

WYROK

Warszawa, dnia 14 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszkiewicz
Członkowie: Marek Bienias
Elżbieta Dobrenko
Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2025 r. przez wykonawcę IZOSTAL S.A. z siedzibą w Kolonowskich w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie

A.przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – Noksel Celik Boru Sanayi A.S. z siedzibą w Ankarze, Turcja

orzeka:

- 1.umarza postępowanie w zakresie zarzutów nr 4, 5 i 6,
- 2.oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
- 3.kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę IZOSTAL S.A. z siedzibą w Kolonowskich i:

- 3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę IZOSTAL S.A. z siedzibą w Kolonowskich tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3.2.zasądza od wykonawcy IZOSTAL S.A. z siedzibą w Kolonowskich na rzecz zamawiającego Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez 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:.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz.1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) na podstawie art. 389 ust. 2 ustawy Pzp w związku z umową ramową z 22 września 2022 r. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa rur stalowych na potrzeby realizacji zadania remontowego „Likwidacja wypłyceń gazociągu DN500 relacji Rembelszczyzna- Główna I”” (nr referencyjny ZP/2025/02/0010/PZ). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych.

Dnia 24 marca 2025 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu odwołanie złożył wykonawca IZOSTAL S.A. z siedzibą w Kolonowskich (dalej: „Odwołujący”). Odwołanie złożono wobec działań i zaniechań Zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu polegających na:

1. Wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy – NOKSEL CELIK BORU SANAYI A.S. z siedzibą w Ankarze (dalej: „Wykonawca”).

„NOKSEL”).

2. Zaniechaniu odrzucenia oferty NOKSEL, z powodów wskazanych w pkt IV odwołania.

3. Zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 393 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez NOKSEL mimo, że oferta nie spełnia przewidzianego w SWZ wymagania, aby 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%, pomimo iż wymóg taki został przewidziany w SWZ (Rozdz. III punkt 7 SWZ),

ewentualnie: w przypadku nieuwzględnienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty NOKSEL – art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania NOKSEL do wyjaśnienia treści złożonej oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych w zakresie udziału produktów pochodzących z krajów wskazanych w art. 393 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz Rozdz. III punkt 7 SWZ;

2. art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 393 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 58 §1 Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez NOKSEL mimo, że oferta sprzeczna jest z przepisami ustawy, tj. z art. 393 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp znajdującym zastosowanie do prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, albowiem udział produktów, w tym oprogramowania wykorzystywanego w wyposażeniu sieci telekomunikacyjnych 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, nie przekracza 50%, przy jednoczesnym uwzględnieniu tegoż wymogu przez Zamawiającego w SWZ (Rozdz. III punkt 7 SWZ),

ewentualnie: w przypadku nieuwzględnienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty NOKSEL – art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania NOKSEL do wyjaśnienia treści złożonej oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych w zakresie udziału produktów pochodzących z krajów wskazanych w art. 393 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz Rozdz. III punkt 7 SWZ;

3. art. 226 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 58 §1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 85 ust. 1 i 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE w zw. z art. 60 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 952/2013 z dnia 9 października 2013 r. ustanawiający unijny kodeks celny w zw. z art. 33 Rozporządzenia delegowanego Komisji (UE) 2015/2446 z dnia 28 lipca 2015 r. uzupełniającego rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 952/2013 w odniesieniu do szczegółowych zasad dotyczących niektórych przepisów unijnego kodeksu celnego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez NOKSEL mimo, że oferta narusza powyższe przepisy, które znajdują zastosowanie w niniejszym Postępowaniu albowiem udział produktów, w tym oprogramowania wykorzystywanego w wyposażeniu sieci telekomunikacyjnych 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, nie przekracza 50%, przy jednoczesnym uwzględnieniu tegoż wymogu przez Zamawiającego w SWZ (Rozdz. III punkt 7 SWZ),

ewentualnie: w przypadku nieuwzględnienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty NOKSEL – art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania NOKSEL do wyjaśnienia treści złożonej oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych w zakresie udziału produktów pochodzących z krajów wskazanych w art. 393 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz Rozdz. III punkt 7 SWZ;

