. 1 ustawy sam fakt możliwości posłużenia się podwykonawcą celem wykonania zamówienia, z punktu widzenia przepisów ustawy nie budzi zasadniczych wątpliwości. W ramach przedmiotowej sprawy spornym pozostaje co do zasady zakres, w jakim powierzono podwykonawcy realizację zamówienia.

Ustawodawca (zarówno krajowy jak i unijny) nie zdecydował się na zdefiniowanie pojęcia „części” zamówienia przez odwołanie się do określonego procentu zakresu całego zamówienia, co oznacza, że pozostawił on wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia swobodę w kształtowaniu relacji z potencjalnymi podwykonawcami. W ocenie Toscelik „częścią” zamówienia na usługi, dostawy lub roboty budowlane jest wyodrębniony fragment wykonywanych usług, dostaw lub robót, rozumiany jako część zakresu zamawianego świadczenia. W tym miejscu przystępujący powołał stanowiska doktryny, co do dopuszczalności podwykonawstwa i jego pozytywnego wpływu na konkurencyjność postępowań.

Udział podwykonawców w realizacji zamówień publicznych i korzystanie z ich zasobów w toku realizacji zamówienia ma zatem niebagatelne znaczenie i jest jednym z najważniejszych uprawnień wykonawców. Wszelkie ograniczenia tego (podobnie zresztą jak i innych) prawa wykonawców mogą być wdrażane jedynie poprzez skorzystanie z mechanizmów przewidzianych przez ustawę. Mechanizmy takie zostały określone m.in. w art. 121 ustawy oraz art. 462 ust. 5 ustawy (przez wprowadzenie zastrzeżenia kluczowych części zamówienia lub obowiązku badania podwykonawców, innych niż podmiot udostępniający zasoby, pod względem nie podlegania wykluczeniu na podstawie art. 108 i 109 ustawy). Zamawiający nie zastosował ich w tym postępowaniu.

Powyższe zdaje się marginalizować odwołujący, który w swoim odwołaniu pomija milczeniem treść przytoczonych powyżej przepisów, jak i daleko idące skutki braku ich zastosowania przez zamawiającego w postępowaniu. Odwołujący skupia się wyłącznie na przywołaniu korzystnych dla niego (z punktu procesowego) wyroków i interpretacji przepisów ustawy, które nie oddają pełnego obrazu sytuacji.

Przedstawił również rozbieżne poglądy orzecznictwa i doktryny, co do dopuszczalności stosowania 100% podwykonawstwa, jednocześnie podkreślając, że nie dotyczy to jego oferty. Podkreślił, że zgodnie z treścią orzecznictwa TSUE nie budzi wątpliwości, że źródłem obowiązków (informacji o nich) dla wykonawców mogą być wyłącznie przepisy prawa lub treść dokumentacji postępowania, a nie orzecznictwo krajowe (czy nawet zewnętrzne w stosunku do dokumentacji postępowania źródła).

W tym kontekście zwrócił uwagę na postanowienie z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil et Saferoad Kabex,

Jeśli chodzi o zakres pochodzenia produktów z UE, do czego w Formularzu Ofertowym odniósł się Toscelik (o czym poniżej), wskazano wyłącznie, że:

Zamawiający zastrzega wymóg udziału produktów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE, w udziale przekraczającym 50%.

Stosownie co art. 393 ust. 1 pkt 4 ustawy zamawiający informuje, iż odrzuci ofertę, w której ten udział nie przekracza 50%.

Zamawiający w żadnym miejscu SWZ nie wskazał natomiast, że odrzuci oferty, w których udział produktów z państw członkowskich UE przekroczy 50% (w tym wyniesie 100%). 1

Przedstawiona powyżej argumentacja ma wyłącznie charakter subsydiarny i stanowi odpowiedź na argumentację prezentowaną przez odwołującego.

Kluczowe jest jednak, że dyskusja na temat dopuszczalności zlecenia całości zamówienia podwykonawcom nie powinna być prowadzona na gruncie postępowania

Przystępujący nie zamierza zlecić całości zamówienia podwykonawcom. Z przepisów ustawy nie wynika natomiast jaka procentowo lub kwotowo część zamówienia może zostać powierzona podwykonawcy.

Powyższe ma również za zadanie unaocznić odwołującemu, że istnieją różne stanowiska (w tym Urzędu Zamówień Publicznych), co do możliwości powierzenia zamówienia (w tym w przedmiocie jego zakresu) podwykonawcom. Przystępujący odnosi bowiem wrażenie, że odwołujący analizując jego ofertę oraz treść złożonych wyjaśnień nie wziął pod uwagę całokształtu sprawy, opierając swoje tezy wyłącznie na pobieżnej, wręcz dowolnej analizie przepisów, orzeczeń i literatury z czym stanowczo nie można się zgodzić.

Zarzut odwołania dotyczący powierzenia w 100% realizacji zamówienia podwykonawcy zasadza się na twierdzeniu, że przystępujący tej kwestii nie wyjaśnił zamawiającemu w terminie (z uwagi na brak przedłożenia wyjaśnień). Dlatego też należałoby przyjąć, że Toscelik zamierza powierzyć 100% realizacji zamówienia podwykonawcy. Jak już wskazano powyżej, po pierwsze, nieprawdą jest, że przystępujący nie złożył wyjaśnień w terminie (nota bene, zarzut sformułowany w petitum w ogóle nie odnosi się do tej kwestii, a jedynie do braku przedłożenia odpowiednika KRS). Po drugie, trudno stwierdzić na podstawie czego odwołujący dochodzi do takich wniosków. W samym Formularzu Oferty nie wskazano bowiem powierzenia 100% realizacji zamówienia przez podwykonawcę, ale że udział produktów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej wyniesie 100%. W tym miejscu przystępujący zacytował treść pkt. 4 i 5 złożonej przez siebie oferty.

Udział produktów z państw UE, a podzlecenie w 100% zamówienia to dwie różne kwestie, co też zostało przez

przystępującego wyjaśnione zamawiającemu

Przystępujący zamierza wykonać samodzielnie część zamówienia.

Na stronie 24 odwołania odwołujący przytoczył treść jednego z pism złożonych przez przystępującego, w którym wyraźnie wskazano, że Toscelik „zamierza korzystać z podwykonawcy SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBL (STS) S.L. m.in. w Części 4 w zakresie jak to wskazano w Formularzu (dostarczenia odpowiedniej ilości produktów), nie oznacza, iż podwykonawca ten wykona umowę (zamówienie) w całości, a jedynie część zamówienia związana z wyprodukowaniem produktu. Część kontraktu, jak m.in. transport towaru do Polski, czynności logistyczno-administracyjne, transport towaru do miejsc wskazanych przez zamawiającego, rozliczenie umowy i inne możliwe będą realizowane przez wykonawcę, który będzie ponosił odpowiedzialność za należyte wykonanie umowy. Udział towarów nie wynosi zatem 100% wartości przedmiotu umowy”.

Z treści złożonych wyjaśnień (znanych odwołującemu) wynika zatem wprost, że przystępujący nie zamierza zlecić wykonania całości przedmiotu zamówienia osobom trzecim (podwykonawcom). Wskazana wartość 100% odnosi się bowiem - jak już o tym wspomniano powyżej - do ilości produktów pochodzących z UE.

Przystępujący natomiast zamierza wykonać samodzielnie część zamówienia polegającą m.in. 1) transporcie towaru do Polski, co wymaga przy danej ilości towaru zapewnienia odpowiedniej spedycji, 2) podjęciu czynności logistyczno-administracyjnych związanych z wykonaniem zamówienia, 3) transport towaru do miejsc wskazanych przez zamawiającego, 4) czynności związanych z rozliczeniem umowy o wykonanie zamówienia.

Przystępujący będzie również odpowiedzialny za zabezpieczenie towaru, jego natychmiastową wymianę w przypadku stwierdzenia wad lub usterek czy też ponoszenie innych opłat związanych z jego składowaniem. Przykładowo wskazał, że koszt transportu materiałów (w tym tych objętych przedmiotem zamówienia) w ciągu całego roku ulega znacznym wahaniom uzależnionym od koniunktury na rynku spedycyjnym - koszty te nie są więc w skali całej oferty bagatelne, a musiały zostać ujęte w ofercie każdego wykonawcy.

Zamawiający w treści SWZ wyraźnie zaznaczył, że „W związku z obowiązkiem realizacji dostaw na warunkach zgodnych ze standardem INCOTERMS 2020 DDP, Wykonawcy mający siedzibę poza terytorium Unii Europejskiej obowiązani są wskazać w ofercie cenę z uwzględnieniem stawki podatku od towarów i usług w ustawowej wysokości obowiązującej w Polsce”.

W ramach opracowania pn. „Incoterms - międzynarodowe warunki sprzedaży” dostępnego pod adresem wskazano, że „DDP Delivered Duty Paid (dostarczone cło opłacone) - oznacza, że sprzedający dostarcza towary do kupującego, gdy towary są pozostawione do dyspozycji kupującego, odprawione w imporcie, na przybywających środkach transportu, gotowe do wyładunku w oznaczonym miejscu przeznaczenia lub w uzgodnionym punkcie w obrębie tego miejsca, jeżeli taki punkt został uzgodniony. Sprzedający ponosi wszelkie ryzyko związane z dostarczeniem towarów do oznaczonego miejsca przeznaczenia lub do uzgodnionego punktu w obrębie tego miejsca. W regule DDP dostawa i przybycie do miejsca przeznaczenia są zatem takie same”.

Powyższe znajduje potwierdzenie m.in. w treści umowy ramowej (par. 7 pkt 11): Wykonawca zrealizuje dostawy przedmiotu umów częściowych na swój koszt (z zastrzeżeniem postanowień par. 6 A) i ryzyko odpowiednim środkiem transportu na warunkach zgodnych ze standardem INCOTERMS 2020 DDP wraz z rozładunkiem w miejscu dostawy oraz uzyska wszelkie dokumenty niezbędne go legalnego transportu przedmiotu umów częściowych do miejsca ich dostawy. Wykonawca odpowiedzialny jest za dobór właściwego środka transportu i wybór właściwych dróg dojazdowych do miejsc składowych, w szczególności przy uwzględnieniu ograniczeń w ruchu wynikających z krajowych lub lokalnych przepisów prawa.

Co więcej, zobowiązaniom wykonawców ponad samo wytworzenie rur, zamawiający dał wyraz również w treści umowy - zarówno ramowej, jak i na to konkretne zamówienie (umowa częściowa). Wynika to już z samego opisu przedmiotu zamówienia, gdzie właśnie obok „wyprodukowania” odpowiedniej ilości rur, wskazano również na „dostarczenie” w stosownym terminie oraz miejscu.

§2 Przedmiot Umowy Częściowej

1. Zamawiający zamawia, a Wykonawca zobowiązuje się do wyprodukowania, sprzedaży i dostarczenia na rzecz zamawiającego fabrycznie nowych rur na potrzeby inwestycji których parametry techniczne, ilości, terminy oraz miejsca dostawy określono w załączniku nr 1 - Opis Przedmiotu Zamówienia („Przedmiot Umowy”).

Ponadto, na to, jak istotny jest transport w ramach tego zamówienia (jako czynności do zorganizowania i wykonania), wskazują także dalsze postanowienia umowy, w szczególności te, z których wprost wynika, że część wynagrodzenia wykonawców związana jest właśnie z wykonaniem usługi transportu. Przykładowo warto wskazać na postanowienie wskazujące na koszty transportu jako składową ceny, która może ulec zmianie:

3) wynagrodzenie na pokrycie dodatkowych kosztów ewentualnego transportu do alternatywnych miejsc dostawy Rur (wyliczonych w oparciu o § 6A Umowy Ramowej): którego wysokość nie przekroczy kwoty PLN netto (1% wartości wskazanej w § 3 ust. 2 pkt 1).

