

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aneta Młacka

Martyna Mieszkowska

Agata Mikołajczyk

Protokolant:

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 09 września 2026 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2026 roku przez Odwołującego Artem S.A. (ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Tauron Dystrybucja S.A. (ul. Podgórska 25A, 31-035 Kraków) przy udziale uczestnika postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Elektrotim S.A. (ul. Stargardzka 8, 54-156 Wrocław)

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Elektrotim S.A., unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego,
 2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Tauron Dystrybucja S.A. (Plac Małachowskiego 2, 00-066 Warszawa),
 3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Artem S.A. (ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań) tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego Artem S.A. (ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań),
 - 3.1. zasądza od Zamawiającego Tauron Dystrybucja S.A. (Plac Małachowskiego 2, 00-066 Warszawa) na rzecz Odwołującego Artem S.A. (ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań) kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.
- 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 3919/26

UZASADNIENIE

Zamawiający TAURON Dystrybucja S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Modernizacja dwutorowej linii 110 kV Jaworzno 1 - Siersza - W. - Trzebinia - Jaworzno 1 - Trzebinia”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 19.02.2026 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 118387-2026.

Artem S.A. wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na wadliwej ocenie i badaniu ofert wraz z wadliwym wyborem najkorzystniejszej

oferty Elektrotim S.A., poprzez:

odrzućcie oferty Odwołującego w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 Pzp, z uwagi na niezgodność oferty Artem z przepisami ustawy oraz niezgodność tej oferty z warunkami zamówienia, polegającą na powołaniu się w ofercie na potencjał podmiotu udostępniającego zasoby Elnos BL d.o.o., pochodzącego z Bośni i Hercegowiny, jako pochodzącego „państwa trzeciego niebędącego stroną umowy międzynarodowej”. *Bośnia i Hercegowina jest traktowana jako państwo trzecie niebędące stroną umowy międzynarodowej w rozumieniu przepisów ustawy PZP.*”, z uwagi na brak dostępu wykonawców pochodzących z Bośni i Hercegowiny do zamówień sektorowych na terenie Unii Europejskiej, pomimo, że: Bośnia i Hercegowina przyjęła ustawodawstwo wprowadzające przepisy wspólnotowe w dziedzinie zamówień w sektorze usług użyteczności publicznej (zamówień sektorowych), a w konsekwencji na podstawie art. 74 ust. 2 układu z dnia 30.05.2015 r. między Wspólnotami Europejskimi i ich państwami członkowskimi, z jednej strony, a Bośnią i Hercegowiną, z drugiej strony, Dz. Urz. UE. L 2015, Nr 164, str. 2 (dalej: „Układ SiS”), przedsiębiorstwom (wykonawcom) z Bośni i Hercegowiny (w tym Elnos BL d.o.o.) przyznany został dostęp do procedur udzielania zamówień na terytorium Unii Europejskiej w zakresie zamówień w sektorze usług użyteczności publicznej (zamówień sektorowych), oraz niezależnie na podstawie art. 74 ust. 3-4 Układu SiS, przedsiębiorstwa (wykonawcy) z terenu Unii Europejskiej mają

obecnie przyznany dostęp do procedur udzielania zamówień w Bośni i Hercegowinie, w tym w zakresie zamówień w sektorze usług użyteczności publicznej (zamówień sektorowych), a w konsekwencji do Elnos BL d.o.o., pochodzącego z Bośni i Hercegowiny ma zastosowanie przepis art. 16a Pzp, gdyż Bośnia i Hercegowina zapewnia przedsiębiorstwu z Unii Europejskiej dostęp do rynku zamówień publicznych, a w konsekwencji nie stanowi państwa trzeciego niebędącego stroną umów międzynarodowych w rozumieniu art. 16b ust. 1 pkt 1 Pzp - w konsekwencji oferta Atrem nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 Pzp w zw. z art. 16b ust. 1 pkt 3 Pzp.

Odwołujący postawił zarzut ewentualny wobec wadliwego uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Atrem S.A.

W konsekwencji czynności i zaniechań z pkt 1.1.-1.2. wyżej, postawił zarzut dokonania wadliwego wyboru oferty Elektrotim S.A.

arzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 Pzp w zw. z art. 16b ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność oferty Atrem z przepisami ustawy oraz niezgodność tej oferty z warunkami zamówienia, polegającą na powołaniu się w ofercie na potencjał podmiotu udostępniającego zasoby Elnos BL d.o.o., pochodzącego z Bośni i Hercegowiny, jako podmiotu pochodzącego „państwa trzeciego niebędącego stroną umowy międzynarodowej”. *Bośnia i Hercegowina jest traktowana jako państwo trzecie niebędące stroną umowy międzynarodowej w rozumieniu przepisów ustawy PZP.*”, z uwagi na brak dostępu wykonawców pochodzących z Bośni i Hercegowiny do zamówień sektorowych na terenie Unii Europejskiej, pomimo, że: Bośnia i Hercegowina przyjęła ustawodawstwo wprowadzające przepisy wspólnotowe w dziedzinie zamówień w sektorze usług użyteczności publicznej (zamówień sektorowych), a w konsekwencji na podstawie art. 74 Układu SiS przedsiębiorstwom (wykonawcom) z Bośni i Hercegowiny (w tym Elnos BL d.o.o.) przyznany został dostęp do procedur udzielania zamówień na terytorium Unii Europejskiej w zakresie zamówień w sektorze usług użyteczności publicznej (zamówień sektorowych), oraz niezależnie na podstawie art. 74 ust. 3-4 Układu SiS, przedsiębiorstwa (wykonawcy) z terenu Unii Europejskiej mają obecnie przyznany dostęp do procedur udzielania zamówień w Bośni i Hercegowinie, w tym w zakresie zamówień w sektorze usług użyteczności publicznej (zamówień sektorowych), a w konsekwencji do Elnos BL d.o.o., pochodzącego z Bośni i Hercegowiny ma zastosowanie przepis art. 16a Pzp, gdyż Bośnia i Hercegowina zapewnia przedsiębiorstwu z Unii Europejskiej dostęp do rynku zamówień publicznych, a w konsekwencji nie stanowi państwa trzeciego niebędącego stroną umów międzynarodowych w rozumieniu art. 16b ust. 1 pkt 1 Pzp - w konsekwencji oferta Atrem nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 Pzp w zw. z art. 16b ust. 1 pkt 3 Pzp.

- niewystarczające uzasadnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 29.07.2026 r., tj. naruszenie art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 Pzp w zw. z art. 16b ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 266 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-2 Pzp (zarzut nr 2), poprzez sporządzenie wadliwego uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności, poprzez: niewskazanie na czym polegała i w jaki sposób przeprowadzona została przez Zamawiającego analiza, która wykazała, że „rząd Bośni i Hercegowiny dotychczas nie przyjął ustawodawstwa wprowadzającego przepisy wspólnotowe w odniesieniu do zamówień w sektorze usług użyteczności publicznej”,

niewskazanie w oparciu o jakie przepisy prawa, w ocenie Zamawiającego, dostęp przedsiębiorstw (wykonawców) z Bośni i Hercegowiny do unijnego rynku zamówień publicznych w zakresie zamówień użyteczności publicznej (zamówień sektorowych) był warunkowany komunikatami wydanymi „przez Komisję Europejską lub inne organy UE, z których wynikałyby obowiązki dopuszczania wykonawców z Bośni i Hercegowiny w postępowaniach o udzielenie zamówienia sektorowego.”.

- co utrudnia bądź uniemożliwia wystarczające zbadanie toku rozumowania Zamawiającego w Postępowaniu.

W konsekwencji ww. naruszeń - naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty Wykonawcy Elektrotim S.A.

Odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny i badania ofert, w tym unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Elektrotim S.A., dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący wniosł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego specjalisty z zakresu prawa obowiązującego na terytorium Bośni i Hercegowiny, w celu wykazania faktów:

- przyjęcia przez rząd Bośni i Hercegowiny ustawodawstwa wprowadzającego przepisy wspólnotowe w zakresie zamówień w sektorze usług użyteczności publicznej (zamówień sektorowych), w szczególności w oparciu o przepis art. 74 ust. 2 Układu SiS,

- istnienia dostępu dla przedsiębiorstw (wykonawców) z Bośni i Hercegowiny do unijnego rynku sektorowych zamówień publicznych, z uwzględnieniem w szczególności postanowień art. 74 Układu SiS,

- istnienia dostępu dla przedsiębiorstw (wykonawców) z Unii Europejskiej do bośniackiego rynku sektorowych zamówień publicznych, z uwzględnieniem w szczególności postanowień art. 74 Układu SiS,

- relewantności wyroków Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 13.03.2025 r., sygn. akt C-266/22 i z 22.10.2024 r., sygn. akt C-652/22 dla udzielenia odpowiedzi na pytania z pkt 5.1.1.-5.1.3. wyżej, suniętej ostrożności procesowej, na zasadzie analogii legis Odwołujący wniósł o wystąpienie przez Krajową Izbę Odwoławczą do ministra sprawiedliwości o:
tekstu tego prawa oraz wyjaśnienie obcej praktyki sądowej w

- udzielenie tekstu wszelkich regulacji dot. Prawa zamówień publicznych, obowiązujących na terytorium Bośni i Hercegowiny, w tym osobno wszystkich aktów prawnych wydanych po dniu opublikowania Układu SiS w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (30.06.2015 r.),
- wyjaśnienia czy praktyka sądowa w Bośni i Hercegowinie dopuszcza pełny dostęp dla przedsiębiorstw (wykonawców) z Unii Europejskiej do bośniackiego rynku sektorowych zamówień publicznych, z uwzględnieniem w szczególności postanowień art. 74 Układu SiS,

informacji co do istnienia wzajemności w stosunkach z państwem

kresie: istnienia dostępu dla przedsiębiorstw (wykonawców) z Bośni i Hercegowiny do unijnego rynku sektorowych zamówień publicznych, z uwzględnieniem w szczególności postanowień art. 74 Układu SiS,