4. art. 226 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 58 §1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 3g Rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie poprzez zaniechanie odrzucenia oferty NOKSEL mimo, że elementy składowe przedmiotu zamówienia (slab do produkcji blach/taśm oraz blachy/taśmy do produkcji rur) powstawać będą z wyrobów importowanych przez NOKSEL z Federacji Rosyjskiej (objętych sankcjami), co zostanie wykazane w oparciu o dowody przedstawione w trakcie rozprawy, i co w konsekwencji narusza SWZ, w którym Zamawiający nie dopuszczał, aby przedmiot zamówienia (rozumiany jako rury i elementy składowe) był realizowany (w tym przez podwykonawców, dostawców lub podmioty, na których zdolnościach polega Wykonawca) w jakimkolwiek zakresie (również gdy przypada na nie 10% wartości zamówienia lub mniej) przez:

1) obywateli rosyjskich lub osoby fizyczne lub prawne, podmioty lub organy z siedzibą w Rosji;

2) osoby prawne, podmioty lub organy, do których prawa własności bezpośrednio lub pośrednio w ponad 50 % należą do podmiotu, o którym mowa w pkt 1) niniejszego ustępu; lub

3) osoby fizyczne lub prawne, podmioty lub organy działające w imieniu lub pod kierunkiem podmiotu, o którym mowa w pkt 1) lub pkt 2) niniejszego ustępu.

5. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 3g Rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie poprzez zaniechanie odrzucenia oferty NOKSEL mimo, że elementy składowe przedmiotu zamówienia (slab do produkcji blach/taśm oraz blachy/taśmy do produkcji rur) powstawać będą z wyrobów importowanych przez NOKSEL z Federacji Rosyjskiej (objętych sankcjami), co zostanie wykazane w oparciu o dowody przedstawione w trakcie rozprawy, i co w konsekwencji narusza SWZ, w którym Zamawiający nie dopuszczał, aby przedmiot zamówienia (rozumiany jako rury i elementy składowe) był realizowany (w tym przez podwykonawców, dostawców lub podmioty, na których zdolnościach polega Wykonawca) w jakimkolwiek zakresie (również gdy przypada na nie 10% wartości zamówienia lub mniej) przez:

1) obywateli rosyjskich lub osoby fizyczne lub prawne, podmioty lub organy z siedzibą w Rosji;

2) osoby prawne, podmioty lub organy, do których prawa własności bezpośrednio lub pośrednio w ponad 50 % należą do podmiotu, o którym mowa w pkt 1) niniejszego ustępu; lub

3) osoby fizyczne lub prawne, podmioty lub organy działające w imieniu lub pod kierunkiem podmiotu, o którym mowa w pkt 1) lub pkt 2) niniejszego ustępu.

6. art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z § 5 ust. 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 Pzp ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości postępowania, albowiem pomimo złożenia przez Odwołującego w dniu 19.03.2025 r. wniosku do Zamawiającego o udostępnienie protokołu Postępowania wraz z załącznikami, Zamawiający nie tylko nie udostępnił niezwłocznie tych dokumenty, ale nie udostępnił ich w ogóle Odwołującemu w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania, czym uniemożliwił Odwołującemu dokonania weryfikacji i oceny czynności podjętych przez Zamawiającego, w związku z wyborem oferty NOKSEL.

7. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wnosił o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości.

2. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty NOKSEL jako najkorzystniejszej.

3. Nakazanie odrzucenia oferty NOKSEL.

4. Dopuszczenie dowodów z dokumentów postępowania oraz dowodu z Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty na dostawę gazociągów magistralnych Bosiljevo-Sisak DN 800/100 i Kozarac-Sisak DN 800/100 wraz zestawieniem ofert i tłumaczeniem mechanicznym.

5. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą m.in. w zakresie dostaw rur i łuków stalowych, a także stroną umowy ramowej, stanowiącej podstawę udzielania zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania. Odwołujący podniósł, że został zaproszony przez Zamawiającego do udziału w postępowaniu i w sposób wskazany przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) skutecznie złożył w postępowaniu ofertę, która została sklasyfikowana na drugim miejscu. Tym samym Odwołujący wskazał, że nie może budzić wątpliwości, iż:

- posiada status wykonawcy, w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp, gdyż nie tylko oferuje na rynku dostawy objęte przedmiotem postępowania, ale także złożył w postępowaniu ofertę;

- ma interes w uzyskaniu zamówienia udzielanego w ramach postępowania, gdyż jego oferta jest sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert w ramach postępowania. Wskutek wyboru oferty NOKSEL i braku wyboru oferty Odwołującego, Odwołujący zauważył, że został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Poprzez kwestionowany przez Odwołującego wybór oferty NOKSEL, Odwołujący podniósł, że dozna uszczerbku wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Szkoda dotyczy utraconych korzyści w postaci zysku z realizacji zamówienia, a także straty w postaci kosztów poniesionych na sporządzenie oferty i udział w postępowaniu.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał 14 marca 2025 r. – Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej. W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 24 marca 2025 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W dniu 3 kwietnia 2025 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

- (a) oddalenie odwołania w całości z uwagi na jego bezzasadność,
- (b) zasądzenie kosztów procesowych wg norm przepisanych,
- (c) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania oraz z dokumentów załączonych do odpowiedzi (tj. Załącznik nr 2) na okoliczność wykazania bezpodstawności zarzutów odwołania.

W dniu 3 kwietnia 2025 r. Przystępujący po stronie zamawiającego złożył pismo procesowe zawierające jego stanowisko.

W dniu 7 kwietnia 2025 r. Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym oświadczył on, że:

1. Cofa odwołanie z dnia 24.03.2025 r. w zakresie zarzutów 4-6, tj.

1) zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 58 §1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 3g Rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie;

2) zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 3g Rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie zarzuty 4-6 Odwołania z dnia 24.03.2025 r.;

3) zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z § 5 ust. 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp;

2. Podtrzymuje w pozostałym zakresie odwołanie z dnia 24.03.2025 r. z tym jednak zastrzeżeniem, że prostuje oznaczenie rur objętych ofertą NOKSEL w Systemie Zharmonizowanym, z pierwotnie wskazanej pozycji 7304 19 na pozycję 7305 19 00 00;

3. Wnosi o dopuszczenie dowodów z dokumentów w postaci wydruku z informacyjnego systemu zintegrowanego taryfy celnej (ISZTAR4) na okoliczność obowiązujących kontyngentów na oferowane przez NOKSEL rury objęte pozycją 7305 19 00 00 w Systemie Zharmonizowanym.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu oferta Odwołującego uplasuje się na pierwszym miejscu w rankingu ofert, w związku z tym Odwołujący będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił wykonawca Noksel Celik Boru Sanayi A.S. z siedzibą w Ankarze, Turcja. Strony nie zgłosiły opozycji, ani zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Noksel Celik Boru Sanayi A.S. z siedzibą w Ankarze, Turcja do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Jak wskazano powyżej w piśmie procesowym z 7 kwietnia 2025 r. Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie z dnia 24.03.2025 r. w zakresie zarzutów 4-6

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp: „Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.” W odniesieniu do zarzutów 4-6 odwołania wykonawca oświadczył o ich cofnięciu. Stosując zatem odpowiednio przepis art. 520 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie tych zarzutów Izba orzekła o umorzeniu postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów nr 4-6 odwołania i postanowiła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

Mając na uwadze powyższe rozpoznaniu przez Izbę podlegało odwołanie w zakresie zarzutów nr 1-3 i 7 odwołania.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, pisma procesowego zawierającego oświadczenie o przystąpieniu do postępowania odwoławczego, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego wraz z załącznikami, pisma procesowego z dnia 3 kwietnia 2025 r. złożonego przez Przystępującego po stronie Zamawiającego, pisma procesowego Odwołującego z 7 kwietnia 2025 r. i świadectwa odbioru wraz z tłumaczeniem złożonego przez Zamawiającego podczas rozprawy.

