



Warszawa, dnia 16 grudnia 2024 r.

Do:

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

Krajowa Izba Odwoławcza

ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Odwołujący:

KARSAN OTOMOTIV SANAYII VE TICARET A.Ş.

Hasanağa Organize Sanayi Bölgesi

Sanayi Caddesi 16225, Nilüfer / BURSA / TURCJA

Bursa Trade Registry Directorate 13366 (Rejestr Handlowy w Bursie Nr 13366)

Ertuğrulgazi V.D. Nr 52 50 00 19 06 (VAT)

reprezentowany przez:

r.pr. Dariusza Ziemińskiego oraz r.pr. Bartłomieja Ziółkowskiego

Kancelaria Radcy Prawnego Dariusz Ziemiński & Partnerzy

Pl. Konesera 6/B4, 03-763 Warszawa

Zamawiający:

Gmina Miasta Gdańska - Zarząd Transportu Miejskiego w Gdańsku

ul. Na Stoku 49, 80-874 Gdańsk

w imieniu którego działa

Gmina Miasta Gdańska - Urząd Miejski w Gdańsku

ul. Nowe Ogrody 8/12, 80-803 Gdańsk

wykonujący zadania Centralnego Zamawiającego poprzez wykonanie pomocniczych działań zakupowych dla jednostek organizacyjnych Gminy Miasta Gdańska na podstawie uchwały nr XIII/267/19 Rady Miasta Gdańska z dnia 29 sierpnia 2019 r.

adres e-mail: monika.wilczynska@gdansk.gda.pl; bzp@gdansk.gda.pl; ztm@gdansk.gda.pl

Adres strony internetowej prowadzonego postępowania: <https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/search/list/ocds-148610-ae37da69-4f68-4113-9bb8-e2ea372e51af>

ODWOŁANIE

w postępowaniu o udzielenie zamówienia, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: Dostawa 30 autobusów miejskich niskopodłogowych o napędzie elektrycznym dla Gminy Miasta Gdańska, sygn. postępowania: BZP.271.22.2024 (dalej „**Postępowanie**”).

1. Na podstawie art. 505 ust. 1 i 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej „**ustawą Pzp**”, w imieniu wykonawcy KARSAN OTOMOTIV SANAYII VE TICARET A.Ş., zwanego dalej: „**Odwołującym**”, działając na podstawie załączonego pełnomocnictwa, wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, podjętych w Postępowaniu (zarówno w Części 1 jak i Części 2) oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. od:
 - 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.**
2. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 6 września 2024 r., numer publikacji ogłoszenia: 536315-2024.
3. **Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego, Odwołujący stawia następujące zarzuty:**
 - 1) **zarzut naruszenia 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) **zarzut naruszenia 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.

4. Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, aby:
 - 1) unieważnił czynność 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.
5. Odwołujący wskazuje, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SWZ, wstępnie wykazał spełnianie warunków udziału w Postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia z Postępowania oraz ubiega się o udzielenie mu zamówienia.
6. Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę, bowiem gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp to nie dokonałby odrzucenia oferty Odwołującego i prawdopodobnie dokonałby wyboru oferty Odwołującego (która jest ofertą o niższej cenie niż oferty wykonawcy Solaris), co skutkowałoby uzyskaniem przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego. Wadliwa czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie zamówienia. Uwzględnienie odwołania prowadzić będzie do przywrócenia oferty Odwołującego do Postępowania, a w konsekwencji do uzyskania zamówienia przez Odwołującego.
7. Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego z środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

8. Odwołujący wskazuje nadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik Postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynęło na wynik Postępowania.
9. Działania i zaniechania Zamawiającego, doprowadziły do dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób nieprawidłowy, która to czynność jest czynnością niewątpliwie istotną, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.
10. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty złożonej przez Solaris jako najkorzystniejszej, w dniu 5 grudnia 2024 r. (publikując stosowną informację na stronie internetowej Postępowania). Niniejsze odwołanie jest wnoszone w dniu 16 grudnia 2024 r., co oznacza, że Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp i wniósł odwołanie w terminie.
11. Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp niniejsze odwołanie, jako wniesione w formie elektronicznej, zostało przekazane Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