Podobnie:

2. Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany postanowień Umowy Częściowej w stosunku do treści oferty złożonej w Postępowaniu Wykonawczym, w zakresie zwiększenia wysokości kwoty określonej w § 3 ust. 2 pkt 3) Umowy Częściowej, w przypadku gdy jej wartość jest niewystarczająca na pokrycie dodatkowych kosztów transportu do alternatywnych miejsc dostaw, o których mowa w § 6A Umowy Ramowej. Wzrost wysokości kwoty określonej w § 3 ust. 2 pkt 3) Umowy Częściowej może wynieść maksymalnie wartość brakującej kwoty niezbędnej do rozliczenia dodatkowych kosztów transportu do alternatywnych miejsc dostaw.

W końcu w umowie tej nie pomija się równie innych czynności, które musi zrealizować na rzecz zamawiającego wykonawca, tj. m.in. zgodnych ze wspomnianymi warunkami sprzedaży Incoterms (dostarczone cło opłacone) czynności skarbowo-celnych (odprawa, cło etc.).

4. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 pokrywa wszelkie koszty i roszczenia Wykonawcy z tytułu wykonania Przedmiotu Umowy Częściowej (z zastrzeżeniem ust. 3). Wynagrodzenie za Rury, o którym mowa w § 3 ust. 2 pkt 1 obejmuje w szczególności wszelkie cła, którymi mogą być objęte.

Z powyższego wynika więc wprost, że wykonawca zamówienia jest zobowiązany nie tylko do pozyskania niezbędnego asortymentu, lecz również poniesienia wszelkich opłat związanych m.in. z jego transportem i rozładunkiem. Ponadto, na gruncie obowiązujących w postępowaniu Intercoms, wykonawca ponosi wszelkie ryzyka związane z dostarczeniem towaru do czasu jego rozładunku - oznacza to, przynajmniej dla profesjonalisty, że musi on zapewnić ubezpieczenie całego asortymentu od kradzieży, zniszczeń itp., co musi zostać uwzględnione w cenie ofertowej. Innymi słowy na przedmiot świadczenia w ramach postępowania składa się nie tylko sam materiał (sensu stricte), lecz również szereg innych czynności, których podjęcie jest niezbędne do terminowego i należytego wykonania przedmiotu zamówienia, w tym ich dostawa (zorganizowanie transportu, wykonanie tego transportu etc.), załatwienie wszystkich czynności administracyjno-prawnych (celno-skarbowych) i inne.

Odwolujący pominął milczeniem szereg czynności i działań, które (co jest bezsporne) składają się na cały zakres przedmiotu przyszłego świadczenia. Jeżeli odwołujący twierdzi inaczej, to może to jedynie oznaczać, że nie skalkulował on w swojej ofercie ww. pozycji, co z kolei może świadczyć wyłącznie o niezgodności jego oferty z warunkami zamówienia. Jeżeli przedmiotem zamówienia (100%) jest jedynie nabycie (wyprodukowanie) określonych rur, tak ja zdaje się twierdzić odwołujący, to należy przez to rozumieć, że w jego ofercie nie zostały ujęte inne, kluczowe elementy cenotwórcze. Takie działanie byłoby jednak sprzeczne nie tylko z warunkami zamówienia, lecz również zasadami kalkulacji tego typu zamówień, w szczególności gdy weźmiemy pod uwagę zastosowany wariant dostawy asortymentu.

Elementy cenotwórcze wskazane przez przystępującego, które zamierza samodzielnie wykonać, są istotną i znaczącą częścią zamówienia. W żadnym wypadku nie można powiedzieć, że mają one charakter marginalny, bagatelny - co ewentualnie pozwalałoby na uznanie, że całość zamówienia ma zostać powierzona podwykonawcy (co jest w realiach tej sprawy nieprawdą i dużym nadużyciem). Już z tego zatem powodu odwołanie powinno zostać oddalone.

Ponadto, skoro ustawodawca nie określił (procentowo czy też kwotowo) minimalnego poziomu zaangażowania wykonawcy w osobiste wykonanie prac składających się na przedmiot zamówienia to ustalenie, że przystępujący wykona wskazane powyżej czynności samodzielnie przekreśla całkowicie możliwość uznania, że całość zamówienia zostanie zlecona podwykonawcom. Odwołujący dopuszcza się w tym zakresie rażącej nadinterpretacji przepisów ustawy.

Toscelik nie prowadził z zamawiającym negocjacji.

Odnosząc się do zarzutu prowadzenia pomiędzy zamawiającym a przystępującym niedozwolonych negocjacji przystępujący wskazał, że w postępowaniu taka sytuacja nigdy nie miała miejsca.

Odwolujący dopatruje się rzekomych negocjacji treści oferty w prowadzeniu przez zamawiającego procedury wyjaśniającej, która miała na celu rozwianie wątpliwości powstałych w toku oceny oferty złożonej przez przystępującego - w żadnym jednak wypadku nie doprowadziła do zmiany treści oferty złożonej przez przystępującego lub jej innej, niedozwolonej modyfikacji.

Przystępujący powołał wyrok Izby z dnia 11 stycznia 2021 roku (sygn. KIO 3353/20), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 września 2020 roku, sygn. KIO 2017/20, wyrok KIO z 4 sierpnia 2017 r., sygn. akt: wyroku KIO z 2 lipca 2019 r., sygn. akt: KIO 1082/19, wyrok KIO z 17 lipca 2018r., sygn. akt: 1304/1, wyrok z dnia 18 maja 2021 roku, sygn. KIO 991/21).

Innymi słowy, zakres prac, który może zostać powierzony podwykonawcom, ma w postępowaniu charakter wyłącznie informacyjny. Nie jest to więc informacja znacząca, w szczególności taka, która mogłaby podlegać jakimkolwiek negocjacjom (nie stanowi ona treści oferty, a zatem nie mamy do czynienia z negocjacjami oferty w tym zakresie).

Przystępujący w treści formularza ofertowego oraz na etapie składanych wyjaśnień jednoznacznie informował zamawiającego, że dostawcą asortymentu (a więc podwykonawcą zamówienia) będzie SOLUCIONES TUBULARE SOSTENIBLES (STS) S.L. Oświadczenie to nigdy nie zostało zmienione lub cofnięte przez przystępującego w tok postępowania - por wyciąg z oferty przystępującego Część 4, gdzie przystępujący wskazał nazwę zakładu

produkcyjnego, jego lokalizację i udział produktów względem zakresu przedmiotu zamówienia.

Informacja na temat osoby podwykonawcy zamówienia była konsekwentnie podtrzymywana przez przystępującego w toku trwania procedury wyjaśniającej prowadzonej w oparciu o art. 223 ust. 1 ustawy. Nie jest więc tak, jak zdaje się twierdzić odwołujący, że w jednym piśmie przystępujący oświadcza, że nie ma zamiaru korzystać z podwykonawcy, a w następnym stwierdza, że jednak jest inaczej.

Odnosząc się do twierdzeń odwołującego jakoby przystępujący nie przedłożył zamawiającemu żądanych przez niego dokumentów dotyczących podwykonawcy należy wskazać, że nigdy nie był on do tego zobowiązany.

Po pierwsze, zgodnie z art. 462 ust. 5 ustawy „W przypadkach, o których mowa w ust. 2 i 3 oraz ust. 4 pkt 1, zamawiający może badać, czy nie zachodzą wobec podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 i art. 109, o ile przewidział to w dokumentach zamówienia. Wykonawca na żądanie zamawiającego przedstawia oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe dotyczące tego podwykonawcy”.

Zamawiający nie zdecydował się na wprowadzenie powyższego obowiązku do treści dokumentów zamówienia: ergo - należy uznać, że żaden z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie był zobowiązany do ich przygotowania i zabezpieczenia na etapie składania oferty. Taki wymóg, wyartykułowany przez zamawiającego na etapie trwania postępowania, jako nieznajdujący oparcia w przepisach prawa, nie mógł być więc żadną podstawą do podjęcie względem przystępującego jakichkolwiek negatywnych czynności, np. w postaci odrzucenia złożonej przez niego oferty. Trudno też mówić o prowadzeniu w tym zakresie negocjacji.

Po drugie, zgodnie z § 5 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 roku w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy „Zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 i 3-7 oraz ust. 2, dotyczących podwykonawców niebędących podmiotami udostępniającymi zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy, potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podwykonawców podstawy wykluczenia z postępowania. Przepis § 3 stosuje się odpowiednio.” Również i w tym wypadku zamawiający nie zdecydował się na wprowadzenie do dokumentów zamówienia obowiązku przedłożenia podmiotowych środków dowodowych - oznacza to, że jego wezwanie w tym zakresie również było pozbawione podstawy prawnej. Przede wszystkim było zaś irrelevantne z punktu widzenia rozstrzygnięcia postępowania.

Skoro przystępujący nie był zobowiązany do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych dotyczących podwykonawcy to nie można mu czynić zarzutu, że nie złożył tych dokumentów. Tym bardziej nie można twierdzić, że prowadził z zamawiającym negocjacje - respektowanie przepisów prawa nie jest przejawem zachowania, które pozwala na uznanie go za próbą zmiany treści oferty.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ, wyjaśnień treści SWZ, złożonych ofert, informacji o wyniku postępowania w cz. 1, 2, 3 i zawartych umów, wezwań i odpowiedzi w części 4 skierowanych do Toscelik, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 4.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 6 grudnia 2023 r. zamawiający skierował zaproszenie do:

1. Borusan Mannesmann Boru Sanayi ve Ticaret A.Ş. Turcja
- 2 FERRUM S.A. Katowice
- 3 IZOSTAL S.A. Kolonowskie
- 4 NOKSEL Celik Boru Sanayi A.S. Turcja
- 5 TOSÇELİK SİRAL BORU ÜRETİM SANAYİ A.Ş. Turcja
- 6 Pan Janusz Gaczyński, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „UNISSET - Rudy Stalowe – Steel Pipes Janusz Gaczyński” Słupsk
- 7 CORINTH PIPEWORKS INDUSTRY SINGLE MEMBER SA (CORINTH PIPEWORKS SA) Grecja

o treści:

na podstawie art. 389 ust. 2 ustawy zamawiający, ponownie poddaje zamówienie konkurencji między wykonawcami będącymi stroną zawartej umowy ramowej z dnia 28 września 2022 r. i zaprasza wykonawców do składania ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający przekazał Specyfikację Warunków Zamówienia.

Z SWZ wynika, że:

Zawarto następujące definicje:

- „Umowie Ramowej” – należy przez to rozumieć umowę z dnia z dnia 28 września 2022 r. o numerze 1000041464 zawartą między Zamawiającym a Wykonawcą.
- „Wykonawcy” – należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą

osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie Zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie Zamówienia.

• „Zamówieniu” – należy przez to rozumieć zamówienie objęte Umową Ramową, którego przedmiot został określony w Rozdziale III Specyfikacji.

Przedmiotowe Postępowanie prowadzone jest w oparciu o obiektywne zasady i kryteria określone w Umowie Ramowej, i obejmuje ponowne poddanie Zamówienia konkurencji między Wykonawcami będącymi stroną zawartej Umowy Ramowej, zgodnie z art. 389 ust. 2 Ustawy.