Izba odmówiła włączenia w poczet materiału dowodowego wydruków z informacyjnego systemu zintegrowanego taryfy celnej (ISZTAR4) przedłożonych przez Odwołującego wraz z pismem procesowym z 7 kwietnia 2025 r. stwierdzając, że dowód ten nie ma znaczenia dla sprawy i został powołany jedynie dla zwłoki. Izba wskazuje, że okoliczności, na potwierdzenie których został powołany ten dowód nie znalazły się w uzasadnieniu faktycznym odwołania.

Izba odmówiła włączenia w poczet materiału dowodowego dowodu z okazania na komputerze pełnomocnika NOKSEL

świadczenia pochodzenia rur produkowanych przez Noksel Celik Boru Sanayi A.S. stwierdzając, że dowód ten nie został przedłożony we właściwej formie i został powołany jedynie dla zwłoki.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi na podstawie art. 389 ust. 2 ustawy Pzp w związku z umową ramową z 22 września 2022 r. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa rur stalowych na potrzeby realizacji zadania remontowego „Likwidacja wypłyceń gazociągu DN500 relacji Rembelszczyzna- Główna I””.

Oferty, które nie podlegały odrzuceniu złożyło 3 wykonawców.

Zgodnie z postanowieniem Rozdziału III ust. 2 SWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia udzielanego w ramach Postępowania zawiera Załącznik nr 1 do SWZ - OPZ oraz Załącznik nr 2 do SWZ – Wzór Umowy Częściowej.

Zgodnie z Rozdziałem I ust. 1 OPZ:

1. Przedmiot zamówienia (stanowiący 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”, w następujących ilościach:

- a. 4 290,00 m rur o długości 16 m (+/-0,5m) DN 500 Ø508x8,0 mm L485ME PSL2 3LPE klasa B o grubości min. 3,5 mm;
- b. 75,00 m rur o długości 16 m (+/-0,5m) DN 500 Ø508x8,0 mm L485ME PSL2 3LPP klasa C o grubości min. 8,0 mm;”

Zgodnie z Rozdziałem III pkt 7 i 8 SWZ:

„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%.”

Zgodnie z art. 85 ust. 1 i 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz.Urz.UE.L Nr 94, str. 243):

„Artykuł 85. Oferty obejmujące produkty pochodzące z państw trzecich

1. Niniejszy artykuł ma zastosowanie do ofert obejmujących produkty pochodzące z państw trzecich, z którymi Unia nie zawarła wielostronnych ani dwustronnych umów zapewniających przedsiębiorstwom Unii porównywalny i skuteczny dostęp do rynków tych państw trzecich. Pozostaje to bez uszczerbku dla zobowiązań Unii lub jej państw członkowskich wobec państw trzecich.

2. Każda oferta przedłożona w kontekście udzielenia zamówienia na dostawy może zostać odrzucona, jeżeli udział produktów pochodzących z państw trzecich, zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 952/2013 (47), przekracza 50 % całkowitej wartości produktów objętych ofertą. Do celów niniejszego artykułu oprogramowanie wykorzystywane w wyposażeniu sieci telekomunikacyjnych uważa się za produkt.”

Zgodnie z art. 60 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 952/2013 z dnia 9 października 2013 r. ustanawiającego unijny kodeks celny (Dz.Urz.UE.L Nr 269, str. 1):

„Nabywanie pochodzenia

1. Towar całkowicie uzyskany w danym kraju lub na danym terytorium uznawany jest za pochodzący z tego kraju lub terytorium.

2. Towar, w produkcję którego zaangażowane są więcej niż jeden kraj lub więcej niż jedno terytorium, uznaje się za pochodzący z kraju lub terytorium, w którym towar ten został poddany ostatniemu istotnemu, ekonomicznie uzasadnionemu przetwarzaniu lub obróbce, w przedsiębiorstwie przystosowanym do tego celu, co spowodowało wytworzenie nowego produktu lub stanowiło istotny etap wytwarzania.”