UZASADNIENIE

I. Stan faktyczny

1. Postępowanie podzielone jest na dwie części. Część nr 1 dostawa 18 sztuk autobusów miejskich standardowych niskopodłogowych (pojazdy MAXI) zasilanych energią elektryczną oraz Część nr 2 dostawa 12 sztuk autobusów miejskich wielkopojemnych przegubowych niskopodłogowych (pojazdy MEGA) zasilanych energią elektryczną.
2. W Postępowaniu, oferty złożyło 4 wykonawców. Odwołujący złożył ofertę zarówno w zakresie Części nr 1 jak i Części nr 2.
3. W przypadku obu Części Zamawiający, odrzucił wszystkie oferty poza ofertą wykonawcy Solaris:
 - a) oferta Solaris opiewa na kwotę 59 003 100,00 zł brutto dla Części nr 1 i kwotę 51 645 240, 00 zł brutto dla Części nr 2;

b) oferta Odwołującego opiewa na kwotę 55 185 057, 00 zł brutto dla Części nr 1 i na kwotę 48 154 500, 00 zł brutto dla Części nr 2;

- oferta Odwołującego jest więc ofertą tańszą od oferty Solaris (która została wybrana jako najkorzystniejsza).

4. **W przypadku obu Części oferta Odwołującego została odrzucona z tej samej przyczyny – tj. z uwagi na fakt, iż Odwołujący ma siedzibę w Turcji. Jako podstawę prawną czynności odrzucenia Zamawiający podał:**

3. Działając na podstawie:

- art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp tj. jest niezgodna z przepisami ustawy,
- art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp tj. jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów,
- art. 226 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp tj. została złożona przez Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert,

oraz zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający zawiadamia, iż odrzucił ofertę Wykonawcy:

5. W ramach opisowej części uzasadnienia odrzucenia, Zamawiający powołał się na wyrok TSUE z dnia 22 października 2024 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 postępowań 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.

W związku z powyższym wskazuje się jak na wstępie.

6. **Odwołujący wskazuje, że zarówno podstawa prawna jak i uzasadnienie faktyczno - prawne czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp, rzeczywistej treści wyroku TSUE z dnia 22 października 2024 r. C-652/22 oraz dokumentacji Postępowania. Odwołujący wskazuje ponadto, że przywołany w uzasadnieniu odrzucenia, wyrok TSUE zapadł w innym stanie faktycznym i prawnym (na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego) a ponadto należy interpretować go w sposób inny niż dokonał tego Zamawiający, co zdaje się potwierdzać opinia UZP pt.: „Udział wykonawców z państw trzecich w świetle wyroku TSUE w sprawie C-652/22”¹. W dalszej treści pisma Odwołujący szczegółowo uzasadni nieprawidłowość kwestionowanych czynności i zaniechań Zamawiającego.**

II. Kwestie formalne – dokumentacja Postępowania i status wykonawcy.

1. W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że w treści dokumentacji Postępowania, Zamawiający w żaden sposób nie ograniczył dostępu do udziału w postępowaniu wykonawcom z państw trzecich, innych niż Rosja.
2. W treści dokumentacji, znajduje się informacja o zastosowaniu przesłanki wykluczenia z art. 5k Rozporządzenia Rady (UE) 2022/576 w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie z dnia 8 kwietnia 2022 r. – natomiast nie ma takiej informacji co do wykonawców z innych państw trzecich, w tym Turcji. Nie wydano bowiem analogicznego rozporządzenia, dla Turcji, Państwo to nie jest wyłączone z udziału w przetargach na terenie UE (nie zostało objęte sankcjami).
3. Już z samej tej przyczyny, czynność Zamawiającego, polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego jest bezpodstawa – nie opiera się bowiem na obowiązującym akcie prawnym ani na postanowieniu SWZ. **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.**

¹ Opinia dostępna na stronie UZP pod linkiem: <https://www.gov.pl/web/uzp/udzial-wykonawcow-z-panstw-trzecich-w-swietle-wyroku-tsue-w-sprawie-c-65222>

4. Zamawiający nie wprowadził postanowień SWZ, które ograniczałyby grono wykonawców. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie art. 132 ustawy Pzp:

8. **Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie** przetargu nieograniczonego, na podstawie art. 132 Pzp.

