Sygn. akt KIO 4763/24

WYROK

Warszawa, dnia 17 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Jodłowska
Danuta Dziubińska
Emilia Garbala
Protokolantka:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2025 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2024r. przez wykonawcę KARSAN OTOMOTİV SANAYİİ VE TİCARET A.Ş., Bur Turcja w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Miasta Gdańska - Zarząd Transportu Miejskiego w Gdańsku w imieniu którego działa Gmina Miasta Gdańska - Urząd Miejski w Gdańsku

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego SOLARIS BUS & COACH SPÓŁKA Z OGRANICZC ODPOWIEDZIALNOSCIĄ z siedzibą w Bolechowie - Osiedlu

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy KARSAN OTOMOTİV SANAYİİ VE TİCARET A.Ş., Bur Turcja, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz po 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę oraz Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

2.2.zasądza od zamawiającego Gminy Miasta Gdańska - Zarząd Transportu Miejskiego w Gdańsku w imieniu którego działa Gmina Miasta Gdańska - Urząd Miejski w Gdańsku na rzeczwykonawcy KARSAN OTOMOTİV SANAYİİ V TİCARET A.Ş., Bursa, Turcja kwotę 18 600 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 4763/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający Gmina Miasta Gdańska - Zarząd Transportu Miejskiego w Gdańsku, w imieniu którego działa Gmina Miasta Gdańska - Urząd Miejski w Gdańsku, w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Dostawa 30 autobusów miejskich niskopodłogowych o napędzie elektrycznym dla Gminy Miasta Gdańska", nr referencyjny: BZP.271.22.2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 września 2024 r. pod numerem: 536315-2024.

W postępowaniu tym wykonawca KARSAN OTOMOTİV SANAYİİ VE TİCARET A.Ş., Bursa, Turcja (da „Odwołujący") w dniu 16 grudnia 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, a mianowicie:

a)czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego w Postępowaniu;

b)zaniechania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego;

c)czynności wyboru oferty Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. (dalej: „Solaris"), jako najkorzystniejszej.

<u>Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:</u>

1)art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 3, 4 i 9 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo że jej treść nie jest niezgodna z przepisami ustawy, nie jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów i nie została złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert – jest przy tym ofertą zgodną z warunkami zamówienia o cenie niższej niż cena wykonawcy Solaris, którego oferta na skutek wskazanych naruszeń została wybrana jako najkorzystniejsza;

2)art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty wykonawcy Solaris, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

1)unieważnił czynności wyboru oferty złożonej przez Solaris, jako oferty najkorzystniejszej,

2)unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego,

3)dokonał ponownego badania i oceny ofert,

4)dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Odwołujący wskazał, że jego oferta została odrzucona z uwagi na fakt, iż Odwołujący ma siedzibą w Turcji. Jako podstawę prawną czynności odrzucenia Zamawiający podał:

W ramach opisowej części uzasadnienia odrzucenia, Zamawiający powołał się na wyrok TSUE z dnia 22 października 2024 r. w sprawie Kolin C - 652/22 oraz stwierdził, m.in. że:

Podobnie jak w prawie unijnym w stosunku do procedury otwartej, tak w ustawie Pzp (art. 132) w stosunku do przetargu nieograniczonego wskazuje się, że oferty mogą w tym postępowaniu złożyć w odpowiedzi na ogłoszenie „wszyscy zainteresowani Wykonawcy".

Wykonawca to z kolei każdy ubiegający się o zamówienie publiczne, bez wskazania w przepisie ograniczenia do podmiotów osób czy jednostek organizacyjnych z UE i krajów związanych umowami z Unią. W komentarzach do art. 16 ustawy Pzp wskazuje się, iż Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający równe traktowanie Wykonawców, zakresem zasady równego traktowania, obejmuje Wykonawców oraz świadczenia z UE, oraz krajów, które z UE podpisały umowy o równym traktowaniu (Komentarz do art. 16 ustawy Pzp w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz. W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Warszawa 2021 r., s. 154-157). Ten sposób wykładni (poprzez dookreślenie, iż zasada równego traktowania nie dotyczy wszystkich Wykonawców, lecz tych z krajów, które zapewniają wzajemność w równym traktowaniu) służy podkreśleniu wspólnotowego charakteru dyrektyw unijnych i celu utworzenia Unii jakim jest ustalenie zasad wiążących wszystkich umawiających się stron. Należy zauważyć, iż w wyroku TSUE z dnia 22 października 2024 w sprawie Kolin C - 652/22 zasady dostępu do europejskiego rynku zamówień publicznych wywiedziono z prawa pierwotnego (Traktatów). Zdaniem TSUE Wykonawcy z państw, z którymi UE nie jest zawarła umów o wzajemności i równości dostęp

do rynku zamówień - nie mają zapewnionego dostępu do unijnego rynku zamówień publicznych. Trybunał uznał, że ustalenie prawa dostępu do zamówień publicznych w UE to

element wspólnej polityki handlowej, a ta jest wyłączną kompetencją Unii Europejskiej.