III. 1. Przedmiotem Zamówienia jest rur stalowych na potrzeby realizacji zadania „Budowa gazociągu DN 700 MOP 8,4 MPa Węzłów – Przewóz wraz z infrastrukturą towarzyszącą”.

7. Zamawiający zastrzega wymóg udziału produktów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE, w udziale przekraczającym 50%.

8. Stosownie do art. 393 ust. 1 pkt 4 Ustawy Zamawiający informuje, iż odrzuci ofertę, w której udział produktów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE, nie przekracza 50%.

IV. OPIS CZĘŚCI ZAMÓWIENIA

1. Zamawiający dopuszcza składanie ofert Częściowych. Wykonawca może złożyć ofertę w odniesieniu do jednej lub wszystkich Części. Zamawiający nie ogranicza maksymalnej liczby Części Zamówienia, na które może zostać udzielone Zamówienie jednemu Wykonawcy.

2. Przedmiot Zamówienia został podzielony na 4 (słownie: cztery) Części:

1. Część 1 (stanowiąca nawiązanie do zakresu Części 2 wskazanej w Umowie Ramowej): dostawa izolowanych zewnętrznie i malowanych wewnętrznie rur stalowych do rurociągowych systemów transportowych spełniających wymagania poziomu PSL2 zgodnie PN-EN ISO 3183 „Przemysł naftowy i gazowniczy. Rury stalowe do rurociągowych systemów transportowych”,

2. Część 2 (stanowiąca nawiązanie do zakresu Części 2 wskazanej w Umowie Ramowej): dostawa izolowanych zewnętrznie i malowanych wewnętrznie rur stalowych do rurociągowych systemów transportowych spełniających wymagania poziomu PSL2 zgodnie PN-EN ISO 3183 „Przemysł naftowy i gazowniczy. Rury stalowe do rurociągowych systemów transportowych”,

3. Część 3 (stanowiąca nawiązanie do zakresu Części nr 4 wskazanej w Umowie Ramowej): dostawa izolowanych zewnętrznie rur osłonowych wykonanych według normy PN-EN 10219-1 / PN-EN 10219-2 „Kształtowniki zamknięte ze szwem wykonane na zimno ze stali konstrukcyjnych niestopowych i drobnziarnistych”,

4. Część 4 (stanowiąca nawiązanie do zakresu Części 3 wskazanej w Umowie Ramowej): dostawa izolowanych zewnętrznie i malowanych wewnętrznie rur stalowych do rurociągowych systemów transportowych spełniających wymagania poziomu PSL2 zgodnie PN-EN ISO 3183 „Przemysł naftowy i gazowniczy. Rury stalowe do rurociągowych systemów transportowych”.

VI. Informacje o przedmiotowych środkach dowodowych

1. Zamawiający żąda złożenia następujących przedmiotowych środków dowodowych:

1) Oświadczenie Wykonawcy potwierdzające spełnienie wymogu określonego w Rozdziale III ust. 7 SWZ. Wzór oświadczenia Zamawiający określił w punkcie 4 Formularza „Oferta” (Załącznik nr 3 do SWZ),

2) Oświadczenie Wykonawcy określające lokalizację zakładów produkcyjnych oraz udział ich produktów na potwierdzenie spełnienia wymogu określonego w Rozdziale III ust. 7 SWZ. Wzór oświadczenia Zamawiający określił w punkcie 5 Formularza „Oferta” (Załącznik nr 3 do SWZ).

XVII. Informacje o kryteriach, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty

1. Kryteria oceny ofert:

Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami:

1) Kryterium oceny ofert „C”: „Cena całkowita brutto oferty” – waga 95%.

Liczba uzyskanych punktów zostanie obliczona według wzoru: $C = \text{Najniższa cena całkowita brutto spośród złożonych ofert} \times \text{Cena całkowita brutto oferty badanej} \times 95 \text{ pkt}$

2) Kryterium oceny ofert „P”: „Pochodzenie produktu” – waga 5%.

Liczba uzyskanych punktów zostanie obliczona na podstawie wskazanego w ofercie udziału produktów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE według następujących zasad:

– Udział w przedziale od 50,01% do 50,99%: 0 pkt.

- Udział w przedziale od 51% do 59,99%: 1 pkt.
- Udział w przedziale od 60% do 69,99%: 2 pkt.
- Udział w przedziale od 70% do 79,99%: 3 pkt.
- Udział w przedziale od 80% do 89,99%: 4 pkt.
- Udział w przedziale od 90% do 100%: 5 pkt.

Na potwierdzenie spełnienia kryterium „P” Zamawiający żąda wskazania lokalizacji zakładów produkcyjnych oraz udziału ich produktów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE względem zakresu przedmiotu zamówienia.

8. Przed podpisaniem Umowy Częściowej Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, jest obowiązany dostarczyć Zamawiającemu aktualne dokumenty potwierdzające, że wytwórca/producent oferowanych rur stosuje:

- a) Certyfikat Systemu Zarządzania Jakością zgodnie z PN-EN ISO 9001 lub równoważny, w zakresie wytwarzania rur stalowych.
- b) Certyfikat Systemu Zarządzania Jakością w spawalnictwie wg PN-EN ISO 3834-2 (wymagania pełne) lub równoważny.
- c) Uprawnienie UDT do wytwarzania rur stalowych, jeżeli obowiązujące prawo tego wymaga.

W dniu 29 stycznia 2024 r. zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą w Części 1 postępowania ofertę złożoną przez Wykonawcę: IZOSTAL S.A. z siedzibą w Kolonowskim, odwołujący zajął V miejsce w rankingu ofert, na III miejscu znalazł się Noksel, a na IV Toscelik. Umowa została zawarta w dniu 4 marca 2024 r.

W dniu 29 stycznia 2024 r. zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą w Części 2 postępowania ofertę złożoną przez Wykonawcę: FERRUM S.A. z siedzibą w Katowicach, odwołujący zajął V miejsce w rankingu ofert, na III miejscu znalazł się Noksel, a na IV Toscelik. Umowa została zawarta w dniu 6 marca 2024 r.

W dniu 29 stycznia 2024 r. zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą w Części 3 postępowania ofertę złożoną przez Wykonawcę: FERRUM S.A. z siedzibą w Katowicach, odwołujący nie złożył oferty na tę część, na II miejscu znalazł się Noksel, a na III Toscelik. Umowa została zawarta w dniu 6 marca 2024 r.

Oferta Toscelik:

4. OŚWIADCZAMY, iż udział produktów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE, przekracza 50%.

5. Na potwierdzenie oświadczenia złożonego w pkt 4, wskazujemy lokalizację zakładów produkcyjnych oraz udział produktów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE względem zakresu przedmiotu zamówienia:

Część 4:

L.p. Nazwa (firma) zakładu produkcyjnego Lokalizacja zakładu produkcyjnego (ulica, numer budynku, miejscowość, kraj)
 1 SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. C/ GASTEIZBIDE S/N, 01240 Alegria-Dulantzi, Álava, Hiszpania
 Udział produktów względem zakresu przedmiotu zamówienia [%]a - 100%

8. ZAMÓWIENIE ZAMIERZAMY ZREALIZOWAĆ sami* / przy udziale następujących podwykonawców*:

(w zakresie Części nr):

a) (nazwa [firma] podwykonawcy, jeżeli jest znana),
 część zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy, ;

b) (nazwa [firma] podwykonawcy, jeżeli jest znana),
 część zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy,

Uwaga:

W przypadku braku skreślenia i niewypełnienia pola, Zamawiający uzna, że Wykonawca nie powierzy podwykonawcom wykonania zakresu oferowanego Zamówienia.

W dniu 1 lutego 2024 r. zamawiający wezwał Toscelik do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów złożonych w postępowaniu:

I. Zgodnie z rozdziałem XIV ust. 8 i 11 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ), jeżeli w imieniu wykonawcy działa osoba, której umocowanie do jego reprezentowania nie wynika z dokumentów, o których mowa w rozdziale XIV ust. 6, Zamawiający żąda od wykonawcy dołączenia do oferty pełnomocnictwa lub innego dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania wykonawcy. Pełnomocnictwa złożone wraz z ofertą upoważniające do jej podpisania muszą być przedstawione w formie elektronicznej, tj. w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Wykonawca wraz z ofertą złożył m.in. pełnomocnictwo udzielone Panu D.C. z dnia 28 grudnia 2023 r. Zamawiający

ustalił, że rzeczony pełnomocnictwo stanowi cyfrowe odwzorowanie z dokumentem w postaci papierowej, a także, że poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania dokonał Pan D.C. poprzez opatrzenie dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Innymi słowy czynność poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej dokonał pełnomocnik, który nie może być utożsamiany z mocodawcą mimo posiadanego umocowania w szczególności do składania ofert, podpisywania ofert oraz załączników do nich, tj. czynność ta jest sprzeczna z treścią przywołanych powyżej przepisów rozporządzenia w zakresie osoby poświadczającej zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej. Mając na uwadze powyższe, działając na podstawie na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Zamawiający wzywa do uzupełnienia pełnomocnictwa udzielonego Panu D.C.

w prawidłowej formie, tj.:

- w postaci elektronicznej i opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym

albo

– jeżeli pełnomocnictwo zostało sporządzone jako dokument w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem

– w postaci cyfrowego odwzorowania tego dokumentu opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Z treści pełnomocnictwa winno jednoznacznie wynikać, że pełnomocnik – Pan D.C., był umocowany do złożenia oferty w imieniu Wykonawcy co najmniej na dzień składania ofert.

Treść pełnomocnictwa musi jednoznacznie określać czynności, co do wykonywania których pełnomocnik jest upoważniony.

Pełnomocnictwo przedstawione w języku obcym należy przedłożyć wraz z tłumaczeniem na język polski.

II.

Zgodnie z Rozdziałem XIV ust. 6 SWZ, Zamawiający wskazał, iż w celu potwierdzenia, że osoba działająca w imieniu Wykonawcy jest umocowana do jego reprezentowania, Zamawiający żąda od Wykonawcy dołączenia do oferty odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego, Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej lub innego właściwego rejestru. Jeżeli w imieniu Wykonawcy działa osoba, której umocowanie do jego reprezentowania nie wynika z dokumentu, o których mowa powyżej, Zamawiający żąda od Wykonawcy dołączenia do oferty pełnomocnictwa lub innego dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania Wykonawcy (Rozdział XIV ust. 8 SWZ). Po dokonaniu analizy treści Formularza „Oferty” złożonego przez Wykonawcę oraz dokumentów złożonych wraz z ofertą, Zamawiający stwierdził co następuje. Do oferty złożonej przez Wykonawcę nie została dołączona informacja z Krajowego Rejestru Sądowego, z której wynikałoby, że Pan D.C., który podpisał Formularz „Oferta” był umocowany do reprezentowania Wykonawcy. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wzywa do złożenia aktualnej na dzień złożenia :

- informacji z Krajowego Rejestru Sądowego, z której wynika, że Pan D.C. działający w imieniu Wykonawcy jest umocowany do jego reprezentowania, lub pełnomocnictwa lub innego dokumentu potwierdzającego umocowanie Pana D.C. do reprezentowania Wykonawcy. Rzeczony dokument należy przedłożyć w formie określonej w treści Rozdziału VIII i XIV SWZ

III.

Zgodnie z Rozdziałem XXII ust.1 SWZ Zamawiający wskazał, iż dopuszcza udział podwykonawców w realizacji Zamówienia.

Jednocześnie zgodnie z Rozdziałem XXII ust. 2 SWZ Zamawiający żądał wskazania przez Wykonawcę w ofercie części Zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcy/om i podania przez Wykonawcę firm podwykonawcy/ów.