Zgodnie z art. 33 Rozporządzenia delegowane Komisji (UE) 2015/2446 z dnia 28 lipca 2015 r. uzupełniające rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 952/2013 w odniesieniu do szczegółowych zasad dotyczących niektórych przepisów unijnego kodeksu celnego (Dz.Urz.UE.L Nr 343, str. 1):

„Artykuł 33. Operacje obróbki lub przetwarzania, które nie są ekonomicznie uzasadnione 62)

(art. 60 ust. 2 kodeksu)

Wszelkie operacje obróbki lub przetwarzania przeprowadzone w innym państwie lub na innym terytorium uznaje się za ekonomicznie nieuzasadnione, jeżeli na podstawie dostępnych faktów ustalono, że celem tych operacji było uniknięcie zastosowania środków, o których mowa w art. 59 kodeksu.

W przypadku towarów objętych załącznikiem 22-01 do tych towarów zastosowanie mają działowe reguły rezydualne.

W przypadku towarów nieobjętych załącznikiem 22-01, gdy ostatnią obróbkę lub przetworzenie uznaje się za nieuzasadnione ekonomicznie, towary uznaje się za poddane ostatniej istotnej ekonomicznie uzasadnionej obróbce lub przetworzeniu skutkującymi wytworzeniem nowego produktu lub stanowiącymi istotny etap wytwarzania w państwie lub na terytorium, z którego pochodzi większa część materiałów. W przypadku gdy produkt końcowy ma być sklasyfikowany w działach 1–29 lub 31–40 Systemu Zharmonizowanego, większą część materiałów określa się na podstawie masy tych materiałów. W przypadku gdy produkt końcowy ma być sklasyfikowany w działach 30 lub 41–97 Systemu Zharmonizowanego, większą część materiałów określa się na podstawie wartości tych materiałów.”

Zgodnie z działową regułą rezydualną:

Jeżeli kraju pochodzenia nie można ustalić przez zastosowanie reguł podstawowych, krajem pochodzenia towarów jest kraj, z którego pochodzi największa ilość materiałów ustalona na podstawie ich wartości.

W pkt 4 i 5 formularza „oferta” NOKSEL wskazał:

„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 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:

Lp.	Nazwa (firma) zakładu produkcyjnego	Lokalizacja zakładu produkcyjnego (ulica, numer budynku, miejscowość, kraj)	Udział produktów względem zakresu przedmiotu zamówienia [%]
1	NOKSEL ESPAÑA S.A.	Autovía del Mediterráneo Km. 644 Plg. Ind. Saprelorca, Buzón 216, Parcela X-1 30817 Lorca (MURCIA) SPAIN	100 %
2		%	
3		%	

14 marca 2025 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty NOKSEL jako najkorzystniejszej.

Z taką decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący składając w dniu 24 marca 2025 r. odwołanie.

Przedmiotem rozpoznania niniejszej sprawy było ustalenie czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp poprzez:

- zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez NOKSEL mimo, że oferta nie spełnia przewidzianego w SWZ wymagania, aby 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%, pomimo iż wymóg taki został przewidziany w SWZ (Rozdz. III punkt 7 SWZ),

ewentualnie: zaniechanie wezwania NOKSEL do wyjaśnienia treści złożonej oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych w zakresie udziału produktów pochodzących z krajów wskazanych w art. 393 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz Rozdz. III punkt 7 SWZ;

- zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez NOKSEL mimo, że oferta sprzeczna jest z przepisami ustawy, tj. z art. 393 ust. 1 pkt 4) Pzp znajdującym zastosowanie do prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, albowiem udział produktów, w tym oprogramowania wykorzystywanego w wyposażeniu sieci telekomunikacyjnych 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, nie przekracza 50%, przy jednoczesnym uwzględnieniu tegoż wymogu przez Zamawiającego w SWZ (Rozdz. III punkt 7 SWZ),

ewentualnie: zaniechanie wezwania NOKSEL do wyjaśnienia treści złożonej oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych w zakresie udziału produktów pochodzących z krajów wskazanych w art. 393 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz Rozdz. III punkt 7 SWZ;

- zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez NOKSEL mimo, że oferta narusza wskazane w odwołaniu przepisy, które znajdują zastosowanie w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu albowiem udział produktów, w tym oprogramowania wykorzystywanego w wyposażeniu sieci telekomunikacyjnych 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, nie przekracza 50%, przy jednoczesnym uwzględnieniu tegoż wymogu przez Zamawiającego w SWZ (Rozdz. III punkt 7 SWZ),

ewentualnie: zaniechanie wezwania NOKSEL do wyjaśnienia treści złożonej oferty oraz przedmiotowych środków

dowodowych w zakresie udziału produktów pochodzących z krajów wskazanych w art. 393 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz Rozdz. III punkt 7 SWZ

- zaniechanie wyboru oferty Odwołującego.

Mając na uwadze konstrukcję odwołania, złożonych w sprawie pism procesowych oraz wypowiedzi stron i uczestnika podczas rozprawy Izba odniesie się do zarzutów nr 1-3 łącznie, gdyż dotyczą one tego, czy Zamawiający powinien odrzucić ofertę NOKSEL, z uwagi na to, że w ofercie tego wykonawcy „udział produktów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których nie mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE, nie przekracza 50%”, co jest sprzeczne z SWZ (Zarzut 1), niezgodne z przepisami ustawy (Zarzut 2) lub powodować, że oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów (Zarzut 3).

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Izba jest związana zakresem zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zarzut stanowi wskazanie czynności bądź zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest obowiązany na podstawie ustawy oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa. Dodatkowo jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania powinno być zawarte już w odwołaniu, a nie w uzupełniających je pismach procesowych. W przedmiotowej sprawie Odwołujący w odwołaniu sformułował zarzuty wskazując na to, że rury z oferty NOKSEL objęte są pozycją 7304 19. Tych rur dotyczyła argumentacja powołana w odwołaniu. W piśmie procesowym z 7 kwietnia 2025 r. Odwołujący oświadczył, że prostuje oznaczenie rur objętych ofertą NOKSEL z 7304 19 na 7305 19 00 00 (w dalszej części pisma stwierdził, że w odwołaniu doszło do omyłki). Zdaniem Izby nie mamy do czynienia ze sprostowaniem, a z rozszerzeniem zarzutów i z nową argumentacją, która została podniesiona dopiero w piśmie procesowym oraz podczas rozprawy. Odwołujący w piśmie procesowym wskazał, że kontyngent na rury 7305 19 00 00 zostaje niemal natychmiast wykorzystany. Argumentacja ta nie została jednak podniesiona w odwołaniu, w związku z czym dowody stanowiące załącznik do pisma procesowe są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Odwołujący w odwołaniu podniósł, że to na NOKSEL jako profesjonalnym wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania zgodności złożonej oferty z SWZ. Izba wskazuje, że to Odwołujący zainicjował przedmiotowe postępowanie korzystając z przysługujących mu środków ochrony prawnej. Z uwagi na to, że Zamawiający nie dopatrzył się niezgodności oferty NOKSEL z SWZ, to Odwołującego obciążał ciężar dowodowy w zakresie wykazania, że oferta NOKSEL jest niezgodna z SWZ, a działania Zamawiającego podczas dokonywania oceny oferty były nieprawidłowe.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podniósł, że operację przetwarzania lub obróbki w fabryce w Hiszpanii należy uznać za nieuzasadnioną. Twierdzenie swoje oparł na informacjach pochodzących z jednego postępowania, nie wykazał jednak zdaniem Izby jakie czynniki wpłynęły wówczas na cenę oferty i czy faktycznie przesądzał o tym kraj pochodzenia produktu. Dodatkowo należy podnieść, że Zamawiający podczas rozprawy oświadczył, że przeważającą część prowadzonych przez niego postępowań, których zakres jest podobny do obecnego wygrywają polscy wykonawcy, co przeczy tezie przedstawionej przez Odwołującego. Odwołujący nie zaprzeczył również temu twierdzeniu. Odwołujący nie wykazał, że koszt wyprodukowania rur w Turcji jest niższy. Podczas rozprawy Odwołujący stwierdził, że „Rura będzie po prostu tańsza w Turcji”. Jest to jego zdaniem fakt notoryjny, z czym jednak wobec stanowiska Zamawiającego i braku dowodów przemawiających za tezą Odwołującego nie sposób się zgodzić. Odwołujący podniósł, że fabryka NOKSEL w Hiszpanii to „baza wypadowa na rynki europejskie”, zaś działania NOKSEL zmierzają do obejścia środków pozataryfowych. Twierdzenia te pozostają jednak gołosłowne, zaś bezsporne między stronami jest to, że fabryka NOKSEL w Hiszpanii funkcjonuje od wielu lat, a nie została wybudowana na potrzeby realizacji tego zamówienia. Odwołujący podniósł, że produkcja rur w fabryce w Hiszpanii ma na celu obejście procedur celnych. Są to jednak twierdzenia gołosłowne, które nie zostały przez Odwołującego chociażby uprawdopodobnione. Artykuł 33, w którym jest mowa o operacjach obróbki lub przetwarzania, które nie są ekonomicznie uzasadnione stanowi, że ekonomicznie nieuzasadnione są operacje, jeżeli na podstawie dostępnych faktów ustalono, że celem tych operacji było uniknięcie zastosowania środków, o których mowa w art. 59 kodeksu. Jak słusznie zauważył podczas rozprawy NOKSEL w przedmiotowej sprawie do takiego ustalenia nie doszło. Odwołujący formułując zarzuty wchodzi w kompetencje organów celno-skarbowych, które takiego ustalenia dokonują. Ustalenie będzie możliwe dopiero na etapie realizacji umowy.

Odnosząc się do kwestii pochodzenia oferowanych rur jak wynika z dowodu nr 1 przedłożonego przez Zamawiającego podczas rozprawy, odbiór odbywa się na podstawie świadectwa odbioru, w którym poświadczane jest pochodzenie produktu. Czym innym jest kraj, z którego pochodzi stal a czym innym jest kraj pochodzenia produktu. Jak wynika z art. 60 ust. 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 952/2013 „towar, w produkcję którego zaangażowane są więcej niż jeden kraj lub więcej niż jedno terytorium, uznaje się za pochodzący z kraju lub terytorium,

w którym towar ten został poddany ostatniemu istotnemu, ekonomicznie uzasadnionemu przetwarzaniu lub obróbce, w przedsiębiorstwie przystosowanym do tego celu, co spowodowało wytworzenie nowego produktu lub stanowiło istotny etap wytwarzania.” W przedmiotowej sprawie NOKSEL oświadczył, że rury zostaną wyprodukowane w fabryce w Hiszpanii i na podstawie tego oświadczenia Zamawiający dokonywał oceny oferty. Mając na uwadze postanowienie § 6 ust. 4 i 5 umowy częściowej Zamawiający w przypadku, gdy treść świadectwa pochodzenia nie będzie potwierdzała wymaganego pochodzenia produktu Zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kar umownych oraz do odstąpienia umowy. Dodatkowo jak wynika z oświadczenia Zamawiającego i postanowienia § 7 ust. 1 i 2 umowy częściowej „Zamawiający zastrzega sobie prawo do odbycia – samodzielnie lub z udziałem/za pośrednictwem jednostki inspekcyjnej – wizytacji w zakładach wskazanych przez Wykonawcę w wykazie stanowiącym załącznik nr 4 do Umowy Częściowej”. Nie ma w związku z tym możliwości, aby jak sugerował Odwołujący rury były faktycznie produkowane w Turcji. Kraj pochodzenia stali nie przesądza o tym, jaki jest kraj pochodzenia produktu. Jak wynika z dowodu złożonego przez Zamawiającego tj. przykładowego świadectwa pochodzenia produktu dostarczanego w innym postępowaniu przez Odwołującego – krajem pochodzenia stali była Korea, zaś krajem pochodzenia produktu była Grecja.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że Odwołujący nie podał wykazaniu, że oferta NOKSEL jest niezgodna z warunkami SWZ, przepisami ustawy lub jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, w związku z czym nie ma także podstaw do wezwania NOKSEL przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień potwierdzających, że wybrane przez tego wykonawcę reguły ustalania pochodzenia produktów zostały właściwie dobrane i zastosowane w odniesieniu do jego oferty.

Biorąc pod uwagę ustalenia dokonane przez Izbę, również zarzut zaniechania dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej będący zarzutem wynikowym nie potwierdził się.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia przepisów mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....