W tezie 65 TSUE wskazał, że organy krajowe nie mogą interpretować krajowych przepisów transponujących dyrektywy tak, że mają one zastosowanie również do Wykonawców z państw trzecich, które nie zawarły takiej umowy z Unią, którzy zostaliby dopuszczeni przez Zamawiającego do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast w tezie 67 TSUE stwierdził, iż organy krajowe nie są uprawnione do objęcia Wykonawców z państw trzecich, zastosowaniem przepisów krajowych transponujących przepisy dyrektywy.

Tym samym złożona przez Wykonawcę oferta jest niezgodna z ustawą Pzp, gdyż w świetle ustawy Pzp interpretowanej zgodnie z zasadą wykładni prounijnej ustaloną przez TSUE, ustawa krajowa nie może dopuszczać udziału wykonawców z krajów pozaunijnych (i nie związanych umowami z UE) do zamówień publicznych w krajach członkowskich.

Wykonawcy z krajów nie związanych umowami z Unią Europejską nie zostali zaproszeni w dokumentach zamówieniowych przez Zamawiającego do składania ofert. Zgodnie z art. 8 ustawy Pzp i art. 71 Kodeksu cywilnego ogłoszenie jest zaproszeniem do zawarcia umowy, a pominięcie w ogłoszeniu informacji o zaproszeniu określonych podmiotów (gdy bez tej informacji ex lege nie mogą oni ofert skutecznie złożyć) przesądza, iż złożona przez nich oferta jest ofertą wykonawcy niezaproszonego.

Stanowisko Zamawiającego potwierdza wyrok TSUE z dnia 22 października 2024 w sprawie Kolin C - 652/22, który stwierdza, że kwestia dostępu wykonawców z państw trzecich do postepowań o udzielenie zamówienia publicznego w państwach członkowskich Unii Europejskiej należy do dziedziny, w której Unia posiada wyłączną kompetencję, zaś państwa

członkowskie nie mają uprawnienia do regulowania tej kwestii na mocy przepisach krajowych.

Nie pozbawia to możliwości udziału wykonawców z państw trzecich w zamówieniach, o ile dany zamawiający wyrazi na to zgodę w konkretnym postępowaniu. Zamawiający może przy tym przewidzieć odmienne reguły traktowania wykonawców unijnych i tych spoza UE przy zachowaniu zasad przejrzystości i proporcjonalności.

Należy zaznaczyć, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie zaprosił do składania ofert wykonawców z państw trzecich.

Odnosząc się do uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołujący podniósł, że w treści dokumentacji postępowania, Zamawiający w żaden sposób nie ograniczył dostępu do udziału w postępowaniu wykonawcom z państw trzecich, innych niż Rosja.
Wymogi nie wyrażone w SWZ, nie obowiązują Wykonawców. Odrzucenie oferty na podstawie wymogów/ograniczeń nie wyrażonych w SWZ jest niezgodne z przepisami ustawy Pzp i sprzeczne z literalną treścią udostępnionej dokumentacji.
Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający nie wprowadził postanowień SWZ, które ograniczałyby grono wykonawców.
Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie art. 132 ustawy Pzp.
Odnosząc się do podstaw prawnych odrzucenia oferty, Odwołujący wskazał:
1.art. 226 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp nie ma zastosowania w przetargu nieograniczonym.
Twierdzenie Zamawiającego, że: *pominięcie w ogłoszeniu informacji o zaproszeniu określonych podmiotów (gdy bez tej informacji ex lege nie mogą oni ofert skutecznie złożyć) przesądza, iż złożona przez nich oferta jest ofertą wykonawcy niezaproszonego* – jest również całkowicie oderwane od obowiązujących przepisów. Jeśli jakiś podmiot nie może złożyć oferty z mocy prawa, to Zamawiający nie może tego zmienić poprzez wskazanie w ogłoszeniu informacji o zaproszeniu. Ustawa Pzp w ogóle nie zna takiej instytucji jak: *informacja o zaproszeniu określonych podmiotów*, w przetargu nieograniczonym, w którym z definicji, oferty mogą składać wszyscy wykonawcy.
2.art. 226 ust. 1 pkt 3 oraz art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp
Odwołujący wskazał, że w treści uzasadnienia Zamawiający nie wskazuje przepisów, z którymi rzekomo miałaby być niezgodna oferta Odwołującego (bo takie akty prawne nie istnieją), a jedynie odwołuje się do wyroku, który sam w sobie nie jest aktem prawnym.
Odwołujący podniósł również, że podstawy odrzucenia z art. 226 ust. 1 pkt 3 i 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (wskazane jako podstawa odrzucenia), są do siebie konkurencyjne. W tym sensie, że art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, stosuje się w przypadku niezgodności z przepisami ustawy Pzp i aktów wykonawczych do tej ustawy (np. w zakresie niezgodności oferty z formą wymaganą przez ustawę Pzp). Natomiast art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp dotyczy niezgodności z innymi aktami prawnymi, o ile te akty prawne przewidują dla danej niezgodności, nieważność czynności prawnej jaką jest złożenie oferty (np. naruszenie zasad reprezentacji wynikających z kodeksu cywilnego). Żaden z tych przypadków nie ma miejsca na gruncie niniejszej sprawy.

Odwołujący zwrócił uwagę, że tezy wyroku TSUE przytoczone przez Zamawiającego odnoszą się jedynie do Dyrektywy 2014/25, co TSUE podkreśla, wskazując w każdej z zacytowanych tez nazwę/numer dyrektywy – natomiast postępowanie prowadzone jest na podstawie Dyrektywy 2014/24/UE oraz regulacji krajowej w postaci ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego tezy te nie powinny mieć zastosowania do decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu.