W pkt 8. Formularza Oferta Wykonawca nie wskazał ani nie skreślił czy zamierza zrealizować zamówienie sam czy przy udziale podwykonawców, jak również nie wskazał w zakresie której i jakiej Części zamierza powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcy.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy wzywa do złożenia wyjaśnień poprzez udzielenie odpowiedzi na pytanie:

Czy zamówienie Wykonawca zamierza zrealizować sam czy przy udziale podwykonawców?

Jeżeli tak, to proszę o podanie w zakresie której Części Wykonawca zamierza powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcy wraz z podaniem nazwy firmy podwykonawcy i zakresu oferowanego Zamówienia.

IV.

Wykonawca na potwierdzenie oświadczenia złożonego w pkt 4., iż udział produktów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE, przekracza 50%, w pkt 5. Formularza Oferta w Cz. 4 wskazał zakład produkcyjny tj. SOLUCIONES TUBULARE SOSTENIBLES (STS) S.L. z siedzibą w Hiszpanii, w którym udział produktów względem zakresu przedmiot zamówienia będzie wynosił 100%.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy zwraca się o udzielenie odpowiedzi na poniższe pytanie:

Czy zgodnie ze złożonym oświadczeniem udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE, wynosi 100% wartości przedmiotu Umowy Częściowej w Cz. 4?

Jeśli tak, to Zamawiający zwraca się o przedstawienie:

1. informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej podmiotu SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed złożeniem Oferty;
2. część sprawozdania finansowego podmiotu SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L., tj. bilans i rachunek zysków i strat, w przypadku gdy sporządzenie sprawozdania wymagane jest przepisami kraju, w którym podmiot ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, a jeżeli podlega ono badaniu przez firmę audytorską zgodnie z przepisami o rachunkowości, również odpowiednio ze sprawozdaniem z badania sprawozdania finansowego, a w przypadku podmiotu niezobowiązanego do sporządzenia sprawozdania finansowego, innych dokumentów określających w szczególności przychody oraz aktywa i zobowiązania – za okres ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres. Przez ostatni zakończony rok obrotowy rozumie się ostatni zakończony rok obrotowy Wykonawcy, za który zgodnie z przepisami prawa zobowiązany jest do dysponowania zatwierdzonymi sprawozdaniami finansowymi.
3. 5 (słownie: pięciu) największych zamówień z okresu ostatnich 3 lat, na rury stalowe DN500 w gatunku L485ME, z grubością ścianki w zakresie 10,0 mm – 14,2 mm, z izolacją 3LPE lub 3LPP, zrealizowanych przez podmiot SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. na rzecz podmiotów innych niż wykonawca tj. TOSCA SPIRAL BORU URETIM SANAYI ANONIM SIRKETI, wraz z przekazaniem referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane.

Oświadczenia lub dokumenty o których mowa w pkt. IV, należy przedłożyć wraz z tłumaczeniem na język polski lub angielski.

W dniu 8 lutego 2024 r. Toscelik odpowiedział:

szczegółowe wyjaśnienia dotyczące dokumentów, o które prosiliśmy Państwa do dnia 09.02.2024 r.

- Proces dotyczący pełnomocnictwa D.C. został rozpoczęty natomiast nie został jeszcze zakończony.
- Fabryka STS Baika Steel Tubular Systems została przejęta przez Tosyall Holding i włączona do spółek grupy. Ponieważ zakup fabryki został właśnie zakończony, oczekuje się, że dokumenty bilansu i tabel kosztów, o które prosiłeś, zostaną ukończone. Kiedy dokumenty zostaną ukończone, zostaną one wysłane do Ciebie. W uzupełnieniu do pytania zawartego w przesłanym nam dokumencie: fabryka STS Baika Steel Tubular Systems nie jest podwykonawcą. Właściwą fabryką będzie fabryka, w której będą realizowane procesy jakości, produkcji i wysyłki określonych rur, jeśli przetarg zostanie wygrany.
- Jako podwykonawca będziemy korzystać wyłącznie z usług poddostawców spełniających normy związane z powłoką GRP, na którą się Państwo zdecydują.

Zgodnie ze szczegółowymi wyjaśnieniami, które przedstawiliśmy powyżej, prosimy o dodatkowy termin do 22 lutego 2024 r. w celu przedłożenia dokumentów, których od nas zażądano.

W dniu 9 lutego 2024 r. zamawiający w nawiązaniu do pisma z dnia 01.02.2024 roku dotyczącego wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa poinformował, że wymóg złożenia pełnomocnictwa w formie elektronicznej, tj. w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym wynika z przepisów § 7 ust. 1, ust. 2, ust. 3 pkt 3 i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. 2020 poz. 2452).

Zgodnie z powyższym rozporządzeniem poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej tj. w tym przypadku pełnomocnictwa dla Pana Doğu Can

B. dokonuje mocodawca.

Poświadczenia dokumentu jak wyżej może dokonać również notariusz.

Wobec powyższego Zamawiający zgodnie z treścią powyższego pisma stwierdził, iż cyfrowe odwzorowanie pełnomocnictwa, które zostało przedłożone przez Wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu nie zostało prawidłowo poświadczane za zgodność z dokumentem sporządzonym w postaci papierowej.

W tym miejscu Zamawiający wskazuje, iż w postępowaniu wykonawczym nr ZP/2022/10/0028/PZ dotyczącym dostawy fabrycznie nowych izolowanych rur stalowych na potrzeby realizacji gazociągu DN 700 Rembelszczyzna – Mory zostało wniesione odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej z tożsamym zarzutem dotyczącym formy złożonego

pełnomocnictwa przez innego wykonawcę.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. KIO 3434/22 (w załączeniu), nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwanie ww. wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia pełnomocnictwa oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W celu zapobieżenia sytuacji jak wyżej, Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy pismem z dnia 01.02.2024 roku wezwał wykonawcę tj. TOSÇELİK SPİRAL BORU ÜRETİM SANAYİ A.Ş. do uzupełnienia dokumentu do złożenia pełnomocnictwa udzielonego Panu D.C. w prawidłowej formie, tak jak w treści przesłanego pisma.

Jednocześnie w odpowiedzi na wniosek Wykonawcy z dnia 09.02.2024 roku Zamawiający poinformował, że wyraża zgodę na przedłużenie terminu złożenia uzupełnień i wyjaśnień.

Uzupełnienia i wyjaśnienia należy dostarczyć w terminie do dnia 20 lutego 2024 r. do godziny 10:00

W dniu 17 lutego 2024 r. Toscelik napisał:

Pragniemy poinformować Cię o stanie dokumentu, o który nas prosiłeś, do dnia 20.02.2024.

Zgodnie z Państwa prośbą rozpoczęliśmy proces notarialnego poświadczenia pełnomocnictwa. Procedura notarialna trwa. Z tego powodu nie możemy dostarczyć Państwu tego dokumentu w dniu 20 lutego 2024 r.

Z powodów wyjaśnionych powyżej prosimy o drugi dodatkowy termin do 28 lutego 2024 r. na przesłanie Ci dokumentu, o który prosiłeś.

W dniu 19 lutego 2024 r. zamawiający wyraził zgodę na przedłużenie terminu złożenia uzupełnień i wyjaśnień jak poniżej.

Uzupełnienia i wyjaśnienia należy dostarczyć w terminie do dnia 26 lutego 2024 r. do godziny 10:00

W dniu 26 lutego 2024 r. Toscelik złożył:

Wykonawca niniejszym w szczególności przedkłada:

- pełnomocnictwo z dnia 28 grudnia 2023 roku wraz ze wzorem podpisów z dnia 21 grudnia 2021 roku w postaci cyfrowego odwzorowania dokumentu opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym, przy czym poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania dokumentów w postaci papierowej, zgodnie z rozporządzeniem, dokonał notariusz, a które to dokumenty potwierdzają:

- 1) umocowanie do złożenia oferty w imieniu Wykonawcy co najmniej na dzień składania ofert przez p. D.C.;

- 2) umocowanie do podpisania ww. pełnomocnictwa m.in. przez Panów E.A. oraz S.Y. – wraz z ich tłumaczeniem (znajduje się ono również w aktach postępowania, tj. w dokumentach dotychczas przekazanych przez Wykonawcę);

- ww. dokumenty w postaci cyfrowego odwzorowania dokumentu opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Wykonawcę (i notariusza);

- tłumaczenie ww. dokumentów poświadczane przez notariusza oraz Wykonawcę;

Powyższe dokumenty potwierdzają umocowanie p. D.C. do złożenia oferty w imieniu Wykonawcy co najmniej na dzień składania ofert.

Dodatkowo przedkładamy:

- Turecki Dziennik Rejestru Handlowego z dnia 13 grudnia 2021 roku w oryginale (pobrany ze strony internetowej ww. rejestru) jako dokument elektroniczny, który również potwierdza umocowanie ww. osób (Panów E.A. oraz S.Y.) do podpisania pełnomocnictwa (umocowania do złożenia oferty w imieniu Wykonawcy) (z daleko posuniętej ostrożności Wykonawca potwierdził również ww. rejestr własnym podpisem) – wraz z tłumaczeniem (część odnosząca się do Wykonawcy – zaznaczona na żółto).

Jednocześnie odnosząc się do pozostałych kwestii dotyczących podwykonawstwa, Wykonawca potwierdza – a co wynika z treści Formularza Oferty - iż zamierza korzystać z podwykonawcy SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. m.in. w Części 4 w zakresie jak to wskazano w Formularzu (dostarczenia odpowiedniej ilości produktów). Oświadczenie to jednocześnie nie oznacza, iż podwykonawca ten wykona umowę (zamówienie) w całości, a jedynie część zamówienia związana z wyprodukowaniem produktu. Część kontraktu, jak m.in. transport towaru do Polski, czynności logistyczno-administracyjne, transport towaru do miejsc wskazanych przez Zamawiającego, rozliczenie umowy i inne możliwe będą realizowane przez Wykonawcę, który będzie ponosił odpowiedzialność za należyte wykonanie umowy.

W dniu 28 lutego 2024 r. zamawiający w trybie art. 223 ust. 1 ustawy wezwał wykonawcę tj. TOSÇELİK SPİRAL BORU ÜRETİM SANAYİ A.Ş. do wyjaśnienia treści oferty złożonej w postępowaniu.