5. Zgodnie z art. 132 ustawy Pzp, w postępowaniu toczącym się w trybie przetargu nieograniczonego, oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy: *Przetarg nieograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty **mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy.***

6. Definicja wykonawcy, znajduje się natomiast w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp:

wykonawcy - należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego;

7. Należy zauważyć, że wskazana wyżej definicja w żaden sposób nie odnosi się do kwestii pochodzenia wykonawcy czy jego siedziby. Polski ustawodawca przyjął szeroką definicję wykonawcy na gruncie zamówień publicznych, w tym sensie, że wykonawcą jest podmiot, który oferuje na rynku dostawę produktów, a z całą pewnością jest nim podmiot, który złożył ofertę (Odwołujący).

8. **Wobec powyższego, na gruncie przepisów ustawy Pzp oraz dokumentacji opublikowanej w postępowaniu, ofertę mógł złożyć każdy wykonawca i oferta każdego wykonawcy, który spełnia warunki udziału w postępowaniu (w tym Odwołujący) może zostać wybrana jako najkorzystniejsza.**

9. W uzasadnieniu odrzucenia, Zamawiający stwierdził, że wobec faktu, iż Odwołujący nie został zaproszony do udziału w postępowaniu, nie mógł złożyć w nim oferty/nie może wziąć udziału w tym postępowaniu. Takie twierdzenie jest kuriozalne. Jak wskazano wyżej, Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. Nie ma w nim zaproszeń do udziału w postępowaniu (występujących w procedurze dwuetapowej np. w przetargu ograniczonym). Nie ulega więc wątpliwości, że podstawa odrzucenia, z art. 226

ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp jest nieprawidłowa – nie ma zastosowania w przetargu nieograniczonym.

10. Powyższe zdaje się potwierdzać Urząd Zamówień Publicznych oraz doktryna:

Złożenie oferty przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert. Art. 226 ust. 1 pkt 9 Pzp nie znajduje zastosowania w tzw. postępowaniach jednoetapowych, tj. przetargu nieograniczonym (art. 132 Pzp) i trybie podstawowym, jeśli zamawiający nie przeprowadza negocjacji (art. 275 pkt 1 Pzp).²

*Zgodnie z ust. 1 pkt 9 komentowanego przepisu odrzuceniu podlega oferta, która została złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert. **Przesłanka ta nie znajduje zastosowania w jednoetapowych postępowaniach o udzielenie zamówienia.** Ma natomiast zastosowanie do tych trybów udzielania zamówienia, w których stosuje się indywidualne zaproszenia do składania ofert, albo gdy oferty mogą składać wyłącznie wykonawcy, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, jak np. przetarg ograniczony (którego pierwszym etapem jest wyłonienie wykonawców, którzy zostaną następnie zaproszeni do składania ofert) czy negocjacje bez ogłoszenia.³*

11. Argumentacja Zamawiającego, z informacji o odrzuceniu, opierająca się na twierdzeniu, że ogłoszenie o zamówieniu stanowi zaproszenie do składania ofert, co ma rzekomo wynikać z art. 8 ustawy Pzp i art. 71 kc – jest równie kuriozalna. Przepisy ustawy Pzp stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego, w tym sensie, że przepisy kc stosuje się, jeśli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. **Kwestie zaproszenia do składania ofert oraz procedury udzielania zamówień publicznych zostały szczegółowo uregulowane w ustawie Pzp. Z przepisów ustawy Pzp jasno wynika w jakich trybach stosuje się zaproszenie do składania ofert i jakie elementy powinno zawierać takie zaproszenie (np. art. 161, art. 186 ustawy Pzp) – w konsekwencji należy uznać, że ustawodawca, na gruncie ustawy Pzp zdefiniował czym jest zaproszenie do składania ofert.**

² PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH, KOMENTARZ WYDANIE II pod redakcją Huberta Nowaka Mateusza Winiarza Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023

³ A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2024, art. 226.