Pismem z dnia 11 stycznia 2025 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał na konieczność odrzucenia odwołania jako złożonego przez podmiot nieuprawniony oraz z naruszeniem terminu na jego złożenie. Zamawiający zwrócił uwagę, że w przywołanym wyroku Kolin TSUE rozstrzygając o prawie udziału wykonawców z tzw. krajów trzecich, do których zalicza się Turcja – kraj, w którym siedzibę ma Odwołujący wskazał, iż ustawodawca krajowy nie może odmiennie niż wynika to z prawa UE ukształtować zasad dostępu wykonawców z tych krajów do rynków krajowych. Wskazał też, że zasady ustalone w dyrektywach dotyczących zamówień publicznych do takich wykonawców nie znajdują zastosowania. Odnosząc się wprost do środków odwoławczych w motywie 66 rozstrzygnięcia Trybunał wskazał, że środek odwoławczy wnoszony przez wykonawcę z kraju trzeciego może być złożony jedynie wobec naruszenia w zasadach ustalonych przez zamawiającego wymogów proporcjonalności i przejrzystości. Zamawiający ustalał zasady postępowania w ogłoszeniu o zamówieniu w dniu 6 września 2024 r. Wykonawca nie złożył odwołania na treść ogłoszenia, nie zadał też jakichkolwiek pytań co do tej treści, mimo iż znana była mu już w tym czasie opinia Rzecznika Generalnego TSUE, co do wykładni prawa krajowego niedopuszczającej wykonawców z siedzibą w Turcji do unijnego
rynku zamówień
(https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:62022CC0652).

Zamawiający podniósł, że gdyby z takim pytaniem do zamawiającego zwrócił się – uzyskałby jednoznaczną odpowiedź, iż zamawiający podobnie jak Rzecznik Generalny TSUE rozumie relację między przepisami dyrektyw UE i ustawą Pzp i nie przyjmie ofert złożonych przez wykonawców z tzw. krajów trzecich.

Rzecznik w tezach 29 - 33 oraz 51- 52 opinii wskazał jasno, że podmioty z siedzibą w Turcji nie mogą domniemywać, iż obejmuje ich prawo do ubiegania się o zamówienia publiczne w UE ustalone dyrektywami unijnymi. Tym samym nie dozwala na traktowanie milczenia w ogłoszeniu jako domniemania zgody na udział w postępowaniu.
Zaniechanie wniesienia odwołania w odpowiednim czasie nie może powodować, że teraz Odwołujący może odwołać się

od wyniku postępowania próbując przywrócić sobie termin na jego wniesienie. Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie ze stanowiskiem TSUE (motyw 65) organy krajowe - w tym więc także KIO - nie mogą interpretować przepisów krajowych (przepisów ustawy Pzp) w ten sposób, że mają one zastosowanie do wykonawców z krajów trzecich. Tym samym także przepis na wniesienie odwołania na wynik postępowania, tj. art. 515 ustawy Pzp, a także przepis uprawniający do wniesienia odwołania podważającego ten wynik (art. 513 ustawy Pzp) do Odwołującego nie znajdą zastosowania. Odwołanie mogło być wniesione jedynie wobec zasad ustalonych w ogłoszeniu, czego Odwołujący nie uczynił.

Ponadto Odwołujący jako podmiot, który nie został dopuszczony do udziału w postępowaniu jest podmiotem nieuprawnionym do wniesienia odwołania na wynik tego postępowania. Zgodnie z w/w orzeczeniem TSUE uprawnienie do korzystania z krajowych środków odwoławczych przysługiwać może jedynie na naruszenie zasad proporcjonalności i przejrzystości w dostępie do zamówienia.

Oferta Odwołującego została odrzucona z trzech przyczyn. Po pierwsze jest to oferta niezgodna z ustawą Pzp, gdyż w świetle ustawy interpretowanej zgodnie z zasadą wykładni prounijnej ustaloną przez TSUE, ustawa krajowa nie może dopuszczać udziału wykonawców z krajów pozaunijnych (i nie związanych umowami z UE) do zamówień publicznych w krajach członkowskich. Po drugie – jest to oferta nieważna na podstawie przepisów dyrektywy 2014/24UE, która (jak wynika z orzeczenia TSUE w sprawie Kolin) nie dopuszcza złożenia ofert przez wykonawców z krajów trzecich bez wskazania tej możliwości przez zamawiającego oraz z art. 207 TFUE, gdyż wbrew wyrażonej w nim zasadzie kształtowania wspólnej polityki handlowej przyjęcie tej oferty następowałoby bez oparcia w normach prawa unijnego, zaś prawo krajowe nie może kształtować zasad tej polityki inaczej niż wskazuje na to TSUE. Po trzecie - odrzucenie miało miejsce na podstawie przepisu o odrzucaniu ofert złożonych przez wykonawców nie zaproszonych do ich składania, gdyż ze względu na art. 8 ustawy Pzp i art. 71 Kc ogłoszenie jest zaproszeniem do zawarcia umowy, a pominięcie w ogłoszeniu informacji o zaproszeniu określonych podmiotów (gdy bez tej informacji *ex lege* nie mogą oni ofert skutecznie złożyć) przesądza, iż złożona przez nich oferta jest ofertą wykonawcy niezaproszonego.