Mając na uwadze oświadczenie wykonawcy złożone w pkt 4. Formularza Oferta, iż udział produktów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE, przekracza 50% oraz wskazanie w pkt 5. Formularza Oferta w Cz. 4 zakładu produkcyjnego tj. SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. z siedzibą w Hiszpanii, w którym udział produktów względem zakre

przedmiotu zamówienia będzie wynosił 100%, Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o przedstawienie m.in. dokumentów wymienionych w sekcji IV wezwania z dnia 01 lutego 2024 roku.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca dostarczył pismo podpisane podpisem elektronicznym z datą 26.02.2024 roku z wyjaśnieniami i uzupełnionym pełnomocnictwem złożonym w prawidłowej formie, jednakże Zamawiający nie otrzymał dokumentów wskazanych w sekcji IV wezwania przywołanego jak wyżej. Wykonawca w piśmie z dnia 08.02.2024 jedynie szczątkowo odniósł się do kwestii informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, oraz części sprawozdania finansowego tj. bilansu oraz rachunku zysków i strat, podmiotu SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L., argumentując, że dokumenty te nie są jeszcze gotowe z uwagi na przejęcie fabryki SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. przez spółkę grupy Tosyalı Holding, do której należy ta Wykonawca.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy zwraca się ponownie o przedstawienie niżej wymienionych dokumentów na potwierdzenie złożonego oświadczenia:

1. informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej podmiotu SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed złożeniem Oferty;
2. część sprawozdania finansowego podmiotu SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L., tj. bilans i rachunek zysków i strat, w przypadku gdy sporządzenie sprawozdania wymagane jest przepisami kraju, w którym podmiot ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, a jeżeli podlega ono badaniu przez firmę audytorską zgodnie z przepisami o rachunkowości, również odpowiednio ze sprawozdaniem z badania sprawozdania finansowego, a w przypadku podmiotu niezobowiązanego do sporządzenia sprawozdania finansowego, innych dokumentów określających w szczególności przychody oraz aktywa i zobowiązania – za okres ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres. Przez ostatni zakończony rok obrotowy rozumie się ostatni zakończony rok obrotowy Wykonawcy, za który zgodnie z przepisami prawa zobowiązany jest do dysponowania zatwierdzonymi sprawozdaniami finansowymi.
3. 5 (słownie: pięciu) największych zamówień z okresu ostatnich 3 lat, na rury stalowe DN500 w gatunku L485ME, z grubością ścianki w zakresie 10,0 mm – 14,2 mm, z izolacją 3LPE lub 3LPP, zrealizowanych przez podmiot SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. na rzecz podmiotów innych niż wykonawca tj. TOSÇELİK SPIRAL BORU ÜRETİM SANAYİ ANONİM ŞİRKETİ, wraz z przekazaniem referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane.

Jeżeli z powodu przejęcia fabryki SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. przez spółkę grupy Tosyalı Holding, do której należy także Wykonawca, nie jest możliwe przedstawienie w wymaganym terminie dokumentów wymienionych w pkt. 1 i 2 powyżej, Zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy zwraca się o przedstawienie dokumentu poświadczającego przejęcie fabryki SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. przez spółkę grupy Tosyalı Holding. Jednocześnie Zamawiający zwraca się o przedstawienie schematycznej struktury organizacyjnej całej grupy Tosyalı Holding, w której wskazane będzie miejsce w szczególności fabryki SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. oraz Wykonawcy, to jest TOSÇELİK SPIRAL BORU ÜRETİM SANAYİ. Oświadczenia lub dokumenty o których mowa powyżej oraz w pkt. IV wezwania z dnia 01 lutego 2024 roku, należy przedłożyć wraz z tłumaczeniem na język polski lub angielski.

Ww. uzupełnienia i wyjaśnienia należy dostarczyć w terminie do dnia 6 marca 2024 r. do godziny 10:00

W dniu 6 marca 2024 r. Toscelik podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko wyrażone już w piśmie z dnia 26 lutego 2024 roku. W szczególności wskazał, iż oświadczenie, że Wykonawca zamierza korzystać z podwykonawcy SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. m.in. w Części 4 w zakresie jak to wskazano w Formule (dostarczenia odpowiedniej ilości produktów), nie oznacza, iż podwykonawca ten wykona umowę (zamówienie) w całości, a jedynie część zamówienia związana z wyprodukowaniem produktu. Część kontraktu, jak m.in. transport towaru do Polski, czynności logistyczno-administracyjne, transport towaru do miejsc wskazanych przez Zamawiającego, rozliczenie umowy i inne możliwe będą realizowane przez Wykonawcę, który będzie ponosił odpowiedzialność za należyte wykonanie umowy. Udział towarów nie wynosi zatem 100% wartości przedmiotu Umowy.

Jednocześnie wskazał, iż w związku z brakiem wskazania w SWZ, iż Wykonawca jest (będzie) zobowiązany do przedłożenia dokumentów dotyczących podwykonawców (choćby przez wyborem oferty), o co obecnie wnosi Zamawiający, Wykonawca na obecnym etapie nie ma możliwości pozyskania wskazanych w wezwaniu dokumentów. Wykonawca nie wiedział, że Zamawiający będzie o takie dokumenty prosił.

Wraz z wyjaśnieniami wykonawca złożył listę referencyjną historycznych projektów gazowych określających zastosowywany zakres średnic, powłokę wewnętrzną Epoksyd 60 i zewnętrzną 3PE/3PP oraz listę referencyjną ropy i gaz wskazującą na normy jakości API 5L/95, API 5L PSL1, API 5L PSL 2, RESPOL, DINM 1626H2, EN 10208-2

W dniu 15 marca 2024r. zamawiający wezwał Toscelik art. 223 ust. 1 ustawy do wyjaśnienia treści oferty złożonej w

postępowaniu.

Zamawiający, kierując się przepisami ustawy, zobligowany jest w trybie wyjaśnień zwrócić się do Wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty, a szczególnie w przypadku, gdy złożone wyjaśnienia budzą wątpliwości zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający jest uprawniony do badania treści oferty i wiarygodności wykonawcy, który nie realizował jeszcze dla zamawiającego zamówień.

W pkt 5. Formularza Oferta w Części 4 wykonawca wskazał zakład produkcyjny tj. SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. z siedzibą w Hiszpanii, w którym udział produktów względem zakresu przedmiot zamówienia będzie wynosił 100%, natomiast w piśmie z dnia 08.02.2024 roku wykonawca udzielił wyjaśnień jak niżej:

„W uzupełnieniu do pytania- zawartego w przesłanym nam dokumencie: fabryka STS Baika Steel Tubular Systems nie jest podwykonawcą, Właściwą fabryką będzie fabryka, w której będą realizowane procesy jakości, produkcji i wysyłki określonych rur, jeśli przetarg zostanie wygrany”.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający oczekuje wyjaśnienia powyższego stwierdzenia, że fabryka STS nie jest podwykonawcą.

Ponadto mając na uwadze informację o przejęciu fabryki SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. p spółkę grupy Tosyali Holding, do której należy także Wykonawca, jeżeli wykonawca nie jest w stanie złożyć dokumentów tj. informacji z banku, części sprawozdania finansowego tj. bilansu oraz rachunku zysków i strat i 5 (słownie: pięciu) największych zamówień z okresu ostatnich 3 lat dotyczących podmiotu SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L., o które zamawiający zwrócił się w piśmie z dnia 28.02.2024 roku, to prosimy o złożenie stosownego oświadczenia wraz z informacjami na dowód wykonania rur w powyższej fabryce.

W tym miejscu zamawiający wskazuje, że na etapie postępowania prowadzonego w celu zawarcia Umów Ramowych doświadczenie wykonawców było badane na przestrzeni 5 lat.

Natomiast wykonawca wraz z pismem z dnia 05.03.2024 roku dołączył Listę referencyjną historycznych projektów gazociągowych, w której ostatni projekt dotyczył roku 2013.

Zamawiający oczekiwał odpowiedzi pojedynczo do każdego z pytań:

1. Czy fabryka SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. wykonywała jakiegokolwiek zamówienia w okresie ostatnich 5 lat? Jeżeli TAK, prosimy o przesłanie listy wykonanych zamówień w okresie ostatnich 5 lat, na rury o średnicy co najmniej DN500 i wykonanych z materiału w gatunku co najmniej L485ME (lub równoważny). Jeżeli NIE, prosimy o przesłanie stosownego oświadczenia wraz z informacjami/dowodami na potwierdzenie potencjału produkcyjnego, że 100% rur będzie mogło być wyprodukowanych w fabryce SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. Hiszpanii.

2. W związku z wątpliwością Zamawiającego, że fabryka SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. siedzibą w Hiszpanii w 100% wyprodukuje rury na potrzeby zamówienia, gdzie kryterium „Pochodzenie produktu” stanowi o rankingu ofert, prosimy o uzupełnienie poniższej tabeli, wykazując podmioty, które będą uczestniczyć w łańcuchu dostaw. Jeżeli nazwa podmiotu uczestniczącego w łańcuchu dostaw nie jest na tym etapie znana, prosimy o wstawienie znaku „-”. W tym miejscu zamawiający zamieściła wzór tabeli.

3. W przekazanych Zamawiającemu wraz z Ofertą dokumentach, Wykonawca przedłożył certyfikat ISO 9001:2015. Ważność tego certyfikatu datowana jest na 21 czerwca 2024. W związku z tym prosimy o przekazanie nowego certyfikatu bądź złożenie oświadczenia, że powyższy certyfikat zachowa ciągłość i zostanie odnowiony.

Oświadczenia lub dokumenty o których mowa powyżej, należy przedłożyć wraz z tłumaczeniem na język polski lub angielski.

Ww. uzupełnienia i wyjaśnienia należy dostarczyć w terminie do dnia 21 marca 2024 r. do godziny 10:00

W dniu 21 marca 2024 r. Toscelik wyjaśnił:

W szczególności w świetle oświadczenia, że Wykonawca zamierza korzystać z podwykonawcy SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. m.in. w Części 4 w zakresie, jak to wskazano w Formularzu (dostarcze odpowiedniej ilości produktów), pragniemy zadeklarować następujące możliwości produkcyjne zakładu SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L.:

1- Poniżej przedstawiamy 5 największych zamówień podwykonawcy z ostatnich 3 lat (wraz z dokumentami towarzyszącymi – umowami w załączeniu); według schematu:

Nazwa klienta, Nazwa Projektu, Kraj, Ilość (tona), Rok

Locone 2 Scarl Locone 2 Włochy 16.730 2024

Constructora San Jose S.A. Fase 1 del proyecto de construccion de las condiciones derivadas del sistema de presas Beznar – Rules (Granada) desglosado No. 9: Tramo Hiszpania 13.722 2024

comun (Abastecimiento y regadio) a cota 200. (Granada) UTE VALDECARROS Etapa III (Wspólne przedsięwzięcie Acciona i Ortiz Construcciones) VALDECARROS Etapa III Hiszpania 562 2024

Aigües del Segarra Garrigues, S.A. CLAU: S10-11-14-XP3-12 CLAU: S12-XP01-21 CLAU: S10-11-14-XP4-16 CLAU: S13-XSMD.D1-17.01 Hiszpania 4.486 2022
U.T.E. AGUAS DE NAVARRA Ampliacion de la 1a Fase del Canal de Navarra Hiszpania 6.982 2021

2- Obecnie zakład posiada poniższe certyfikaty, z których wynika, że zakład jest w stanie wyprodukować rury wymagane dla przedmiotowego projektu:

- ISO 9001, ISO 14001, ISO 3183, ISO 21809-1, EN 10301, Raport pojemności

Powyższe certyfikaty (dokumenty) potwierdzają, że zakład SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. w stanie (nie ma problemu) z wyprodukowaniem rur dla przedmiotowego zamówienia.

3- Jak wynika z załączonego dokumentu, SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. posiada apro ENAGAS S.A., hiszpańskiej krajowej spółki naftowo-gazowej. Zatwierdzenie to zostało wydane dla tego samego sprzętu wewnątrz obiektu. Ponadto obiekt posiadał certyfikat API do dnia 13.05.2022 r. Powodem nie przedłużenia certyfikatu API jest to, że w związku z decyzją sprzedaży obiektu, jego właściciel wstrzymał działalność

- INF-M-002-18 Rev2 Informe Enagas, API Certificate 5L-1167

4- Ponieważ nasz certyfikat ISO 9001 wygaśnie w dniu 21.06.2024 r., prosimy o zapoznanie się z poniższym dokumentem, który pokazuje umowę z autoryzowaną jednostką certyfikującą, że nasz certyfikat ISO 9001 zostanie przedłużony po obecnej dacie ważności.

- CONTRATO ISO 9001-14001 firmado 2024-26

5- Proszę zapoznać się z poniższą tabelą, która podaje producenta surowca i wykonawcę rur;

- GAZ- SYSTEM ZP 2023 11 0108 PZ 20032024

Dokumenty GAZ- SYSTEM ZP 2023 11 0108 PZ 20032024 oraz certyfikaty zgodności zostały złożone w języku polskim lub w języku obcym wraz z tłumaczeniem. Pozostałe dokumenty złożono w języku obcym (angielskim i hiszpańskim) bez tłumaczenia.

GAZ- SYSTEM ZP 2023 11 0108 PZ 20032024:

Element łańcucha dostaw

Tabela według schematu: Nazwa podmiotu realizującego element łańcucha dostaw, Kraj podmiotu, % udział w wyszczególnionym elemencie łańcucha dostaw

Materiał wsadowy do produkcji rur (blacha/taśma) 1.TOSYALI DEMİR ÇELİK SAN. A.Ş ORGANİZE SANAYİ BÖLGE NECAATİ ÖZSOY CADESİ NO:12 İSKENDERUN/ HATAY

1. TURCJA 2. 1. 100% 2. ...% Suma: 100%

Produkcja rur 1.SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L.C GASTEIZBIDE S/N 01240 ALEIXA DULANTZI, ALAVA, HISPANIA 1. HISZPANIA 2. 1. 100% 2. ...% Suma: 100%

Nakładanie izolacji 1. SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L.C GASTEIZBIDE S/N 01240 ALEIXA DULANTZI, ALAVA, HISPANIA 2.DC Technical Duroplastic Constructions GmbH Gewerbepark 8 17039 Trollenhagen (Neubrandenburg) Germany 1. HISZPANIA 2. NIEMCY 1. 100% (3LPE-FCE) 2. 100% (GRP) Suma: 100%

Transport 1. - 1. 2. 1. ...% 2. ...% Suma: 100%

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła wszystkich wykonawców zgłaszających swój udział w postępowaniu odwoławczym odpowiednio po stronie odwołującego i zamawiającego jako uczestników postępowania.

Izba w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 4) ustawy w związku z art. 58 k.c. w związku z art. 3 ust. 1 lit. e) i art. 207 ust.1 i 2 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 25.03.1957 r. (Dz. U. 2004.90.864 – dalej: „TFUE”) w związku z art. 43 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie udzielenia zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (tekst mający znaczenie dla EOG, Dz. U. UE L.2014.94.243 – dalej: „Dyrektywa Sektorowa”), przez zaniechanie odrzucenia ofert firm tureckich: TOSÇELİK i NOKSEL;

Oraz zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy w związku z rozumianym przez pryzmat wykładni wspólnotowej art. 7 pkt 30) ustawy i art. 17 ust. 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia ofert firm tureckich: TOSÇELİK i NOKSEL, oraz przez prowadzący do udzielenia zamówienia wybór oferty TOSÇELİK w zakresie części zamówienia

W zakresie części 1, 2 i 3 Izba uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu jako spóźnione a więc podlegające odrzuceniu na podstawie art. 528 ust. 3 ustawy, a w części 3 także jako wniesione przez podmiot nieuprawniony, tym samym podlegające odrzuceniu na podstawie art. 528 ust. 2 ustawy.

Izba swoje stanowisko opiera na następujących argumentach:

- co do oceny uchybienia przez odwołującego art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy, to Izba wskazuje, że zgodnie z art. 389 ust. 5 ustawy udzielenie zamówienia objętego umową ramową może nastąpić wyłącznie między zamawiającymi wskazanymi w ogłoszeniu o zamówieniu, a wykonawcami będącymi stronami umowy ramowej. Rację ma odwołujący, co do tego, że zamawiający nie ma obowiązku udzielać zamówień wykonawczych, ani nie gwarantuje żadnemu z wykonawców objętych umową ramową udzielenia któregośkolwiek zamówienia wykonawczego. Jednak gdy zamawiający zdecyduje się na udzielenie zamówienia wykonawczego jest zobowiązany zaprosić wykonawców objętych umową ramową. Tym samym z chwilą wszczęcia zamówienia wykonawczego (zaproszenia do negocjacji, wykonawca, który był stroną umowy ramowej, a nie został zaproszony może podnosić wadliwość postępowania na zamówienie wykonawcze) W ocenie Izby oznacza to, że treść umowy ramowej wyznacza krąg uczestników postępowań na zamówienia wykonawcze. Krąg ten jak słusznie podnosili zamawiający i przystępujący po jego stronie został ustalony w skutek dokonania wyboru wykonawców, z którymi następnie zawarto umowę ramową. Obecnie prowadzone postępowanie i krąg jego uczestników jest zatem determinowany kręgiem wykonawców stron umowy ramowej. Skoro zarzuty 1 i 2 odwołania odnoszą się wadliwego w ocenie odwołującego ustalenia kręgu wykonawców, to krąg ten był odwołującemu znany w dacie wyboru ofert w ramach postępowania na zawarcie umowy ramowej, a zatem 23 sierpnia 2022 r. Wówczas bowiem zamawiający oceniał, czy dany wykonawca jest wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy i dokonywał wykładni tego pojęcia w świetle dyrektywy sektorowej, a także ustalał, czy istnieją podstawy do wykluczenia danego podmiotu z postępowania. Odwołujący zarzuca zamawiającemu, że dokonał rozszerzającej wykładni pojęcia wykonawca rozciągając tą wykładnię, wbrew art. 43 dyrektywy sektorowej na podmioty pochodzące lub mające siedzibę w kraju nie będącym państwem członkowskim, państwem należącym do EOG, ani nie posiadającym statusu państwa stowarzyszonego na podstawie porozumienia GPA, czy umów FTA. To oznacza, że w ocenie odwołującego już w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej zamawiający powinien był ocenić, że podmioty mające siedzibę w Turcji nie są wykonawcami w świetle dyrektywy sektorowej implementowanej do polskiego systemu prawnego w ustawie Prawo zamówień publicznych. Dyrektywa sektorowa, jak również Prawo zamówień publicznych nie uległy w spornym zakresie zmianie od momentu postępowania o udzielenie umowy ramowej do dnia dzisiejszego. Umowa ramowa nie została unieważniona i określa krąg wykonawców, którzy mogą brać udział w postępowaniach wykonawczych, brak zaproszenia wykonawcy, z którym zamawiający zawarł ważną na datę orzekania umowę ramową, godziłoby w zasadę pacta sunt servanda, Fakt, że umowa ramowa potencjalnie może być dotknięta sankcją nieważności, nie zmienia tego, że do chwili stwierdzenia jej nieważności, wiąże ona strony tej umowy. Przyjęcie podejścia odmiennego, że stwierdzenie nieważności nie jest niezbędne dla niewykonywania umowy powodowałoby niepewność obrotu prawnego, a także utrudniałoby dochodzenie wzajemnych roszczeń. Odwołujący nie dysponuje orzeczeniem sądu powszechnego unieważniającym umowę ramową, a tym samym nie może obecnie skutecznie zarzucić zamawiającemu, że wadliwie zaprosił do postępowania wykonawczego strony umowy ramowej – takie działanie zamawiającego, jest przecież jego obowiązkiem z art. 389 ust. 5 ustawy. Jeśli odwołujący uważał, że prawidłowa wykładnia pojęcia wykonawca na gruncie prawa polskiego z uwzględnieniem prounijnej wykładni prawa powinna prowadzić do niedopuszczania udziału firm z państw innych niż państwa członkowskie i stowarzyszone, to powinien był nie dopuścić do zawarcia umowy ramowej z udziałem tych firm. Miał możliwość podnoszenia argumentacji prawnej zawartej w tym odwołaniu, w terminie na wniesienie odwołania od czynności wyboru wykonawców – stron umowy ramowej. Wówczas też mógł wnioskować o skierowanie pytań prejudycjalnych zmierzających do ustalenia prawidłowej wykładni prawa unijnego w tym art. 43 dyrektywy sektorowej. Wbrew stanowisku odwołującego opinia Rzecznika Generalnego nie stanowi *acquis communautaire* stanowiącego prawo pierwotne Unii Europejskiej wiążące sądy i trybunały państw członkowskich UE. Odwołujący nie powołał się na żaden wyrok TSUE, który wskazywałby na wadliwość wykładni pojęcia „wykonawca” prezentowanej przez zamawiającego. Gdyby taki wyrok zapadł po dacie zawarcia umowy ramowej, byłby ewentualną podstawą do rozważenia możliwości odstąpienia od umowy ramowej zgodnie z art. 456 ust. 1 pkt 2 lit c ustawy, co więcej gdyby to odwołujący na właściwym etapie wniósł odwołanie byłoby możliwe, że TSUE na skutek wówczas skierowanych pytań prejudycjalnych stwierdził, że Polska uchybiła zasadom traktatowym, z uwagi na to, że zamawiający udzielił zamówienia z naruszeniem prawa UE. Takie zdarzenia jednak nie wystąpiły do daty wyrokowania w tej sprawie. Jak zatem słusznie zauważyli zamawiający i przystępujący po jego stronie wykonawcy, stan prawny od chwili zawarcia umowy ramowej do dnia wyrokowania nie uległ zmianie, tym samym nie doszło do ponownego otwarcia się terminu na wniesienie odwołania. Termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu, co oznacza, że odwołanie wniesione w częściach 1, 2 i 3 podlegało odrzuceniu jako wniesione po terminie. Nadto postępowania wykonawcze w zakresie części 1, 2 i 3 zostały zakończone w dniu 29 stycznia 2024 r., a umowy zawarte odpowiednio w dniach 4 i 6 marca 2024r., odwołujący nie kwestionował ich ważności, zatem nie mógłby uzyskać tych zamówień. Wbrew stanowisku przystępującego Ferrum odwołujący nie kwestionował wyboru ofert najkorzystniejszych w częściach 1, 2 i 3, ale jedynie fakt dopuszczenia do postępowań wykonawczych firm tureckich. Odwołujący z żadnym miejscem nie domagał się unieważnienia wyboru Ferrum, czy Izostal, a przecież to ich zamawiający wybrał w częściach 1, 2 i 3. Wydaje się

logiczne, że gdyby odwołujący kwestionował wybór Ferrum i Izostal, to nie byłoby oni przystępującymi po stronie odwołującego. Tym samym fakt dokonania wyboru w części 4 nie przywracał odwołującemu terminu na skarżenie czynności zamawiającego w częściach 1, 2 i 3.