12. **Ustawodawca nie przewidział natomiast wystosowania zaproszenia do składania ofert w trybie przetargu nieograniczonego, w szczególności czym innym jest ogłoszenie o zamówieniu a czym innym zaproszenie do składania ofert (ogłoszenie występuje również w trybach dwuetapowych i jest adresowane do wszystkich potencjalnych wykonawców). W konsekwencji, w trybie przetargu nieograniczonego, nie stosuje się przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp – która w sposób literalny odnosi się do zaproszenia do składania ofert.**
13. 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.*
14. Ostatecznie, jak już wyżej wykazano, nie ma podstawy prawnej, która wskazywała by na to, że wykonawcy z Turcji nie mogą skutecznie złożyć oferty i Zamawiający takiej podstawy nie wskazuje, cytując jedynie wyrwane z kontekstu fragmenty wyroku TSUE.
15. Nawet jeśli przyjąć, że wyrok TSUE ma zastosowanie do niniejszej sprawy, to oczywiście jest, że jeśli Zamawiający chciał ograniczyć grono wykonawców, to w pierwszej kolejności mógł tego dokonać poprzez wybór trybu przetargu ograniczonego, a ewentualnie jeśli już wybrał tryb przetargu nieograniczonego, to powinien sformułować jasne i precyzyjne postanowienia SWZ w tym zakresie. Ich kształtu wyrok TSUE nie precyzuje, natomiast być może mogłyby odnosić się do warunków udziału w postępowaniu lub przesłanek wykluczenia (choć katalog przesłanek wykluczenia z ustawy Pzp jest co do zasady zamknięty).
16. W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że wymogi niewyrażone w SWZ, nie obowiązują wykonawców, a przesłanki odrzucenia oferty, należy interpretować ściśle. Skoro *wszelkie niejasne, nieprecyzyjne wymogi SWZ nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawcy*

w postępowaniu⁴ – to tym bardziej nie sposób oczekiwać od wykonawców zastosowania się do wymogów, które w SWZ nie zostały w ogóle wyrażone.

17. **Natomiast Zamawiający nie jest uprawniony do wprowadzania jakichkolwiek ograniczeń nie wyrażonych w SWZ, już po terminie składania ofert, znając oferty złożone przez wykonawców i mogąc oszacować, który z wykonawców wygrałby Postępowanie – takie działanie w sposób rażąco narusza reguły uczciwej konkurencji.**

III. Wyrok TSUE i Opinia UZP

18. Czynność odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający uzasadnia, odsyłając do wyroku TSUE z dnia 22 października 2024 r., sygn. akt: C – 652/22.
19. Odnosząc się do wskazanego wyroku, w pierwszej kolejności należy stwierdzić, że nie ma on zastosowania w niniejszej sprawie, bowiem zapadł na gruncie innych przepisów niż przepisy, powołane jako podstawa do udzielenia przedmiotowego zamówienia.
20. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu, opublikowanego w Postępowaniu, podstawą prawną prowadzonego postępowania jest Dyrektywa 2014/24/UE i ustawa Pzp:
- Podstawa prawna:
Dyrektywa 2014/24/UE
Ustawa z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych, Dz.U. z 2023 poz. 1605 ze zm.
21. **Dyrektywa 2014/24/UE – to dyrektywa dotycząca zamówień klasycznych, natomiast tezy wspomnianego wyroku TSUE, odnoszą się do dyrektywy 2014/25 – dyrektywy, która reguluje zamówienia sektorowe (które z racji na kluczowy charakter sektorów gospodarki, której dotyczą, podlegają różnym odmiennością w stosunku do zamówień klasycznych).**
22. Na gruncie wyroku TSUE z dnia 22 października 2024 r. TSUE odnosi się co prawda do rozporządzenia IZM (*Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/1031 z dnia 23 czerwca 2022 r. w sprawie dostępu wykonawców, towarów i usług z państw trzecich do unijnych rynków zamówień publicznych i koncesji oraz procedur wspierających negocjacje dotyczące dostępu unijnych wykonawców, towarów i usług do rynków zamówień publicznych i koncesji państw trzecich (Instrument Zamówień Międzynarodowych - IZM) - (Dz.U. 2022, L 173, s. 1)*), które dotyczy również dyrektywy klasycznej, natomiast w treści tego rozporządzenia, brak przepisu, który wprowadzałby zakaz udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez wykonawców z państw trzecich.