Zamawiający wskazał, że istotne w sprawie są szczegółowe ustalenia TSUE. Te w zakresie istotnym w sprawie możliwości ubiegania się o zamówienia w UE przez wykonawców tureckich Trybunał zawarł w tezach 61 – 67 wyroku.

Zdaniem Zamawiającego z ustaleń TSUE dla sytuacji, w której znajduje się Zamawiający prowadząc postępowanie, w których ofertę złożył wykonawca z siedzibą w Turcji wynika:

Z tezy 61 i 62 **–** że przepisy prawa polskiego o tym, iż wykonawcom zapewniane jest równe traktowanie oraz że każdy zainteresowany wykonawca może złożyć ofertę, mimo iż literalna wykładnia mogłaby prowadzić do wniosku, że dotyczą one każdego wykonawcy bez żadnych wyjątków, nie mogą być odczytywane w oderwaniu od norm dyrektywy i umów międzynarodowych zawartych przez UE. Należy je więc odczytywać tak, że równe traktowanie z mocy prawa nie tylko nie musi, ale nie może mieć miejsca wobec wykonawców z krajów trzecich, tj. nie związanych z UE umowami o wzajemności na rynku zamówień publicznych. Wykonawca taki nie może powołać się na przepis prawa krajowego i domagać się prawa do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a zamawiający nie może interpretować prawa tak, że ono na taki udział wykonawcy z kraju trzeciego pozwala.

Z tezy 63 i 64 **–** że z woli zamawiającego może wynikać prawo wykonawcy z państwa trzeciego do udziału w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a warunki, na których uczestnictwo to może mieć miejsce mogą różnić się od warunków gwarantowanych przepisami prawa powszechnie obowiązującego wykonawcom z UE i krajów związanych z nią umowami i są przedstawiane w dokumentach zamówienia.

Z tezy 65 i 67 **-** że żaden organ krajowy nie może na podstawie przepisów ustawy Pzp, wdrażających dyrektywy 2014/24 lub 2014/25, wywodzić dla wykonawcy z krajów trzecich (np. tureckiego) skutków takich jak dla wykonawców z UE, w tym nie może objąć ochroną takiego wykonawcy. Oznacza to w szczególności, iż Prezes UZP jako organ właściwy w sprawach zamówień wydawać korzystnych dla wykonawcy tureckiego ustaleń obejmując go ochroną np. poprzez wyniki kontroli postępowania o udzielenie zamówienia.

Z tezy 66 – że TSUE dopuścił (choć ze względu na sformułowanie *można sobie wyobrazić, że zasady traktowania takich wykonawców powinny być zgodne z określonymi wymogami, takimi jak wymóg przejrzystości lub proporcjonalności* raczej nie nakazał), by zasady przejrzystości i proporcjonalności były stosowane wobec wykonawców z krajów trzecich.

W dalszej części uzasadnienia Zamawiający przywołał opinię Urzędu Zamówień Publicznych *Udział wykonawców z państw trzecich w świetle wyroku TSUE w sprawie C-652/22.* Zdaniem Zamawiającego teza wskazana w pkt 4 podsumowania opinii nie znajduje oparcia w treści orzeczenia TSUE C - 652/22, zasadach wykładni prounijnej, oraz ustalonych w doktrynie i orzecznictwie SN regułach wnioskowania z milczenia.

Po pierwsze – nie sposób uznać, że TSUE nakazał stosowanie zasady przejrzystości wobec wykonawców z krajów trzecich, lecz co najwyżej, że ją dopuścił.

Po drugie – TSUE wyraźnie wskazał, że zamawiający może w dokumentach zamówienia ustalić zasady udziału wykonawców z państw trzecich w postępowaniu, nie zaś, iż ma w nich wskazywać na zakaz takiego udziału. Wbrew

twierdzeniom Odwołującego, TSUE nie wskazuje, że Zamawiający może ograniczyć dostęp wykonawców z krajów trzecich do zamówień w UE. TSUE wyraził pogląd zgoła inny - zamawiający może w dokumentach zamówienia ustalić warunki dostępu takich wykonawców do zamówienia. Milczenie oznacza, że ich nie ustalił. A skoro ich nie ustalił – w świetle normy prawa – dostęp taki jest niedozwolony. Skoro jak ustalił Trybunał – normy dyrektyw nie odnoszą się do wykonawców spoza UE i krajów związanych z nią umowami o równym traktowaniu (do których Turcja nie należy), to przepis, że o zamówienie mogą ubiegać się wszyscy wykonawcy (na który w odwołaniu powołuje się Odwołujący) – wykonawców z Turcji nie dotyczy, gdyż inaczej przepis ustawy Pzp byłby wykładany w sprzeczności z dyrektywą i jej obowiązkowym odczytywaniem w świetle wyroku w sprawie Kolin. Bez czynności zamawiającego wyrażającej zgodę na taki udział – brak więc podstaw do ich uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przyjmowanie, że milczenie oznacza zgodę na udział w postępowaniu np. wykonawcy z siedzibą w Turcji stanowi całkowite odwrócenie woli TSUE, który jasno wskazuje nie na potrzebę ustanawiania zakazu, lecz konieczność (teza 64 zdanie drugie wyroku) wyrażenia zgody na udział przez konkretnego zamawiającego w dokumentach zamówienia.