Odrzucenie odwołania w części 3 jest uzasadnione także tym, że w tej części dodatkowo odwołujący nie złożył oferty częściowej, a przywoływane przez Ferrum orzecznictwo TSUE dotyczące szerokiego rozumienia interesu, nie dotyczy dowolnego zamówienia publicznego, ale tego, co którego uzyskania podmiot ma interes. Oferta częściowa, to oferta, która przewiduje zgodnie z dokumentami zamówienia, wykonanie części zamówienia (art. 7 pkt 15 ustawy). Zamawiający może, jeśli zamówienie jest podzielne, udzielić zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania lub dopuścić możliwość składania ofert częściowych (art. 30 ustawy). W tym przypadku zamawiający zdecydował się prowadzić jedno postępowanie, dopuszczając składanie ofert częściowych. Umożliwił zatem wykonawcom składanie więcej niż jednej oferty częściowej na więcej niż jedną część zamówienia. Jednak nie oznacza, to że środki ochrony prawnej służą każdemu, kto wziął udział w dowolnej części postępowania. Istotą środków ochrony jest bowiem posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia, a w przypadku dopuszczenia ofert częściowych konkretnej części zamówienia. Interes ten odpada, gdy nie ma możliwości uzyskania tej części zamówienia, co ma miejsce w tej sprawie. W tym przypadku zamówienie, to uzyskał wykonawca Ferrum i nie będzie ono ponownie dostępne na rynku, stąd odwołujący nie był podmiotem uprawnionym w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy. Zatem nawet jeśli przyjąć, że odwołujący nie musiał być wykonawcą ubiegającym się o część 3 zamówienia, aby móc złożyć odwołania, to jednak skoro tej części nie będzie nawet hipotetycznie w przyszłości miał możliwości pozyskać, to nie może być uznany za podmiot, niebędący wykonawcą który jednak ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia. Izba zwraca także uwagę na to, że w przypadku, gdy zamówienia częściowe są procedowane w odrębnych postępowaniach służą od nich odrębne środki zaskarżenia i odrębny wpis, tym samym sam fakt, że zamówienia częściowe są udzielane w jednym postępowaniu nie oznacza, że środki ochrony prawnej przysługują w stosunku do tych części, w których wykonawca nie wyraził woli ubiegania się o nie. Jeśli bowiem wykonawca nie ma woli zawarcia umowy na zamówienie częściowe, to zachowania zamawiającego odnoszące się do pozyskania tego zamówienia nie mogą mu szkodzić. Postępowanie odwoławcze przed Izba nie jest postępowaniem kontrolnym weryfikującym legalność wszystkich zachowań zamawiającego w świetle przepisów ustawy. Rozstrzygnięcie Izby także nie ma charakteru erga omnes, zatem tworzy stan prawny tylko pomiędzy zamawiającym i odwołującym i w danym postępowaniu. Co oznacza, że wskazywanie przez odwołującego na potrzebę kontroli legalności zachowań zamawiającego także w przyszłych postępowaniach wykonawczych nie wpływa na ocenę dopuszczalności odwołania i nie może być wykorzystywane w celu przywrócenia terminu na wniesienie odwołania. Izba przyznaje rację przystępującemu Ferrum, że ustawodawca nie przewidział instytucji częściowego odrzucenia odwołania. Co nie oznacza, że nie jest możliwe orzeczenie o odrzuceniu odwołania w zakresie konkretnej części zamówienia. Skoro bowiem zamawiający musi (jak w tej sprawie) prowadzić osobno badanie i ocenę ofert w stosunku do każdej części zamówienia i może zakończyć te czynności w różnym czasie w odniesieniu do każdej z części, to postępowanie odwoławcze nie zawsze będzie mogło być prowadzone w jednym czasie w odniesieniu do poszczególnych części zamówienia, choćby z uwagi na bieg terminu stand still. Tym samym odrzucenie odwołania w danej części dotyczy wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu w stosunku do tej części zamówienia i jest to odrzucenie odwołania w całości.

Natomiast w przypadku części 4 odwołujący część zarzutów, to jest zarzut 1 i 2, podniósł w sposób spóźniony z uchybieniem terminu z art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy, a część odnoszącą się do badania oferty Toscelik podniósł w terminie, bowiem skarżąc wybór tej oferty skarżył też czynności prowadzące do jej wyboru polegające na ocenie dokumentów podmiotowych i badaniu zakresu podwykonawstwa w ofercie. Niewątpliwie te okoliczności były czynnościami dokonywanymi w postępowaniu wykonawczym, których wynik odwołujący poznał w chwili doręczenia mu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Tym samym odwołanie w zakresie części 4 nie podlegało odrzuceniu. Natomiast Izba nie może rozpoznać zarzutów, które zostały podniesione po upływie terminu na ich wniesienie. Prowadziłoby to, do niezgodnego z prawem przywrócenia wykonawcy terminu na ich zgłoszenie. Tak jak odwołujący nie może po upływie terminu na składanie ofert skutecznie podnosić zarzutu nieproporcjonalności warunku udziału w postępowaniu, czy braków w opisie przedmiotu zamówienia, tak też i w tym przypadku podniesienie zarzutów, co do kręgu wykonawców ustalonych umową ramową nie mogło być ocenione jako dopuszczalne. Tym samym zarzuty w tym zakresie nie mogły być poddane pod merytoryczne rozstrzygnięcie. Z tego powodu nie były one przedmiotem rozpoznania na rozprawie.

Izba odnosząc się do wniosku o odroczenie rozprawy do czasu wydania orzeczenia przez TSUE w sprawie C-652/22 wskazuje, że skoro zarzuty dotyczące wadliwego ustalenia kręgu stron umowy ramowej były spóźnione, to odroczenie nie dotyczyłoby okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia. Pojęcie „inne ważne przyczyny” musi być wiązane z potrzebą prawidłowego prowadzenia postępowania odwoławczego, w tym zgromadzenia pełnego materiału

dowodowego umożliwiającego rozstrzygnięcie, prawidłowego powiadomienia stron lub uczestników o czynnościach procesowych, ustalenia kręgu podmiotów objętych postępowaniem odwoławczym, np. w sytuacji zmian podmiotowych u wykonawcy czy zamawiającego, zmian w składzie orzekającym w skutek wyłączenia członka składu, ustalenia, czy tymczasowo dopuszczony pełnomocnik wykazał skuteczność swego umocowania. Natomiast w sytuacji, gdy postępowanie wykonawcze było prowadzone wobec kręgu podmiotów, z którymi zamawiający zawarł umowę ramową, to dopóki ważność tej umowy nie zostanie skutecznie podważona, to w ocenie Izby wydanie rozstrzygnięcia przez TSUE, nie wywrze bezpośredniego wpływu na te umowy wykonawcze. Umowy te przecież mogą zostać wykonane w całości przed wydaniem orzeczenia.

Co do możliwości skierowania pytań prejudycjalnych w zakresie wskazanym w odwołaniu, to one także zmierzają do uzyskania wykładni co do dopuszczalnego kręgu podmiotów, z którymi zamawiający może zawrzeć umowę ramową, a więc nie dotyczą postępowania wykonawczego, nadto nie dotyczą zarzutów, które mogły być skutecznie zgłoszone w tym postępowaniu, co oznacza, że nie będą miały wpływu na wydanie rozstrzygnięcia w tej sprawie.

Zarzuty ewentualne naruszenia przez zamawiającego: art. 226 ust. 1 pkt 2 c) ustawy w związku z §2 ust. 1 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych (Dz.U.2020.2415) przez zaniechanie odrzucenia oferty TOSĆELIK w zakresie części 4 zamówienia, z powodu nieprzedłożenia w terminie dokumentu rejestrowego TOSĆELIK

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim istotą wezwania przystępującego Toscelik do uzupełnienia dokumentów nie był ich brak w ofercie, ale złożenie ich w niewłaściwej formie. Przystępujący Toscelik do oferty dołączył bowiem pełnomocnictwo dla Pana D.C. i Okólnik podpisów, z tych dokumentów wynikało, że Pan D.C. jest umocowany do złożenia oferty w postępowaniu, a pełnomocnictwo w oryginale zostało mu udzielone przez osoby umocowane do reprezentowania spółki to jest przez dwóch wiceprezesów zarządu (dyrektorów zarządzających). Natomiast powodem wezwania było to, że dokument pełnomocnictwa był poświadczony przez pełnomocnika, a nie przez mocodawcę. Z tego względu zamawiający w piśmie z 1 lutego 2024 r. szczegółowo pouczył wykonawcę, że albo złoży pełnomocnictwo poświadczone podpisami kwalifikowanymi wiceprezesów jako mocodawców, albo złoży pełnomocnictwo notarialnie poświadczone. Zamawiający wskazał też na dokument rejestrowy, z którego będzie wynikało umocowanie Pana D.C. do składania ofert w imieniu wykonawcy. Niewątpliwie wezwanie do złożenia dokumentu rejestrowego wynikało z tego, że dopóki zamawiający nie uzyska prawidłowego co do formy pełnomocnictwa dla pana B.a, to jego uprawnienie do poświadczenia dokumentu rejestrowego za zgodność mogło budzić wątpliwości. W ocenie Izby z tego względu zamawiający prawidłowo pismem z dnia 1 lutego 2024 r. wezwał przystępującego i do pełnomocnictwa i do dokumentu rejestrowego. Logicznym jest także rozumowanie zamawiającego prezentowane na rozprawie, że pismem z dnia 19 lutego 2024 r. przedłużył termin na złożenie nie tylko pełnomocnictwa ale także dokumentu rejestrowego. Nie chodzi tu wyłącznie o użycie sformułowania „wyjaśnień i uzupełnień”, ale słuszne rozumowanie zamawiającego, że dopóki nie posiada prawidłowego dokumentu pełnomocnictwa, dopóty nie może przyjąć, że Okólnik podpisów jest prawidłowo złożony co do formy wymaganego poświadczenia. Z tego względu Izba uznała za całkowicie wiarygodne wyjaśnienia zamawiającego prezentowane na rozprawie, że wbrew wnioskowi przystępującego o wydłużenie mu terminu na złożenie pełnomocnictwa, zamawiający po przeanalizowaniu wniosku zdecydował się na przedłużenie terminu do złożenia wszystkich dokumentów i wyjaśnień, o jakie wzywał w dniu 1 lutego 2024r. Dopóki właściwe pełnomocnictwo nie było złożone, to dokument rejestrowy był poświadczony przez osobę, dla której nie wykazano umocowania, zamiast przez wykonawcę, a więc wbrew wymogom wynikającym z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie.

Co więcej słusznie podnosił zamawiający, że przedłużenie terminu także do wyjaśnień wskazywało na to, że przedłużenie terminu należało odnosić nie tylko do pełnomocnictwa, ale także innych elementów wezwania z dnia 1 lutego 2024 r. Treści pełnomocnictwa bowiem zamawiający z przystępującym nie wyjaśniał, a więc użycie tego pojęcia w odniesieniu do pełnomocnictwa nie miałyby logicznego sensu.

Z tego względu Izba uznała, że zamawiający w dniu 19 lutego 2024 r. dokonał przedłużenia terminu na składanie dokumentu rejestrowego do dnia 26 lutego 2024 r. W tym terminie dokumenty żądane przez zamawiającego zostały złożone. Tym samym zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzuty

naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 3) w związku z 462 ust. 1 i 17 ust. 2 ustawy oraz przez zaniechanie odrzucenia oferty TOSĆELIK w zakresie części 4 zamówienia, z powodu powierzenia podwykonania 100% tej części zamówienia oraz

naruszenia przez zamawiającego art. 223 ust. 1 zdanie 2 ustawy oraz art. 16 pkt 1) i 2) ustawy, przez niedopuszczalne prowadzenie między zamawiającym a TOSĆELIK negocjacji dotyczących oferty złożonej w części 4 zamówienia.