⁴ Wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 799/23

23. W treści rozporządzenia IZM (art. 6) wskazano jedynie, że Komisja europejska może zdecydować o ograniczeniu dostępu wykonawców z państw trzecich:

6. W ramach środka IZM, o którym mowa w ust. 1, Komisja może zdecydować [...] o ograniczeniu dostępu wykonawców, towarów lub usług z państwa trzeciego do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przez nakazanie instytucjom zamawiającym lub podmiotom zamawiającym, aby:

a) zastosowały korektę punktacji na oferty złożone przez wykonawców pochodzących z tego państwa trzeciego; lub

b) wykluczyły oferty złożone przez wykonawców pochodzących z tego państwa trzeciego.

[...].

- natomiast takiego środka nie zastosowano w stosunku do wykonawców z Turcji.

24. W wyroku, który zamawiający przyjął jako podstawę swojej decyzji, TSUE wskazuje również, że:

[...] Tymczasem z powodu przedstawionego w pkt 46 niniejszego wyroku i jak stanowi obecnie również motyw 10 rozporządzenia IZM, dyrektywę 2014/25 należy rozumieć w ten sposób, że dostęp wykonawców ze wspomnianych państw trzecich do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w Unii nie jest zagwarantowany, a wykonawcy ci mogą zostać z nich wykluczeni.

48 Do państw trzecich, o których mowa w pkt 44 niniejszego wyroku, należy Republika Turcji, która nie jest stroną ani GPA, ani żadnej innej umowy przyznającej na zasadzie wzajemności tureckim wykonawcom prawo do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w Unii na równi z wykonawcami z Unii.

[...]

51 W związku z tym w sytuacji takiej jak rozpatrywana w postępowaniu głównym, charakteryzującej się udziałem tureckiego wykonawcy, którego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podlegającym dyrektywie 2014/25 został zaakceptowany przez podmiot zamawiający, wykonawca ten nie może powoływać się na art. 36 i 76 tej dyrektywy w celu zakwestionowania decyzji o udzieleniu danego zamówienia.

[...]

65 W każdym razie organy krajowe nie mogą interpretować krajowych przepisów transponujących dyrektywę 2014/25 w ten sposób, że mają one zastosowanie również do wykonawców z państw trzecich, które nie zawarły takiej umowy z Unią, którzy zostaliby dopuszczeni przez podmiot zamawiający do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w danym państwie członkowskim, i to pod rygorem naruszenia wyłącznego charakteru kompetencji Unii w tej dziedzinie.

[...]

67 Z całości powyższych rozważań wynika, że organy krajowe nie są uprawnione do objęcia wykonawców z państw trzecich, które nie zawarły z Unią umowy

międzynarodowej gwarantującej równy i wzajemny dostęp do zamówień publicznych, zastosowaniem przepisów krajowych transponujących przepisy dyrektywy 2014/25.

[...]

68 W konsekwencji wykładnia art. 36 i 76 dyrektywy 2014/25 nie może w żaden sposób mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym.