- istnienia dostępu dla przedsiębiorstw (wykonawców) z Unii Europejskiej do bośniackiego rynku sektorowych zamówień publicznych, z uwzględnieniem w szczególności postanowień art. 74 Układu SiS,

Odwołujący do oferty załączył zobowiązanie podmiotu udostępniającego mu zasoby - ELNOS BL d.o.o. Banja Luka z siedzibą w Banja Luce, a zatem przedsiębiorcy z Bośni i Hercegowiny. Zamawiający wezwał Wykonawcę do:

- zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby (ELNOS BL d.o.o.) innym podmiotem lub podmiotami, albo

- wykazania, że Wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający nie dopuścił w dokumentach zamówienia możliwości powoływania się na potencjał podmiotu udostępniającego zasoby pochodzącego z „państwa trzeciego niebędącego stroną umowy międzynarodowej”.

Zdaniem Zamawiającego, Bośnia i Hercegowina jest traktowana jako państwo trzecie niebędące stroną umowy międzynarodowej w rozumieniu przepisów ustawy PZP.

W odpowiedzi na pismo Odwołujący wskazał, m.in. że: Bośnia i Hercegowina jest stroną Układu o stabilizacji i stowarzyszeniu między Wspólnotami Europejskimi i ich państwami członkowskimi, z jednej strony, a Bośnią i Hercegowiną, z drugiej strony. Artykuł 74 ust. 2 tego Układu stanowi, że z dniem wejścia w życie Układu przedsiębiorstwom Bośni i Hercegowiny, niezależnie od tego, czy mają siedzibę na terytorium Wspólnoty czy nie, przyznany zostaje dostęp do procedur udzielania zamówień we Wspólnocie prowadzonych na podstawie wspólnotowych reguł udzielania zamówień, na warunkach nie mniej korzystnych niż te, które dotyczą przedsiębiorstw wspólnotowych. Powyższe pismo zostało uzupełnione opinią prawną przesłaną Zamawiającemu dnia 29.07.2026 r., zanim Odwołujący otrzymał w tym samym dniu decyzję Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty i wyborze oferty wykonawcy Elektrotim S.A.

Jak wskazał Odwołujący, istotą sporu jest ocena czy podmioty pochodzące z BiH - w zakresie zamówień sektorowych - są podmiotami pochodzącymi z państw trzecich niebędących stronami umów międzynarodowych w rozumieniu art. 16b ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 74 Układu SiS stanowi, że:

„1. Wspólnota i Bośnia i Hercegowina uznają za pożądane otwarcie rynku zamówień publicznych na zasadzie równego traktowania i wzajemności, mając na uwadze w szczególności regulacje WTO.

2. Z dniem wejścia w życie niniejszego układu przedsiębiorstwom Bośni i Hercegowiny niezależnie od tego, czy mają siedzibę na terytorium Wspólnoty czy nie, przyznany zostaje dostęp do procedur udzielania zamówień we Wspólnocie prowadzonych na podstawie wspólnotowych reguł udzielania zamówień na warunkach nie mniej korzystnych niż te, które dotyczą przedsiębiorstw wspólnotowych.

Powyższe postanowienia mają zastosowanie również w odniesieniu do zamówień w sektorze usług użyteczności publicznej, po tym jak rząd Bośni i Hercegowiny przyjmie ustawodawstwo wprowadzające przepisy wspólnotowe w tej dziedzinie. Wspólnota okresowo sprawdza, czy Bośnia i Hercegowina faktycznie wprowadza stosowne ustawodawstwo.

3. Z chwilą wejścia w życie niniejszego układu przedsiębiorstwa wspólnotowe mające siedzibę w Bośni i Hercegowinie, zgodnie z postanowieniami tytułu V rozdział II, mają dostęp do procedur udzielania zamówień w Bośni i Hercegowinie na warunkach nie mniej korzystnych niż te, które dotyczą przedsiębiorstw tego kraju.

4. W ciągu pięciu lat od wejścia w życie niniejszego układu przedsiębiorstwom wspólnotowym niemającym siedziby na terytorium Bośni i Hercegowiny przyznany zostaje dostęp do procedur udzielania zamówień w Bośni i Hercegowinie na warunkach nie mniej korzystnych niż te, które dotyczą przedsiębiorstw z tego kraju. W trakcie pięcioletniego okresu przejściowego Bośnia i Hercegowina zapewniają stopniowe zmniejszenie obowiązujących preferencji, tak aby po wejściu w życie niniejszego układu preferencyjna stawka wynosiła maksymalnie 15 % w pierwszym i drugim roku, maksymalnie

10 % w trzecim i czwartym roku, oraz maksymalnie 5 % w piątym roku.

5. Rada Stabilizacji i Stowarzyszenia okresowo bada możliwość przyznania przez Bośnię i Hercegowinę dostępu do procedur zamówień w Bośni i Hercegowinie wszystkim przedsiębiorstwom wspólnotowym. Bośnia i Hercegowina co roku składa Radzie Stabilizacji i Stowarzyszenia sprawozdanie ze środków podjętych w celu zwiększenia przejrzystości i zapewnienia skutecznej weryfikacji sądowej decyzji podejmowanych w obszarze zamówień publicznych.