Wykonawca SOLARIS BUS & COACH SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOSCIĄ z siedz Bolechowie - Osiedlu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 10 stycznia 2025 r. Uczestnik postępowania odniósł się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie uwzględniła wniosku o odrzucenie odwołania podniesionego zarówno przez Zamawiającego jak i Uczestnika postępowania jako złożonego przez podmiot nieuprawniony oraz z naruszeniem terminu na jego złożenie (art. 528 pkt 2 i 3 ustawy Pzp).

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 22 października 2024 r. w sprawie Kolin C - 652/22 nie wskazał wprost, że wykonawcom z państw trzecich nie przysługuje prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej. Co za tym idzie wszelkie domniemania w tym zakresie są wyłącznie interpretacją własną Zamawiającego, nie znajdującą potwierdzenia ani w wyroku, ani też w obowiązujących przepisach.

Warto również zwrócić uwagę, że TSUE nie wypowiedział się o prawie do sądu. Zgodnie z art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (KPP)*Każdy, kogo prawa i wolności zagwarantowane przez prawo Unii zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka prawnego przed sądem, zgodnie z warunkami przewidzianymi w niniejszym artykule.*

Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony uprzednio na mocy ustawy. (…).

„Każdy" w rozumieniu art. 47 KPP to nie tylko wykonawca z dowolnego kraju UE lub kraju związanego z UE porozumieniem zapewniającego traktowanie nie mniej korzystne niż wykonawców pochodzących z Unii Europejskiej oraz robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z Unii Europejskiej, ale także wykonawca z dowolnego innego kraju, jeśli jego prawa zagwarantowane w przepisach prawa UE zostały naruszone. Prawo do sądu to nieodzowny element dostępu do wymiaru sprawiedliwości. Sądy zapewniają ochronę przed bezprawnymi praktykami i utrzymanie praworządności, a prawo do sądu jest skutkiem prawa do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy. Efektywna ochrona sądowa jest zasadą, wywodzoną z TFUE (Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej), jako zasada ogólna prawa unijnego. Trybunał Sprawiedliwości UE w sprawie 222/84 wskazał, że stanowi ona warunek konieczny dla zasady skuteczności prawa UE (vide: Dzierżanowski Włodzimierz, Prawo do sądu w zamówieniach publicznych, 2018).

Nie sposób pominąć art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, który stanowi, że*Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd.*

Argumentacja Zamawiającego oraz Uczestnika postępowania w zasadzie sprowadzała się do tego, że Odwołujący nie może, w świetle wyroku TSUE, zarzucić naruszenia art. 16 ustawy Pzp. Tyle tylko, że zarzuty Odwołującego dotyczyły bezzasadnego odrzucenia jego oferty. Powyższego nie można uprościć poprzez odwołanie się wyłącznie do nierównego traktowania wykonawców i pozostałych zasad gwarantowanych w tym przepisie.

Na uwzględnienie nie zasługiwały również twierdzenia, że odwołanie jest spóźnione. Odwołanie dotyczy

czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a nie treści ogłoszenia. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty pismem z dnia 5 grudnia 2024 r. i to właśnie od tej daty należy liczyć termin do wniesienia w przedmiotowej sprawie odwołania.

W ocenie Izby niezasadny był też wniosek Uczestnika postępowania o odrzucenie odwołania z uwagi na to, że podniesione w nim przepisy nie mają zastosowania w niniejszej sprawie (art. 528 pkt 1 ustawy Pzp). Ponownie należy zauważyć, że odwołanie dotyczy przede wszystkim odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu właśnie o przepisy ustawy Pzp, tj. art. 226 ust. 1 pkt 3, 4 i 9 ustawy Pzp. Nie można zatem twierdzić, że przepisy te nie mają zastosowania w sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. Pozbawienie wykonawców z państw trzecich prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej musi opierać się na przepisach, a nie na domysłach Zamawiającego, że Trybunał właśnie to miał na myśli w sytuacji, gdy powyższe nie wynika z wyroku.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa 30 autobusów miejskich niskopodłogowych o napędzie elektrycznym dla Gminy Miasta Gdańska.

Zamawiający pismem z dnia 5 grudnia 2024 r. poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w części nr 1 i 2, za którą uznał ofertę Uczestnika postępowania oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. Treść uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego została przytoczona w odwołaniu i odpowiada rzeczywistości, wobec czego za zbędne należy uznać jej powtarzanie.

Stan faktyczny w niniejszej sprawie nie był sporny, sporna była jedynie jego ocena prawna. Oś sporu koncentrowała się na interpretacji wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 22 października 2024 r. w sprawie Kolin C - 652/22. Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygając niniejszą sprawę musiała odpowiedzieć na pytanie, czy Zamawiający w oparciu o przywołany wyrok winien odrzucić ofertę Odwołującego z uwagi na to, że została złożona przez wykonawcę z państwa trzeciego (Turcji), z którym Unia Europejska nie jest związana umowami międzynarodowymi gwarantującymi wzajemny i równy dostęp do rynków zamówień publicznych.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*
pkt 3 jest niezgodna z przepisami ustawy;
pkt 4 jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;
pkt 9 została złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert.
Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.*

Tytułem wstępu należy podkreślić, że zasada przejrzystości jest jednym z filarów udzielania zamówień publicznych i jej niestosowanie wypaczałoby sens prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający obowiązany jest przygotować i przeprowadzić postępowanie w taki sposób, aby umożliwić zarówno uczestnikom jak i Krajowej Izbie Odwoławczej zweryfikowanie prawidłowości tego postępowania. Przejrzystość przejawia się m.in. na zrozumiałej i jednoznacznej demonstracji decyzji podejmowanych przez zamawiającego poprzez jej ujawnienie w dokumentach postępowania. Kolokwialnie rzecz ujmując, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego musi zawierać jasne reguły gry, których na etapie badania i oceny ofert zmieniać nie można.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie własnej, subiektywnej interpretacji wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 22 października 2024 w sprawie Kolin C - 652/22.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego w przywołanym wyroku TSUE nie orzekł o niedopuszczalności wykonawców z siedzibą w Turcji do unijnego sytemu zamówień publicznych (ani tym bardziej o tym, że milczenie oznacza o ich niedopuszczeniu), tylko o pozostawieniu tej decyzji zamawiającemu. Wynika to wprost z tezy 63 wyroku, w którym wskazano, że to do podmiotu zamawiającego należy dokonanie oceny, czy należy dopuścić do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców z państwa trzeciego. Co za tym idzie obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie takiej analizy i uzewnętrznienie jej w dokumentach zamówienia.

Z tezy 63 wyroku TSUE nie można, w ocenie Izby, wyciągać jednoznacznego wniosku, że zdaniem Trybunału zamawiający ma obowiązek sygnalizować w dokumentach zamówienia jedynie zamiar dopuszczenia wykonawców z

państw trzecich do ubiegania się o zamówienia, natomiast nie ma obowiązku wyrażać woli ich niedopuszczenia. Z tej części wyroku wynika przede wszystkim, że zamawiający ma dokonać oceny, czy należy dopuścić takich wykonawców, przy czym dalej Trybunał precyzuje, że jeśli zamawiający zdecyduje się ich dopuścić, to musi także zdecydować, czy będzie ich traktował w toku postępowania tak samo jak wykonawców unijnych i wykonawców z państw powiązanych z Unią określonymi umowami, czy też będzie ich traktował inaczej. Innymi słowy: Trybunał w tezie 63 wyroku napisał jedynie, że w razie dopuszczenia przez zamawiającego wykonawców z państw trzecich do postępowania, zamawiający musi następnie zastanowić się nad ewentualną „korektą wyniku porównania ofert" czyli nad tym, w jaki sposób będzie oceniał ich oferty. Tę myśl Trybunał kontynuuje w tezie 64 wyroku, gdzie pisze, że skoro wykonawcom z państw trzecich nie przysługuje „nie mniej korzystne traktowanie na podstawie art. 43 dyrektywy sektorowej", to zamawiający może przewidzieć warunki odzwierciedlające inną sytuację tych wykonawców w porównaniu do wykonawców unijnych i wykonawców z państw powiązanych z Unią określonymi umowami, czyli mówiąc wprost: dopuszczając wykonawców z państw trzecich do postępowania zamawiający może przewidzieć ich „gorsze" traktowanie w tym postępowaniu. W żadnej części wyroku natomiast Trybunał nie napisał, że zamawiający może nie informować w dokumentach zamówienia o zamiarze niedopuszczenia wykonawców z państw trzecich do postępowania.

Izba nie dała wiary Zamawiającemu, że dokonał on takiej oceny i właśnie milczeniem postanowił nie dopuścić wykonawców z państw trzecich. W tym miejscu wypada przypomnieć o doniosłości dokumentów zamówienia, która sprowadza się do szczególnej roli w postępowaniu – z jednej strony określa oczekiwania zamawiającego dotyczące wykonawców, by uczynić zadość swoim wymaganiom, a z drugiej zaś – wyznacza granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując weryfikacji złożonych ofert. Właśnie dlatego zamawiający obowiązany jest uzewnętrznić podejmowane decyzje. Jest on bowiem związany tym co w dokumentach zamówienia zawarł. Zamawiający nie może, po upływie terminu składania ofert, zmienić czy też doprecyzować jakichkolwiek zapisów. A właśnie do tego zmierzają twierdzenia Zamawiającego. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mają prawo oczekiwać, że ich oferta zostanie poddana ocenie w zakresie wyartykułowanym w dokumentach postępowania.

Nie bez znaczenia jest również to, że Zamawiający wszczął postępowanie we wrześniu 2024 r., natomiast wyrok TSUE, na którym oparł uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego, zapadł 22 października 2024 r. Tym samym wszczynając postępowanie, Zamawiający nie mógł znać jeszcze wyroku TSUE. Mało wiarygodne jest przy tym wyjaśnienie Zamawiającego, który twierdzi, że opierał się już wtedy na opinii Rzecznika i z niej wywiódł, że jeśli nie zasygnalizuje w żaden sposób w dokumentach zamówienia zamiaru niedopuszczenia do postępowania wykonawców z państw trzecich, będzie to oznaczało, że ich nie dopuszcza. Taka argumentacja Zamawiającego jest przede wszystkim sprzeczna z jednolitą wykładnią art. 132 i art. 7 pkt 30 ustawy Pzp, zgodnie z którymi w przetargu nieograniczonym mogą wziąć udział wszyscy wykonawcy bez względu na pochodzenie, a także sprzeczna z dotychczasową praktyką, w myśl której uczestnictwo wykonawców z państw trzecich nie było w żaden sposób ograniczane na rynku polskim. Tym bardziej zatem Zamawiający, nawet jeśli rzeczywiście kierował się opinią Rzecznika, powinien był w świetle ww. wykładni i praktyki, a także w świetle obowiązującej zasady przejrzystości, zadbać o to, by w dokumentach zamówienia wyrazić swoją wolę niedopuszczenia do postępowania wykonawców z państw trzecich. Nie zamieszczając w dokumentach zamówienia żadnej informacji na ten temat, Zamawiający nie tylko naruszył zasadę przejrzystości i w konsekwencji - art. 226 ust. 1 pkt 3, 4 i 9 ustawy Pzp odrzucając ofertę Odwołującego, ale także podważył wiarygodność argumentacji jakoby już przed wszczęciem postępowania miał zamiar nie dopuszczać wykonawców z państw trzecich do postępowania.

Należy zgodzić się z Zamawiającym i Uczestnikiem postępowania co do obowiązku dokonywania prounijnej wykładni przepisów ustawy Pzp, jednakże należy podkreślić, że dotyczy to przepisów w tej ustawie zawartych. Tymczasem art. 43 dyrektywy sektorowej (analogicznie art. 25 dyrektywy klasycznej) nie został implementowany do ustawy Pzp, zatem trudno tu mówić o dokonywaniu jakiejkolwiek wykładni prounijnej przepisu w tej ustawie nieistniejącego.

Dodatkowo należy zauważyć, że brak dopuszczenia określonej grupy wykonawców do uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia musi być oparty na jednoznacznej podstawie prawnej. Taką podstawą prawną nie jest sam wyrok TSUE, który jak wskazał zresztą Zamawiający – jedynie objaśnia, jak należy rozumieć art. 43 dyrektywy sektorowej. Tymczasem przepis ten nie został implementowany do polskiego porządku prawnego, zatem w ustawie Pzp nie ma bezpośredniej podstawy niedopuszczenia wykonawców z państw trzecich do postępowania. Z kolei oparcie się w tym zakresie bezpośrednio na przepisie dyrektyw i ich wykładni dokonanej w ww. wyroku TSUE, musi być dokonywane zgodnie z zasadą przejrzystości, która wymaga wskazania przez zamawiającego w dokumentach zamówienia, że nie dopuszcza on tych wykonawców do postępowania.

Odnosząc się do wskazanych przez Zamawiającego podstaw odrzucenia oferty Odwołującego:

1.art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp - jest niezgodna z przepisami ustawy

Przede wszystkim należy zauważyć, że w art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie chodzi o niezgodność z jakąkolwiek ustawą, ale o niezgodność z ustawą Prawo zamówień publicznych. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego nie wskazał przepisu ustawy Pzp, z którym oferta ta jest niezgodna. Tym samym nie wykazał zasadności odrzucenia tej oferty. Nawet gdyby uznać, że Zamawiający odniósł art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp do wykładni definicji „wykonawcy" wynikającej z ww. wyroku TSUE (choć w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie zostało to precyzyjnie wskazane), należy zauważyć, że Zamawiający w żaden sposób nie wyraził w dokumentacji zamówienia, że przyjmuje taką wykładnię tego pojęcia i w związku z tym zamierza nie dopuścić wykonawców z państw trzecich do udziału w postępowaniu. Nie można się też zgodzić z Zamawiającym, że „*ustawa krajowa nie może dopuszczać udziału wykonawców z krajów pozaunijnych (i nie związanych umowami z UE) do zamówień publicznych w krajach członkowskich*", bo nic takiego z ww. wyroku nie wynika. W wyroku wskazano jedynie, że państwa członkowskie nie mogą samodzielnie, bez upoważnienia ze strony Unii, regulować kwestii dostępu ww. wykonawców do rynku unijnego.

2.art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów

Podkreślić należy, że art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odnosi się do sytuacji, gdy w innym przepisie niż przepisy ustawy Pzp przewidziana została sankcja nieważności. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego z art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie powołał się na żaden przepis przewidujący taką sankcję. Również przepisy dyrektywy sektorowej (a także klasycznej) nie przewidują skutku w postaci nieważności oferty.