25. Należy zauważyć, że wskazane tezy odnoszą się jedynie do Dyrektywy 2014/25, co TSUE podkreśla, wskazując w każdej z cytowanych tez nazwę/numer dyrektywy – natomiast Postępowanie prowadzone jest na podstawie Dyrektywy 2014/24/UE oraz regulacji krajowej w postaci ustawy Pzp – tezy te nie powinny mieć więc zastosowania do decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w Postępowaniu.
26. W dalszej kolejności należy stwierdzić, że w cytowanych wyżej tezach (na które powołuje się Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia), TSUE stwierdza jedynie, że dostęp do zamówienia wykonawców z państw trzecich, które nie podpisały umowy z UE, nie jest gwarantowany, że mogą oni podlegać wykluczeniu i nie mogą powoływać się na art. 36 i 76 dyrektywy 2014/25, w celu zakwestionowania decyzji o udzieleniu zamówienia.
27. **W żadnym miejscu wyroku TSUE nie wskazano jednak, jak twierdzi Zamawiający, że wykonawcy z Państw trzecich, *ex lege* podlegają wykluczeniu lub, że ich oferty należy odrzucić.**
28. Zacytowane wyżej tezy, należy rozumieć w ten sposób, że TSUE stwierdza, iż taki dostęp można ograniczyć - ale ograniczenie to i tak powinno znaleźć swój wyraz w treści dokumentacji postępowania i nie może być wprowadzone po otwarciu ofert, poprzez arbitralną decyzję Zamawiającego. W przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, brak ograniczeń jest dorozumiany, jako, że złożyć oferty mogą wszyscy zainteresowani wykonawcy.
29. Ponadto, z twierdzenia, że dostęp do zamówienia wykonawcom z Państw trzecich nie jest zagwarantowany, nie wynika, że oferty złożone przez te podmioty są niezgodne z przepisami ustawy (art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp) czy nieważne na podstawie odrębnych przepisów (art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp), a są to podstawy prawne, które powołał Zamawiający uzasadniając czynność odrzucenia. Tym bardziej, że w treści uzasadnienia Zamawiający nie wskazuje przepisów, z którymi rzekomo miałyby być niezgodna oferta Odwołującego (bo takie akty prawne nie istnieją), a jedynie odwołuje się do wyroku, który sam w sobie nie jest aktem prawnym.

30. W tym miejscu należy również zauważyć, że powołane przez Zamawiającego, podstawy prawne odrzucenia wzajemnie się wykluczają, co świadczy o tym, że Zamawiający sam nie jest w stanie zidentyfikować które z przesłanek odrzucenia zostały wypełnione. W konsekwencji należy uznać, że Zamawiający nie jest pewny, czy wypełniły się przesłanki odrzucenia z danego przepisu, a co za tym idzie nie powinien dokonywać czynności odrzucenia (która to czynność jako czynności o charakterze sankcyjnym powinna być stosowana w ostateczności, gdy zachodzi pewność co do wypełnienia się danej przesłanki).
31. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO:
- a) Wyrok KIO z dnia 22 marca 2023 r. sygn. akt KIO 664/23:
Przez pojęcie ustawy, do którego odwołuje się art. 226 ust. 1 pkt 3 p.z.p. należy rozumieć p.z.p. oraz akty wykonawcze do tej ustawy. W przypadku niezgodności oferty z innymi aktami prawnymi niż Pzp (np. innymi ustawami) zastosowanie może znaleźć art. 226 ust. 1 pkt 4 p.z.p.
- b) Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2021 r., sygn. akt: KIO 3205/21:
Użyte w przepisie art. 226 ust. 1 pkt 3 p.z.p. słowo "ustawy" nie oznacza jakiegokolwiek ustawy, ale oznacza ustawę Prawo zamówień publicznych. Tym samym, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 p.z.p., oferta podlega odrzuceniu, jeżeli jest niezgodna z przepisami p.z.p. lub przepisami aktów wykonawczych wydanych jej podstawie, nie zaś z przepisami innych ustaw. Odniesienie do innych aktów prawnych znajduje się dopiero w art. 226 ust. 1 pkt 4 p.z.p., w którym ustawodawca przewidział odrzucenie oferty z powodu jej nieważności na podstawie odrębnych przepisów. Powyższe prowadzi do wniosku, że ewentualne naruszenie przez odwołującego przepisów u.p.t.u. nie stanowi podstawy do odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 3 p.z.p. (może być co najwyżej przedmiotem postępowania organów kontroli skarbowej).
- c) Wyrok KIO z dnia 31 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 690/22:
Nie można ustawy z 2012 r. o odpadach (art. 20), uznać jako podstawy prawnej do uwzględnienia zarzutu z art. 226 ust. 1 pkt 4 p.z.p., to jest stwierdzenia, że oferta jest nieważna na podstawie tej ustawy, ponieważ nie przewiduje się w tej ustawie skutku nieważności czynności prawnej, jaką jest złożenie oferty. Poza tym regulacja tej ustawy nakazująca przestrzeganie zasady bliskości przy utylizacji odpadów medycznych w niej wskazanych i sprowadzających się do zakazu wywozu odpadów poza teren

województwa, w którym odpady powstają, nie ma charakteru bezwzględnego, ponieważ przewiduje od niej wyjątki.