6. W odniesieniu do rozpoczynania i prowadzenia działalności gospodarczej oraz świadczenia usług między Wspólnotą a Bośnią i Hercegowiną, jak również do zatrudnienia i przepływu siły roboczej związanych z realizacją zamówień publicznych zastosowanie mają postanowienia art. 47-69."

Bezsporne pomiędzy stronami jest, że przyjęcie przez rząd BiH odpowiedniego ustawodawstwa na kanwie art. 74 ust. 2 akapit drugi Układu SiS musi dotyczyć jedynie regulacji dot. sektora usług użyteczności publicznej (zamówień sektorowych), a nie całego ustawodawstwa Unii Europejskiej w dziedzinie zamówień publicznych. Powyższe potwierdza ponadto literalna treść art. 74 ust. 2 akapit drugi Układu SiS.

BiH posiada status kandydata do Unii Europejskiej i podejmuje w związku z tym szereg działań nakierowanych na akcesję do tej organizacji międzynarodowej.

Jak wskazał Odwołujący, według jego najlepszej wiedzy, nie istnieje żaden oficjalny dokument sporządzony przez Komisję Europejską, dostępny publicznie, w którym organ ten zająłby stanowisko co do działań podejmowanych przez BiH w zakresie uchwalenia odpowiedniego prawa dotyczącego zamówień sektorowych (art. 74 ust. 2 akapit 2 Układu SiS). Art. 74 ust. 2 akapit 2 Układu SiS nie warunkuje dostępu dla przedsiębiorstw (wykonawców) z BiH do sektorowych zamówień publicznych z UE od wydania jakiegokolwiek decyzji, orzeczenia lub rozstrzygnięcia przez konkretny organ UE. Jedynym ustanowionym warunkiem jest przyjęcie ustawodawstwa przez BiH. Układ SiS w żadnym miejscu nie wskazuje, że rzeczony dostęp do zamówień sektorowych w UE jest uzależniony od komunikatów Komisji Europejskiej bądź innych organów UE. Jak wyjaśniał Odwołujący, nawet gdyby istniały rzeczone komunikaty Komisji Europejskiej bądź innych organów UE nie mogłyby one zmienić Układu SiS, gdyż 1) Układ SiS - jak wskazano wcześniej - nie zawiera ku nim podstawy 2) komunikaty nie stanowią źródła prawa Unii Europejskiej.

Odwołujący wskazał, że BiH otworzyła swój rynek zamówień publicznych dla przedsiębiorców (wykonawców) z Unii Europejskiej. Analogicznie Unia Europejska otworzyła swój rynek zamówień dla BiH.

Odwołujący zaprzeczył głosłownym twierdzeniom Zamawiającego, że „Przeprowadzona przez Zamawiającego analiza wykazała, że rząd Bośni i Hercegowiny dotychczas nie przyjął ustawodawstwa wprowadzającego przepisy wspólnotowe w odniesieniu do zamówień w sektorze usług użyteczności publicznej (...)”. Wskazał, że przeciwna konstatacja wynika z opinii prawnej sporządzonej przez prawnika D.M. przedłożonej Zamawiającemu dnia 29.07.2026 r. tuż przed otrzymaniem przez Odwołującego decyzji o odrzuceniu jego oferty, gdzie przywołano art. 56 przepisów przejściowych Ustawy o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych Bośni i Hercegowiny z 2022 r., który stanowi:

„Artykuł 56

(Dostosowanie do dorobku prawnego Unii Europejskiej), „Na mocy niniejszej ustawy transponowane zostają postanowienia Dyrektywy 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych i uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, Dyrektywy 2014/25/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. dotyczącej udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych oraz uchylającej dyrektywę 2004/17/WE, Dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w celu poprawy skuteczności procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych oraz Dyrektywy 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz zmieniającej dyrektywę 2004/17/WE i 2004/18/WE.”

W dalszej części opinii prawnej zostało stwierdzone, że: „Przepis ten stanowi jednoznaczne potwierdzenie ustawodawcze, że Bośnia i Hercegowina dostosowała swoje ustawodawstwo dotyczące zamówień publicznych do podstawowych zasad i reguł prawa Unii Europejskiej. W konsekwencji ustanowiono ramy prawne umożliwiające stosowanie zasad równego traktowania, niedyskryminacji i otwartości rynku, również w postępowaniach prowadzonych w sektorze użyteczności publicznej.”

Jak podkreślił Odwołujący, opinia jednoznacznie przesądza, że przesłanki określone w art. 74 ust. 2 akapit 2 Układu SiS są spełnione. Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający nie odniósł się do ww. nowelizacji prawa bośniackiego lub jakichkolwiek innych przepisów prawa tego państwa.

Odwołujący powołał także art. 70 ust. 2 Układu SiS w zw. z art. 8 Układu SiS, które stanowią, że: art. 70 Układu SiS:

„1. Strony uznają znaczenie dostosowania obowiązującego ustawodawstwa Bośni i Hercegowiny do prawodawstwa Wspólnoty oraz jego skutecznego wdrażania. Bośnia i Hercegowina podejmuje wysiłki w celu zagwarantowania, że istniejące przepisy prawne i przyszłe ustawodawstwo będą stopniowo dostosowywane do dorobku prawnego Wspólnoty.

Bośnia i Hercegowina gwarantuje, że istniejące przepisy prawne i przyszłe ustawodawstwo będą odpowiednio wdrażane i egzekwowane.

2. Dostosowywanie rozpoczyna się w dniu podpisania niniejszego układu i stopniowo jest rozszerzane na wszystkie elementy wspólnotowego dorobku prawnego, o których mowa w niniejszym układzie, do zakończenia okresu przejściowego określonego w art. 8 niniejszego układu.

3. Na etapie początkowym zbliżanie ustawodawstwa koncentruje się na podstawowych elementach wspólnotowego dorobku prawnego w zakresie rynku wewnętrznego, jak również w obszarach związanych z handlem. Na późniejszym etapie Bośnia i Hercegowina koncentruje się na pozostałych częściach wspólnotowego dorobku prawnego.

Zbliżanie ustawodawstwa odbywa się na podstawie programu, który ma zostać uzgodniony między Komisją Europejską a Bośnią i Hercegowiną.

4. Bośnia i Hercegowina określa również, w porozumieniu z Komisją Europejską, szczegółowe zasady monitorowania działań służących zbliżeniu ustawodawstwa oraz egzekwowaniu prawa."

art. 8 Układu SiS:

„Proces stowarzyszenia odbywa się stopniowo i zostanie w pełni zrealizowany w okresie przejściowym trwającym maksymalnie sześć lat.

Rada Stabilizacji i Stowarzyszenia powołana na mocy art. 115 regularnie -zasadniczo co roku - weryfikuje wykonanie postanowień niniejszego układu oraz przyjmowanie i wdrażanie przez Bośnię i Hercegowinę reform prawnych, administracyjnych, instytucjonalnych i gospodarczych. Weryfikacja prowadzona jest w świetle postanowień preambuły i zgodnie z ogólnymi zasadami określonymi w niniejszym układzie. W toku weryfikacji należy uwzględniać priorytety określone w partnerstwie europejskim mające istotne znaczenie dla niniejszego układu, a ponadto będzie ona z mechanizmami ustanowionymi w ramach procesu stabilizacji i stowarzyszenia, szczególnie ze sprawozdaniem z postępów w procesie stabilizacji i stowarzyszenia.

Na podstawie wyników tej weryfikacji Rada Stabilizacji i Stowarzyszenia wydaje zalecenia oraz może podejmować decyzje. Jeśli weryfikacja ujawni szczególne trudności, można w tych sprawach skorzystać z mechanizmu rozwiązywania sporów ustanowionego na mocy niniejszego układu.

Stopniowo realizowane jest pełne stowarzyszenie. Najpóźniej po trzech latach od wejścia niniejszego układu w życie, Rada Stabilizacji i Stowarzyszenia dokonuje gruntownej weryfikacji jego stosowania. Na podstawie wyników tej weryfikacji Rada Stabilizacji i Stowarzyszenia ocenia postępy osiągnięte przez Bośnię i Hercegowinę i może podjąć decyzje dotyczące kolejnych etapów stowarzyszenia.

Wyżej wymieniona weryfikacja nie będzie obejmowała dziedziny wolnego przepływu towarów w przypadku której tytuł IV przewiduje specjalny harmonogram weryfikacji. "

Z powyższych przepisów w ocenie Odwołującego wynika, że proces stowarzyszenia miał trwać 6 lat, co wskazuje na korelację czasową ww. nowelizacji bośniackiego prawa zamówień publicznych z wejściem w życie w dniu 1.06.2015 r. Układu SiS (art. 8 Układu SiS), a ponadto potwierdza, że wcześniej cytowane stanowisko Komisji Europejskiej odnosi się do oceny akcesji BiH do Unii Europejskiej i nie może stanowić podstawy do oceny spełnienia warunków wynikających z art. 74 ust. 2 akapit 2 Układu SiS - dokument ten jak wskazano wcześniej w ogóle nie referuje do tej normy.

Niezależną linią argumentacyjną Odwołującego była okoliczność zapewnienia przez BiH przedsiębiorstwom z Unii Europejskiej dostępu do zamówień dot. użyteczności publicznej (zamówień sektorowych) na terytorium BiH, a w konsekwencji braku możliwości zakwalifikowania tego państwa jako „państwa trzeciego niebędącego stroną umów międzynarodowych" w rozumieniu art. 16b ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący powołał art. 74 ust. 3-4 Układu SiS. Wskazał, że układ SiS wszedł w życie 1.06.2015 r., z uwagi zatem na upływ terminu pięciu lat, o którym mowa w art. 74 ust. 4 Układu SiS przedsiębiorstwom (wykonawcom) z Unii Europejskiej przyznany został dostęp do procedur udzielania zamówień w Bośni i Hercegowinie na warunkach nie mniej korzystnych niż te, które dotyczą przedsiębiorstw z tego kraju. Wyjaśnił, że powyższe ma zasadnicze znaczenie z punktu widzenia treści art. 16a ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak wskazał Odwołujący, jeżeli Układ SiS zapewnia wykonawcom z państw członkowskich Unii Europejskiej dostęp do zamówień sektorowych, co wykazano wyżej (art. 74 ust. 4 Układu SiS), na mocy art. 16a Pzp, wykonawcy z BiH mają zapewniony dostęp do unijnego rynku zamówień sektorowych. W takim przypadku art. 16a Pzp stanowi niezależny przepis prawa, która z uwagi na art. 74 ust. 4 Układu SiS, przyznaje takie uprawnienie wykonawcom z BiH.