Izba zarzuty z pkt 3 b i c rozpozna łącznie, gdyż w swojej istocie sprowadzają się one do ustalenia treści oferty przystępującego Toscelik co do zakresu podwykonawstwa i tego czy w wyniku udzielonych wyjaśnień doszło do zmiany treści oferty, co do zakresu podwykonawstwa. W ocenie Izby zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Przede wszystkim rację należy przyznać Toscelik, że pkt. 4 i 5 nie służyły określeniu zakresu podwykonawstwa, ale udziału materiałów pochodzących z Unii Europejskiej w realizacji przedmiotowego zamówienia. W tym zakresie oświadczenie o 100 % pochodzeniu tych materiałów wskazywało na SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. z siedzibą w Hiszpanii. Natomiast informacje o podwykonawstwie powinny być zawarte w pkt. 8 formularza ofertowego. Toscelik tej części nie wypełnił. Zgodnie z zastrzeżeniem zamawiającego zawartym we wzorze formularza powinien być zatem potraktowany jako wykonawca, który sam wykona przedmiotowe zamówienie. Tym samym należało uznać, że oferta jest wewnętrznie sprzeczna, co do swojej treści. Z jednej bowiem strony przewiduje, że towar, czyli rury będą wyprodukowane przez firmę hiszpańską, a z drugiej, że przystępujący wykona sam całość zamówienia. Tym samym prawidłowe było w tym zakresie wezwanie zamawiającego w pkt. III wezwania z dnia 1 lutego 2024 do wyjaśnienia, czy w postępowaniu będzie brał udział podwykonawca, czy też nie. W tym zakresie nie istotna jest część zapytania zamawiającego ujęta w części IV wezwania z dnia 1 lutego 2024 r., bo jak słusznie podnosił zamawiający nie przewidział on, ani w umowie ramowej, ani w tym postępowaniu możliwości weryfikacji podwykonawcy, w tym żądania od niego podmiotowych środków dowodowych, bo do takich należy zaliczyć informację z banku, sprawozdanie finansowe, czy referencje dotyczące wykonania określonego rodzaju zamówień. Tym samym Izba nie będzie analizować, czy podwykonawca przystępującego jest zdolny do wykonania zamówienia. Co więcej rację w tym zakresie ma przystępujący Toscelik, że odwołujący nie postawił w tym zakresie zarzutu. Faktycznie w odwołaniu znalazło się stwierdzenie, że z dokumentów złożonych przez przystępującego nie wynika zdolność SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. z siedzibą w Hiszpanii do wyprodukowania rur ze stali L485, jednak nie ma w tym zakresie zarzutu opartego o treść art. 116 ust. 2 ustawy, a nadto Izba nie dysponuje materiałem dowodowym na podstawie, którego byłaby zdolna zweryfikować oświadczenie odwołującego, o tym, że SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. z siedzibą w Hiszpanii posiada doświadczenie jedynie w produkcji rur stalowych nieprzeznaczonych dla gazownictwa i niedopuszczonych na rynku polskim L235, jak i nie jest w stanie zweryfikować stanowiska zamawiającego, że ENAGAS zbadał możliwości produkcyjne SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. z siedzibą w Hiszpanii w zakresie produkcji stali L 485, bo dokumenty, z których te informacje mogłyby pochodzić zostały w postępowaniu przedstawione bez tłumaczenia na język polski, a ani odwołujący, ani zamawiający nie zadali sobie trudu by je na potrzeby postępowania odwoławczego przetłumaczyć. Zatem gdyby nawet z dokumentów zamówienia wynikało, że zamawiający miał obowiązek weryfikacji zdolności podwykonawcy do realizacji zamówienia, a odwołujący w tym zakresie sformułował zarzuty, to i tak Izba nie dysponowałaby materiałem dowodowym, na którym mogłaby się oprzeć. Z tego względu końcowe stanowisko odwołującego z rozprawy wyrażające obawę o zdolność do wykonania przedmiotowego zamówienia nie mogło mieć istotnego wpływu na rozstrzygnięcie. Przechodząc jednak do kwestii podwykonawstwa, to w ocenie Izby zamawiający prawidłowo wezwał przystępującego Toscelik do wyjaśnienia jak wykonawca chce to zamówienie zrealizować, skoro z jednej strony towary służące wykonaniu zamówienia będą pochodzić z kraju członkowskiego w 100%, a z drugiej przystępujący w pkt 8 nie wskazał zakresu podwykonawstwa. Czynność ta była uprawniona i jak najbardziej prawidłowa, gdyż zachodziła wewnętrzna sprzeczność oferty. Odwołujący opiera swoje odwołanie na stanowisku, że przystępujący Toscelik zmieniał zdanie, co do kwestii podwykonawstwa - w ocenie Izby jest to teza niezasadna. Problem bowiem polega na tym, że z odpowiedzi na pytanie zamawiającego z 1 lutego 2024 udzielonej 8 lutego 2024 nic nie wynika. Ta odpowiedź została udzielona w oderwaniu od zadanych pytań i wynika z niej, że albo tłumaczenie na język polski jest wykonane nieprofesjonalnie, albo Toscelik nie rozróżnia pojęć wykonawca, podwykonawca, poddostawca. Zamawiający precyzyjnie zapytał o rolę SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES (STS) S.L. z siedzibą w Hiszpanii, a uzyskał odpowiedź dotyczącą podmiotu SOLUCIONES TUBULARES SOSTENIBLES Baika Steel Tubular System, który nie wynikał z oferty. Według tej odpowiedzi podmiot ten nie miał być podwykonawcą, a podwykonawcą miał być zakład, który spełnia wymagania GPR, jakich zamawiający oczekuje. Przy czym z tłumaczenia wynika, że sam przystępujący uważa się za podwykonawcę – „Jako podwykonawca będziemy korzystać wyłącznie z usług poddostawców spełniających normy związane z powłoką GRP, na którą się Państwo zdecydował.” Trudno zatem na podstawie tego wyjaśnienia ustalić kogo przystępujący/tłumacz uważa za wykonawcę, kogo za podwykonawcę, a kim jest poddostawca. W ocenie Izby z racji tych nieścisłości językowych trudno uznać, że pismo przystępującego Toscelik odnosiło się, czy zmieniło zakres podwykonawstwa. Biorąc pod uwagę, że zamawiający wydłużył przystępującemu czas na złożenie wyjaśnień żądanych 1 lutego 2024 r. najpierw do 20 lutego potem do 26 lutego 2024 r., to w ocenie Izby udzielenie wyjaśnień niekompletnych przez przystępującego nie mogło mu szkodzić, gdyż nadal miał czas na złożenie wyjaśnień. W terminie do 26 lutego 2024 r. przystępujący sprecyzował w ocenie Izby w sposób jednoznaczny, że produkcja rur będzie objęta podwykonawstwem, a on wykona samodzielnie transport od producenta do Polski, transport po Polsce, wykona obsługę administracyjną i dokona rozliczeń. Takie

stanowisko przystępującego było konsekwentne i spójne poczynając od pisma z dnia 26 lutego, 6 marca i 21 marca 2024. Teraz konieczne jest ustalenie czego zamawiający wymagał w pkt. 8 formularza ofertowego. Zamawiający wymagał tam podania zakresu podwykonawstwa, a więc, co będzie robił lub będą robili podwykonawcy, aby ustalić jaką część wykona samodzielnie wykonawca. Zamawiający oczekiwał wprawdzie wskazania nazw podwykonawców, ale tylko o ile były one znane na datę składania oferty. Tym samym podanie nazw podwykonawców nie stanowiło elementu oferty i mogło ulegać zmianom. Z pkt. 4 i 5 formularza oferty zamawiający wiedział, że produkcja rur nie będzie wykonywana przez wykonawcę, natomiast nie wiedział, czy i co będzie robił wykonawca. W toku procedury wyjaśnień, w terminach określonych przez zamawiającego, zamawiający otrzymywał każdorazowo tożsamą i jednoznaczną odpowiedź – przystępujący nie wyprodukuje rur i nie będzie wykonywał żadnych czynności związanych z dostosowaniem rur do wymagań zamawiającego. Przeciwnie wykonawca Toscelik wyraźnie oświadczył, że będzie odpowiedzialny za transport rur od producenta do Polski, a potem do zamawiającego, wykona czynności logistyczno-administracyjne, rozliczenia. Zatem zakres świadczenia przystępującego został jednoznacznie i konsekwentnie określony. Nie ma zatem w ocenie Izby znaczenia, że w tabeli opracowanej przez zamawiającego przystępujący wskazał innych podwykonawców w zakresie materiałów, produkcji rur i izolacji. Bowiem przystępujący nigdzie nie twierdził, że ten zakres będzie wykonywał. Przeciwnie cały czas wskazywał, że produkcję rur obejmie podwykonawstwem. W sprawie niesporne jest, że przystępujący nie będzie produkował rur. Sporne jest natomiast to, czy produkcja rur wypełnia całość zamówienia. Słusznie w tym zakresie przystępujący Toscelik zwrócił uwagę na wymagania zamawiającego związane z Incoterms 2020 DDP. Ze skrótu DDP wynika, że zamawiający nie przejmuje na siebie odpowiedzialności za nabywany towar z chwilą opuszczenia przez niego fabryki, przeciwnie zamawiający nie przyjmuje na siebie żadnego ryzyka związanego z dostawą towaru. Oczekuje, że towar zostanie mu dostarczony do wskazanych miejsc, wykonawca zapewni właściwy transport do Polski, transport po Polsce, w tym odpowiednie pojazdy do przewozu rur, które przecież mają znaczącą średnicę DN 700 i długość powyżej 10 metrów, co oznacza, że będą wymagały specjalnego konwoju, a także uzgodnień z właścicielami dróg, co do możliwego przejazdu. W warunkach Incoterms DDP mieści się także ubezpieczenie przewożonego towaru. W ocenie Izby transport rur do zamawiającego stanowi element świadczenia i to mający dla zamawiającego duże znaczenie, skoro zamawiający nie chce ponosić ryzyka utraty towaru, czy jego zniszczenia, a gdyby nie świadczenie przystępującego nie mógłby zdjąć z siebie tego ryzyka. Z tego względu w ocenie Izby należało uznać, że nie doszło do zaoferowania wykonania zamówienia za pomocą 100% sił podwykonawczych. Co do kilkakrotności kierowanych zapytań do przystępującego, to w ocenie Izby zamawiający faktycznie chciał zweryfikować zdolność podwykonawcy do wykonania zamówienia, żądając dokumentów, których nie przewidział w SWZ – sprawozdań finansowych, opinii z banku, czy wykazu referencji, czy też wypełnienia przygotowanej przez siebie tabeli. Wszystkie te dokumenty, jak słusznie podnosił do zamawiającego przystępujący Toscelik nie były wymagane przez zamawiającego. Przystępujący podnosił, że nie był przygotowany do ich złożenia, bo o takiej konieczności nic nie wiedział. Jednak mimo wielokrotności tych wyjaśnień w ocenie Izby nie doszło do zmiany treści oferty, bowiem jak w pkt 4 i 5 produkcja rur miała być powierzona innemu niż przystępujący podmiotowi, a wykonawca mimo, że nie wskazał takiego zakresu podwykonawstwa w pkt. 8 nie zmienił tego zakresu w późniejszych wyjaśnieniach, nie twierdził np. że jednak sam wyprodukuje rury. Przeciwnie wskazywał za każdym razem, że sam wykona transport, obsługę logistyczno-administracyjną i rozliczenia. W ocenie Izby zatem nie doszło do niedozwolonych negocjacji treści oferty. Zarzuty zatem podlegały oddaleniu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego w zakresie części 4 zamówienia

Zarzut zasługuje na oddalenie. Zarzut był zarzutem wynikowym opartym na tym, że oferta przystępującego Toscelik powinna być odrzucona. Skoro żaden z zarzutów zmierzających do odrzucenia oferty nie potwierdził się, to wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej był prawidłowy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt. 1 cyt. rozporządzenia zaliczając w poczet kosztów koszty wpisu, koszty wydatków pełnomocnika odwołującego, koszty dojazdu odwołującego na rozprawę i koszty wydatków pełnomocnika zamawiającego na podstawie złożonego przez odwołującego spisu kosztów i faktury złożonej przez zamawiającego.

Izba obciążyła odwołującego kosztami wpisu i nakazała odwołującemu zwrot uzasadnionych wydatków pełnomocnika zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....