3.art. 226 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp - została złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert

Przepis ten dotyczy postępowań kilkuetapowych i obejmuje przypadki, w których wykonawca niezakwalifikowany/niezaproszony do kolejnego etapu mimo wszystko składa ofertę. Co za tym idzie przepis ten nie dotyczy przetargu nieograniczonego i nie mógł mieć zastosowania w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto należy zauważyć, że zgodnie z art. 8 ustawy Pzp przepisy kodeksu cywilnego mają zastosowanie w zakresie, w jakim przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Natomiast w przepisach ustawy Pzp, np. w art. 149 ust. 1, art. 168 ust. 1, czy w art. 186 ust. 1, została uregulowana kwestia zaproszenia do składania ofert - jako czynności zamawiającego następującej po wcześniejszych etapach badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i ewentualnie negocjacjach/dialogu, która to czynność polega na przekazaniu konkretnym (zakwalifikowanym) wykonawcom informacji o możliwości złożenia przez nich ofert oraz innych informacji, w tym o stronie, na której zamieszczono SWZ.Nie zachodzi zatem podstawa do stosowania w tym zakresie przepisów kodeksu cywilnego, gdyż kwestia zaproszenia do składania ofert została uregulowana w przepisach ustawy Pzp i z przepisów tych jednoznacznie wynika, że jest to czynność występująca tylko w postępowaniu kilkuetapowym, co wyłącza możliwość stosowania art. 226 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp w przetargu nieograniczonym.

Tym samym żadna z podstaw prawnych podana przez Zamawiającego nie zachodzi w niniejszej sprawie i nie może skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego. Przypomnieć przy tym należy, że sankcyjny charakter przepisów dotyczących przesłanek odrzucenia oferty powoduje, że nie może być do nich stosowana wykładnia rozszerzająca, a w przedmiotowej sprawie zastosowana przez Zamawiającego ich wykładnia wykracza poza przepisy ustawy Pzp i poza postanowienia dokumentów zamówienia.

Niejako na marginesie, Zamawiający na potwierdzenie swojej argumentacji przedłożył stanowisko ministra infrastruktury w zakresie planowanej treści przepisów ustawy Pzp. Jednak stanowisko to, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie przesądza o zasadności odrzucenia oferty Odwołującego, wręcz przeciwnie. Ustawodawca zamierza wprowadzić podstawę prawną odrzucenia oferty podmiotów z państw trzecich, tj. art. 226 ust. 1 pkt 5a. Skoro zatem dopiero pojawi się podstawa prawna odrzucenia ofert takich podmiotów, to nie sposób uznać, że już obecnie oferta Odwołującego jest niezgodna z przepisami ustawy, nieważna na podstawie odrębnych przepisów i złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert. Gdyby stanowisko Zamawiającego było zasadne, to nie byłoby potrzeby wprowadzania dodatkowej, nowej podstawy odrzucenia oferty, bo przecież należałoby uznać, że takowe już w ustawie są.

Planowana nowelizacja ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający będą też musieli informować w dokumentach zamówienia, że dopuszczają wykonawców z państw trzecich do postępowania (a nie – że nie dopuszczają) nie świadczy także o tym, że milczenie Zamawiającego w niniejszym postępowaniu powinno być traktowane jako brak dopuszczenia. Pomijając to, że odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający nie znał przecież planów nowelizacyjnych ministra infrastruktury, więc nie mógł się nimi kierować, przede wszystkim należy podkreślić, że również obecnie przepisy, których wprowadzenie do ustawy dopiero jest planowane, nie mogą być stosowane jako już obowiązujące. Przepisy te nie mogą być również na obecnym przejściowym etapie (tj. przed ich wejściem w życie) podstawą dokonywania wykładni m.in. definicji „wykonawcy" w oderwaniu od art. 7 pkt 30 ustawy Pzp (i tożsamych definicji wykonawcy zawartych w art. 2 pkt 6 dyrektywy sektorowej oraz w art. 2 pkt 10 dyrektywy klasycznej), a także w

oderwaniu od dotychczasowej praktyki nieograniczania dostępu do zamówień wykonawcom z państw trzecich oraz od wciąż obowiązującej i niewyłączonej przez Trybunał (motyw 66 wyroku) zasady przejrzystości. Tym samym planowana dopiero nowelizacja ustawy Pzp nie może uzasadniać tezy, że milczenie Zamawiającego w niniejszym postępowaniu stanowiło wyrażenie przez niego woli niedopuszczenia wykonawców z państw trzecich.

Bardzo trafnie Zamawiający spuentował zaistniałą sytuację mówiąc pod koniec rozprawy - zamawiający ani nie zakazał, ani nie dopuścił udziału podmiotów z państw trzecich – to tylko potwierdza, że milczenie po prostu nic nie znaczy. Zamawiający nie uzewnętrznił podjętej przez siebie decyzji. W konsekwencji snucie teorii co Zamawiający milczeniem chciał wyrazić, na tym etapie postępowania uznać należy za niedopuszczalne.

Izba w składzie orzekającym w tej sprawie rozumie przy tym wskazaną przez Trybunał możliwość i zasadność innego traktowania wykonawców z państw trzecich, w tym nawet poprzez ich niedopuszczanie do udziału w postępowaniach prowadzonych przez unijnych zamawiających. Działania takie muszą być jednak podejmowane z poszanowaniem zasady pewności prawa i przede wszystkim zasady przejrzystości, która jest podstawą udzielania zamówień publicznych. W niniejszej sprawie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego naruszając ww. zasady, ponieważ w żaden sposób nie ujawnił w dokumentach zamówienia zamiaru niedopuszczania wykonawców z państw trzecich do postępowania. Takie działanie Zamawiającego, wypaczające sens wyroku TSUE i łamiące przede wszystkim zasadę przejrzystości, nie może być przez Izbę akceptowane.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. § 5 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit b rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……

……

……