Wskazał także, że wykładnia art. 16a Pzp jest zgodna z jego pierwowzorem z dyrektywy sektorowej, tj. art. 43 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26.02.2014 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. Celem zatem przepisu art. 43 dyrektywy 2014/25 i art. 16a Pzp, który go implementuje do prawa krajowego, jest zapewnienie wykonawcom spoza UE analogicznego (równego) traktowania względem traktowania, jakie państwo wykonawcy spoza UE zapewnia wykonawcom z UE. W konsekwencji Odwołujący stwierdził,

że na podstawie art. 16a Pzp w zw. z art. 43 dyrektywy 2014/25, wykonawcy z BiH mają dostęp do wspólnotowego (unijnego) rynku sektorowych zamówień publicznych.

cenie Odwołującego, uzasadnienie Zamawiającego jest wadliwe na dwóch czynnikach, tj.:

- nie wskazuje na czym polegała i w jaki sposób przeprowadzona została przez Zamawiającego analiza, która rzekomo wykazała, że „rząd Bośni i Hercegowiny dotychczas nie przyjął ustawodawstwa wprowadzającego przepisy wspólnotowe w odniesieniu do zamówień w sektorze usług użyteczności publicznej”,
- nie wskazuje w oparciu o jakie przepisy prawa, w ocenie Zamawiającego, dostęp przedsiębiorstw (wykonawców) z Bośni i Hercegowiny do unijnego rynku zamówień publicznych w zakresie zamówień użyteczności publicznej (zamówień sektorowych) był warunkowany komunikatami wydanymi „przez Komisję Europejską lub inne organy UE, z których wynikałby obowiązek dopuszczania wykonawców z Bośni i Hercegowiny w postępowaniach o udzielenie zamówienia sektorowego.”.

- co utrudnia bądź uniemożliwia wystarczające zbadanie toku rozumowania Zamawiającego w Postępowaniu, a w konsekwencji przytoczone uzasadnienie nie pozwala na ustalenie przyczyn podjęcia przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

W opinii Odwołującego nie sposób ustalić, na czym polegała analiza Zamawiającego i jak została przeprowadzona. W szczególności jakie akty prawne obowiązujące na terenie BiH analizował Zamawiający i dlaczego uznał, że niewystarczająco recypowały one do bośniackiego prawa postanowienia dyrektywy 2014/25.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Za trafny należy uznać zarzut Odwołującego co do niewystarczającego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Bez wątpienia w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego:

- nie wskazano, na czym polegała i w jaki sposób przeprowadzona została przez Zamawiającego analiza, która wykazała, że „rząd Bośni i Hercegowiny dotychczas nie przyjął ustawodawstwa wprowadzającego przepisy wspólnotowe w odniesieniu do zamówień w sektorze usług użyteczności publicznej”,
- nie wskazano, w oparciu o jakie przepisy prawa, dostęp przedsiębiorstw (wykonawców) z Bośni i Hercegowiny do unijnego rynku zamówień publicznych w zakresie zamówień użyteczności publicznej (zamówień sektorowych) był warunkowany komunikatami wydanymi „przez Komisję Europejską lub inne organy UE, z których wynikałby obowiązek dopuszczania wykonawców z Bośni i Hercegowiny w postępowaniach o udzielenie zamówienia sektorowego”.

Oferta wykonawcy podlega odrzuceniu w sytuacji jednoznacznego wykazania jej niezgodności z warunkami zamówienia. W sytuacji, gdy Zamawiający nie wykazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego powyższego zakresu informacji, które mają elementarne znaczenie dla prawidłowości czynności odrzucenia oferty, to nie sposób uznać, że Zamawiający jednoznacznie wykazał niezgodność oferty Odwołującego z warunkami zamówienia.

Izba uwzględniła zarzut Odwołującego dotyczący niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na niezgodność oferty Odwołującego z przepisami ustawy oraz niezgodność tej oferty z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 16a ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie objętym Porozumieniem Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych lub innymi umowami międzynarodowymi gwarantującymi na zasadzie wzajemności i równości dostęp do rynku zamówień publicznych, których stroną jest Unia Europejska, zamawiający zapewnia wykonawcom pochodzącym z państw trzecich będących stronami tego porozumienia lub tych umów międzynarodowych oraz robotom budowlanym, dostawom i usługom pochodzącym z tych państw takie samo traktowanie, jak traktowanie wykonawców pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej oraz robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej.

Z przepisu i postanowień SWZ wynika m.in., żeo udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy z „państw trzecich będących stronami umów międzynarodowych”, a także mogą ubiegać się wykonawcy wspólnie z wykonawcami pochodzącymi z „państw trzecich niebędących stronami umów międzynarodowych”.

Przytoczony artykuł, jak i postanowienia SWZ, nie uzależniają uczestnictwa podmiotu od częściowego, czy całkowitego wdrożenia przepisów wspólnotowych. Istotne znaczenie ma zatem objęcie umową międzynarodową.

Ze złożonego przez Odwołującego pisma Agencji Zamówień Publicznych skierowanego do Ambasady Bośni i Hercegowiny w Warszawie (z 03 sierpnia 2026 roku) wynika, że:

- W Bośni i Hercegowinie obowiązuje Ustawa o zamówieniach publicznych („Službeni glasnik BiH”, nr 39/14, 59/22 i 50/24); generalnie opiera się na przepisach Unii Europejskiej zawartych w Dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz Dyrektywie 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady odnośnie ujednolicenia procedur udzielania

zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

- Wprowadzono zmiany i uzupełnienia Ustawy o zamówieniach publicznych („Službeni glasnik BiH”, nr 59/22), częściowo ujednolicono krajowe ustawodawstwo z nowymi ramami prawnymi Unii Europejskiej w dziedzinie zamówień publicznych, przede wszystkim z Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE, a także do 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, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE.

Powyższe oznacza, że zarówno została zawarta umowa międzynarodowa, której wymagał zacytowany powyżej art. 16a ustawy Prawo zamówień publicznych, a ponadto została wprowadzona w Bośni i Hercegowinie ustawa o zamówieniach publicznych.

Zgodnie z art. 74 Umowy SiS:

1. Wspólnota i Bośnia i Hercegowina uznają za pożądane otwarcie rynku zamówień publicznych na zasadzie równego traktowania i wzajemności, mając na uwadze w szczególności regulacje WTO.

2. Z dniem wejścia w życie niniejszego układu przedsiębiorstwom Bośni i Hercegowiny niezależnie od tego, czy mają siedzibę na terytorium Wspólnoty czy nie, przyznany zostaje dostęp do procedur udzielania zamówień we Wspólnocie prowadzonych na podstawie wspólnotowych reguł udzielania zamówień na warunkach nie mniej korzystnych niż te, które dotyczą przedsiębiorstw wspólnotowych.

Powyższe postanowienia mają zastosowanie również w odniesieniu do zamówień w sektorze usług użyteczności publicznej, po tym jak rząd Bośni i Hercegowiny przyjmie ustawodawstwo wprowadzające przepisy wspólnotowe w tej dziedzinie. Wspólnota okresowo sprawdza, czy Bośnia i Hercegowina faktycznie wprowadza stosowne ustawodawstwo.

3. Z chwilą wejścia w życie niniejszego układu przedsiębiorstwa wspólnotowe mające siedzibę w Bośni i Hercegowinie, zgodnie z postanowieniami tytułu V rozdział II, mają dostęp do procedur udzielania zamówień w Bośni i Hercegowinie na warunkach nie mniej korzystnych niż te, które dotyczą przedsiębiorstw tego kraju.

4. W ciągu pięciu lat od wejścia w życie niniejszego układu przedsiębiorstwom wspólnotowym niemającym siedziby na terytorium Bośni i Hercegowiny przyznany zostaje dostęp do procedur udzielania zamówień w Bośni i Hercegowinie na warunkach nie mniej korzystnych niż te, które dotyczą przedsiębiorstw z tego kraju. W trakcie pięcioletniego okresu przejściowego Bośnia i Hercegowina zapewnia stopniowe zmniejszenie obowiązujących preferencji, tak aby po wejściu w życie niniejszego układu preferencyjna stawka wynosiła maksymalnie 15 % w pierwszym i drugim roku, maksymalnie 10 % w trzecim i czwartym roku, oraz maksymalnie 5 % w piątym roku.

5. Rada Stabilizacji i Stowarzyszenia okresowo bada możliwość przyznania przez Bośnię i Hercegowinę dostępu do procedur zamówień w Bośni i Hercegowinie wszystkim przedsiębiorstwom wspólnotowym. Bośnia i Hercegowina co roku składa Radzie Stabilizacji i Stowarzyszenia sprawozdanie ze środków podjętych w celu zwiększenia przejrzystości i zapewnienia skutecznej weryfikacji sądowej decyzji podejmowanych w obszarze zamówień publicznych.

6. W odniesieniu do rozpoczynania i prowadzenia działalności gospodarczej oraz świadczenia usług między Wspólnotą a Bośnią i Hercegowiną, jak również do zatrudnienia i przepływu siły roboczej związanych z realizacją zamówień publicznych zastosowanie mają postanowienia art. 47-69.

Zgodnie z art. 56 przepisów przejściowych Ustawy o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych Bośni i Hercegowiny z 2022 r., (Dostosowanie do dorobku prawnego Unii Europejskiej), „Na mocy niniejszej ustawy transponowane zostają postanowienia Dyrektywy 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych i uchylającą dyrektywę 2004/18/WE, Dyrektywy 2014/25/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. dotyczącej udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych oraz uchylającą dyrektywę 2004/17/WE, Dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w celu poprawy skuteczności procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych oraz Dyrektywy 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz zmieniającej dyrektywę 2004/17/WE i 2004/18/WE.”

Jak wynika z przytoczonego artykułu 56 ustawy, do prawa Bośni i Hercegowiny przyjęto przepisy dyrektywy 2014/25/UE, regulującej udzielanie zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Powyższe oznacza, że warunek, o którym mówi układ SiS, został spełniony.

Skoro zatem art. 74 ust. 2 Układu wymaga przyjęcia ustawodawstwa wprowadzającego przepisy wspólnotowe dotyczące zamówień sektorowych, a ustawodawca Bośni i Hercegowiny deklaruje transpozycję dyrektywy sektorowej, Zamawiający nie mógł poprzestać na ogólnym stwierdzeniu, że warunek nie został spełniony. Tym bardziej Zamawiający powinien był co najmniej wykazać, dlaczego przyjęte ustawodawstwo bośniackie nie realizuje wymogu przewidzianego w art. 74 ust. 2 Układu.

W ocenie Izby przewidziane w 74 ust. 2 Układu SiS badanie okresowe przez Wspólnotę może być rozumiane jako uprawnienie kontrolne. Artykuł 74 ust. 2 Układu SiS nie wprowadza jednoznacznego uzależnienia dostępu przedsiębiorstw z Bośni i Hercegowiny do unijnego rynku zamówień sektorowych od uprzedniego wydania decyzji, orzeczenia, deklaracji, ani innego rozstrzygnięcia przez instytucję Unii Europejskiej, wbrew twierdzeniom Zamawiającego i Przystępującego. Nie można wprost stwierdzić, aby artykuł ten warunkował dostęp dla przedsiębiorstw (wykonawców) z Bośni i Hercegowiny do sektorowych zamówień publicznych z UE od wydania jakiegokolwiek decyzji, orzeczenia lub rozstrzygnięcia przez konkretny organ UE. Warunkiem jest jedynie przyjęcie ustawodawstwa przez Bośnię i Hercegowinę, o czym powyżej.

W trakcie rozprawy z udziałem stron Zamawiający złożył jako dowód wydruk ze strony internetowej Agencji Zamówień Publicznych Bośni i Hercegowiny (tłumaczenie). Wydruk zawiera tytuł: „Przygotowanie nowej Ustawy o zamówieniach publicznych wchodzi w końcową fazę”. W wydruku Zamawiający zaznaczył zdanie: „Kluczowym celem było pełne, zarówno pod względem treści, jak i celu regulacji, dostosowanie ustawy do rozwiązań przewidzianych w dyrektywach Unii Europejskiej.” W ocenie Izby wydruk może stanowić jedynie dowód na okoliczność, że przygotowywana jest nowa ustawa o zamówieniach publicznych. Z pewnością wydruk nie dowodzi, że wykonawcy z Bośni i Hercegowiny mają status wykonawców pochodzących z „państw trzecich niebędących stronami umów międzynarodowych”. Dowód ten nie ma zatem żadnego znaczenia dla rozpoznawanej sprawy.

Odwołujący w piśmie procesowym powoływał się na przedstawione przez niego ogłoszenia o udzieleniu zamówień sektorowych na terenie Unii Europejskiej wykonawcom z Bośni i Hercegowiny (po wydaniu przez TSUE wyroku z 22 października 2024 roku sprawa Kolin). Ogłoszenia te mogą stanowić praktyczne potwierdzenie zasadności zarzutu Odwołującego.

Przystępujący jako dowód przedstawił „memorandum”, czyli opinię kancelarii prawnej z siedzibą w Sarajewie. Dowód ten nie może zostać uznany za przydatny do oceny w niniejszej sprawie. Opinie prawne mogą być uznane jako stanowisko strony. Tymczasem rozstrzygające znaczenia powinna mieć treść przepisu (nie domniemanie) oraz wykazanie przez Zamawiającego okoliczności rzeczywistego wprowadzenia (lub braku wprowadzenia) ustawy. Ponadto w treści tej opinii w punkcie 6.3 wskazano: „Niniejsze memorandum jest skierowane do Klienta i sporządzone wyłącznie na jego rzecz; żadna inna osoba nie może się na nim opierać bez naszej uprzedniej pisemnej zgody udzielonej w każdym konkretnym przypadku. Żadna osoba inna niż Klient nie może polegać na Memorandum bez naszej wyraźnej pisemnej zgody skierowanej do tej osoby.” Powyższe zastrzeżenie wskazuje na nieprzydatność takiej opinii – została sporządzona wyłącznie na potrzeby i oczekiwania „Klienta”, czyli w tym przypadku Przystępującego.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego specjalisty z zakresu prawa obowiązującego na terytorium Bośni i Hercegowiny. Powołanie biegłego z pewnością prowadziłyby do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania. Tymczasem odwołanie podlega rozpoznaniu w oparciu o obowiązujące przepisy i dostarczone przez strony dowody.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) oraz § 5 pkt 2b), § 7 ust. 1 pkt 1), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....