32. Przenosząc zacytowane wyżej tezy na grunt niniejszej sprawy, należy ponownie podkreślić, że Zamawiający nie precyzuje z jakim przepisem jakiej ustawy niezgodna jest oferta Odwołującego. Przy czym 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.
33. W dalszej kolejności, należy stwierdzić, że w treści uzasadnienia odrzucenia, Zamawiający sam wskazuje, że może przewidzieć odmienne reguły traktowania wykonawców unijnych i tych spoza UE przy zachowaniu zasad przejrzystości i proporcjonalności – wobec faktu, że Zamawiający takich reguł nie przewidział, nie opisał ich w treści SWZ, to należy uznać, że działania Zamawiające z całą pewnością nie są ani przejrzyste ani proporcjonalne.
34. Nawet jeśli uznać, że w stosunku do wykonawców z Państw trzecich nie mają zastosowania niektóre zasady udzielania zamówień wynikające z dyrektyw, to i tak przetarg publiczny powinien przebiegać zgodnie z regułami wynikającymi z regulacji krajowej (ustawa Pzp) czy przepisów kodeksu cywilnego, a podmiot publiczny obowiązany jest również do stosowania zasad wynikających z regulacji administracyjnoprawnej. **Żadna z tych regulacji nie pozwala Zamawiającemu na swobodną zmianę treści SWZ poprzez wprowadzenie nowych warunków/przesłanek wykluczenia, w toku postępowania czy na wybór wykonawcy, wedle własnego uznania, bez uwzględnienia ustalonych kryteriów oceny ofert (w tym najkorzystniejszej ceny).**
35. Odnosząc się również do tezy wyroku TSUE zgodnie z którą wykonawcy nie mogą powoływać się na art. 36 i 76 dyrektywy 2014/25, w celu zakwestionowania decyzji o udzieleniu zamówienia, to Odwołujący oświadcza, że na takie przepisy tej dyrektywy się nie powołuje. Byłoby to nieskuteczne, bowiem nie ma ona zastosowania do przedmiotowego zamówienia (które nie jest zamówieniem sektorowym).

36. Zaprezentowaną wyżej wykładnie wyroku TSUE zdaje się potwierdzać UZP, w opinii pt.: „Udział Wykonawców z państw trzecich w świetle wyroku TSUE w sprawie C-652/22”⁵, gdzie UZP stwierdza m.in., że:

2. Jeśli zamawiający zdecyduje się na ograniczenie dostępu, o którym mowa wyżej, powinien określić w dokumentach zamówienia wymagania, które będą odzwierciedlały różnice między sytuacją prawną tych wykonawców a sytuacją prawną wykonawców z Unii i z państw trzecich, które zawarły z Unią umowę międzynarodową gwarantującą na zasadzie wzajemności i równości dostęp do rynku zamówień publicznych (tzn. w dokumentach zamówienia powinny być informacje, że zamawiający ogranicza dostęp i w jaki sposób).

3. A contrario, zamawiający może nie ograniczać dostępu do zamówień publicznych wykonawcom z państw trzecich, z którymi Unia Europejska nie jest związana żadną umową międzynarodową gwarantującą na zasadzie wzajemności i równości dostęp do rynku zamówień publicznych. Zamawiający jest zatem uprawniony do wskazania w dokumentach zamówienia, że dopuszcza takich wykonawców do udziału w postępowaniu.

4. W przypadku braku jakiegokolwiek informacji w tym zakresie w dokumentach zamówienia, mając na względzie zasadę przejrzystości, uprawniony będzie wniosek, że zamawiający nie ogranicza dostępu do zamówienia wykonawcom z państw trzecich, z którymi Unia Europejska nie jest związana żadną umową międzynarodową gwarantującą na zasadzie wzajemności i równości dostęp do rynku zamówień publicznych.

5. Jeśli zamawiający zdecyduje się na niedopuszczenie do udziału wykonawców z państw trzecich, z którymi Unia Europejska nie jest związana żadną umową międzynarodową gwarantującą na zasadzie wzajemności i równości dostęp do rynku zamówień publicznych i wskaże to w dokumentach zamówienia, to wniosek (oferta) pochodzący od takiego wykonawcy podlegać będzie odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (tj. z powodu niezgodności z warunkami zamówienia).

37. Przenosząc tezy wskazanej wyżej opinii na grunt niniejszej sprawy, należy ponownie podkreślić, że Zamawiający nie wskazał iż ogranicza dostęp do udziału w postępowaniu wykonawcom mającym siedzibę w Turcji. Wobec czego prawidłowym wnioskiem jest iż nie

⁵ Opinia dostępna na stronie UZP pod linkiem: <https://www.gov.pl/web/uzp/udzial-wykonawcow-z-panstw-trzecich-w-swietle-wyroku-tsue-w-sprawie-c-65222>

ograniczył tego dostępu. Co w konsekwencji oznacza, że Zamawiający powinien uwzględnić ofertę Odwołującego, w toku wyboru oferty najkorzystniejszej i nie ma podstaw do jej odrzucenia (tym bardziej, że Zamawiający nie wskazał innej podstawy niż pochodzenie spółki Odwołującego.

38. Ewentualne odrzucenie, w przypadku uprzedniego przewidzenia stosownych postanowień SWZ, uprawniających zamawiającego do takiej czynności i ograniczających grono wykonawców, mogłoby być dokonane na innej niż wskazana przez Zamawiającego podstawa prawna (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) – natomiast i tak na gruncie niniejszej sprawy nie ma ona zastosowania, z uwagi na brak postanowień SWZ, które wykluczałyby udział w Postępowaniu wykonawców z Turcji. Jak bowiem wskazuje ugruntowane orzecznictwo, prezentowane m.in. w wyroku KIO z dnia 3 grudnia 2021 r., sygn. akt: KIO 3300/21:

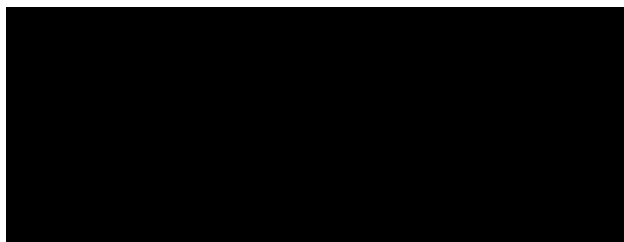
*Zastosowanie przesłanki odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, **w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia.** Tym samym punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.*

39. **Wobec powyższego, Odwołujący wskazuje, że Odwołanie jest w pełni zasadne, a czynność Zamawiającego zupełnie bezpodstawna, nie znajdująca oparcia zarówno w obowiązujących przepisach, jak i tezach wyroku TSUE i dokumentacji Postępowania sformułowanej przez Zamawiającego.**

40. Ostatecznie Odwołujący zauważa, że jest Wykonawcą, obecnym na europejskim rynku od wielu lat, o ugruntowanej renomie, który wykonał na terenie UE szereg zamówień o analogicznym przedmiocie zamówienia i zamówienia te wykonał prawidłowo i terminowo. W bieżącym roku, wykonawca zawarł m.in. umowę w sprawie zamówienia publicznego, w przetargu na dostawę 10 sztuk autobusów elektrycznych prowadzonym przez Związek Powiatowo-Gminny „Oławskie Przewozy Gminno-Powiatowe”. Udział wykonawcy w przetargach, w szczególności w takich, w których jego oferta została wybrana jako

najkorzystniejsza nigdy nie był kwestionowany z uwagi na fakt, że siedziba wykonawcy znajduje się w Turcji.

41. Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak w petitum.



Z poważaniem

r.pr Dariusz Ziemiński

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości;
2. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;
3. odpis z rejestru handlowego, odpowiedniego dla Odwołującego (wraz z tłumaczeniem);
4. dokumenty potwierdzające umocowanie do udzielenia pełnomocnictwa (wraz z tłumaczeniami) oraz pełnomocnictwo do wniesienia odwołania wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej.