

Dostęp do przetargów publicznych firm z państw trzecich – rewolucja czy ewolucja?



Aldona Kowalczyk

radca prawny, prezes zarządu Stowarzyszenia Prawa Zamówień Publicznych, partner w kancelarii Dentons Europe Dąbrowski i Wspólnicy sp. k.

ORCID 0000-0002-4724-3523

aldona.kowalczyk@stowarzyszeniepzp.pl

Streszczenie: Artykuł dotyczy wydanego w dniu 22 października 2024 r. przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyroku w sprawie C-653/22 (tzw. sprawa Kolin), który zawiera tezy ważne dla praktyki udzielania unijnych zamówień publicznych. Orzeczenie to rzuca nowe światło na udział w przetargach publicznych podmiotów z państw spoza Unii Europejskiej, które nie zawarły z Unią Europejską umów międzynarodowych gwarantujących wzajemny i równy dostęp do rynków zamówień publicznych. Przede wszystkim wyrok w sprawie Kolin wskazuje na istotną rolę zamawiających, którzy mogą ograniczyć dostęp podmiotów z tych państw w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w Polsce czy też innym kraju Unii Europejskiej.

Słowa kluczowe: Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej; Przetargi publiczne; Dostęp podmiotów trzecich; Dyrektywy w sprawie zamówień publicznych

Wstęp

W ostatnich tygodniach wiele dyskusji wywołał wyrok wydany w dniu 22 października 2024 r. przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE”) w sprawie Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve Ticaret (C-652/22), zwany dalej „**wyrokiem w sprawie Kolin**”.

Słusznie, gdyż jego podstawowe tezy dotyczące odmiennego traktowania w przetargach publicznych podmiotów z określonych państw trzecich mogą doprowadzić do zmiany podejścia zarówno zamawiających, jak i polskiego ustawodawcy, do udziału w przetargach w Polsce firm z tych krajów. W świetle wyroku TSUE polscy zamawiający mogą w ogóle nie dopuszczać w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego ofert od wykonawców z takich państw, jak np. Turcja, Chiny czy Indie lub stosować wobec nich inne zasady oceny ofert, nie traktując ich na równi z podmiotami z państw członkowskich Unii Europejskiej i podmiotami z państw spoza Unii, które są stronami stosowanych umów międzynarodowych z Unią Europejską. Dużo więc będzie zależeć od konkretnego zamawiającego i ustalonych przez niego zasad udziału w postępowaniu.

Temat ten jest ważny i nośny również dla branży kolejowej czy też szerzej – transportowej, w której o zamówienia publiczne w Polsce (czy też innych krajach Unii Europejskiej) ubiegają się także podmioty z krajów nie będących członkami UE, w tym krajów, które nie są stroną umów międzynarodowych z Unią gwarantujących wzajemny i równy dostęp do rynków zamówień publicznych. Firmy z tych krajów pojawiają się też nierzadko w przetargach publicznych jako tzw. podmioty trzecie, które udostępniają wykonawcy (oferentowi) swoje zasoby na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy kryteriów selekcji.

W przypadku projektów związanych z budową Kolei Dużych Prędkości w Polsce wyrok w sprawie Kolin może mieć więc tym większe znaczenie, że – jak wiadomo – znaczące know-how w tym zakresie zgromadzono właśnie w krajach azjatyckich, w tym przede wszystkim w Chinach, które mogą się poszczycić najdłuższą siecią KDP na świecie. Do liderów tego rynku należy również przykładowo Turcja.

Podmioty z krajów trzecich, czyli kogo dotyczy wyrok w sprawie Kolin

W wyroku w sprawie Kolin Trybunał Sprawiedliwości dokonał **rozróżnienia pomiędzy państwami trzecimi**, nie będącymi członkami Unii Europejskiej, które zawarły z Unią stosowne umowy międzynarodowe (a konkretnie: umowy gwarantujące – na zasadzie wzajemności i równości – dostęp wykonawców unijnych do zamówień publicznych w tych państwach trzecich oraz dostęp wykonawców ze wspomnianych państw trzecich do zamówień publicznych na rynkach unijnych) oraz państwami trzecimi, które nie mają z Unią Europejską zawartych takich umów.

Do pierwszej grupy państw należą przede wszystkim państwa trzecie – sygnatariusze Porozumienia w sprawie zamówień rządowych (GPA), zawarte w ramach Światowej Organizacji Handlu (WTO). Wśród nich znajdują się między innymi: Kanada, Izrael, Japonia, Korea Południowa, Szwajcaria, Ukraina czy USA. Ponadto w tej grupie znajdują się państwa trzecie – strony bilateralnych umów międzynarodowych z Unią Europejską, które zapewniają przedsiębiorstwom stron lepszy dostęp do rynków zamówień publicznych drugiej strony, jak m.in. Kanada, Japonia czy Wielka Brytania. Wykonawcy z tych państw na unijnych rynkach zamówień publicznych mają zagwarantowane traktowanie nie mniej korzystne niż wykonawcy z UE, co odzwierciedlają również unijne dyrektywy w sprawie zamówień publicznych. W odniesieniu do tych państw w wyroku w sprawie Kolin TSUE przypomniał, że prawo do „nie mniej korzystnego traktowania” przysługujące wykonawcom z tych państw trzecich oznacza, że mogą się oni powoływać na przepisy dyrektyw unijnych w sprawie zamówień publicznych.

Do drugiej grupy państw należą **państwa trzecie, które nie mają zawartej z UE żadnej umowy formalnie otwierającej wzajemnie rynki zamówień publicznych**, jak na przykład Turcja, Chiny czy Indie. Udziałowi podmiotów z tych państw w unijnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego poświęcone są wywody Trybunału zawarte w wyroku w sprawie Kolin.

Wyrok w sprawie Kolin – stan faktyczny

Wyrok w sprawie Kolin dotyczy prowadzonego w Chorwacji przez zarządcę infrastruktury kolejowej przetargu na budowę infrastruktury kolejowej o wartości ok. 300 mln euro, w którym turecki podmiot zakwestionował wybór oferty złożonej przez konkurencyjne konsorcjum trzech spółek z grupy Strabag. Sprawa trafiła do sądu chorwackiego, który powziął wątpliwości co do tego, czy decyzja zamawiającego o udzieleniu zamówienia na rzecz zwycięskiego konsorcjum, jest zgodna z przepisami unijnej dyrektywy sektorowej w sprawie zamówień publicznych 2014/25/UE [1]. W związku z tym zwrócił się do TSUE z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi dokumentów wykazujących spełnienie warunków udziału w postępowaniu, dostarczonych zamawiającemu po upływie terminu składania ofert.

Na kanwie tego stanu faktycznego Rzecznik Generalny (którego rolą jest przedstawianie niezależnych i obiektywnych opinii prawnych w sprawach, które są rozpatrywane przez Trybunał) podniósł wątpliwości co do tego, czy chorwacki wniosek o wydanie przez TSUE orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest w ogóle dopuszczalny. Źródłem tych kontrowersji był fakt, iż stroną skarżącą w chorwackim postępowaniu była firma z Turcji, czyli z państwa trzeciego, z którym Unia Europejska nie jest związana umowami międzynarodowymi gwarantującymi wzajemny i równy dostęp do rynków zamówień publicznych. Wątpliwości Rzecznika Generalnego dotyczyły dwóch następujących kwestii:

Na kanwie tego stanu faktycznego Rzecznik Generalny (którego rolą jest przedstawianie niezależnych i obiektywnych opinii prawnych w sprawach, które są rozpatrywane przez Trybunał) podniósł wątpliwości co do tego, czy chorwacki wniosek o wydanie przez TSUE orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest w ogóle dopuszczalny. Źródłem tych kontrowersji był fakt, iż stroną skarżącą w chorwackim postępowaniu była firma z Turcji, czyli z państwa trzeciego, z którym Unia Europejska nie jest związana umowami międzynarodowymi gwarantującymi wzajemny i równy dostęp do rynków zamówień publicznych. Wątpliwości Rzecznika Generalnego dotyczyły dwóch następujących kwestii:

- **Czy wykonawcy z państw trzecich, z którymi UE nie zawarła umowy międzynarodowej w sprawie zamówień publicznych, mogą w ogóle brać udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w UE?**
- **Jeśli tak, to czy państwa członkowskie mogą określać warunki udziału tych wykonawców w takich postępowaniach czy też leży to w wyłącznej gestii UE?**

Ostatecznie, z uwagi na to, że Turcja jest państwem trzecim nie będącym stroną umów międzynarodowych z UE gwarantujących wzajemny i równy dostęp do rynków zamówień publicznych, TSUE uznał złożony wniosek prejudycjalny za niedopuszczalny i odmówił udzielenia odpowiedzi na pytania sądu chorwackiego. Jednocześnie Trybunał Sprawiedliwości pokusił się o analizę sytuacji wykonawców z takiego państwa trzeciego, prezentując tezy, które każą zupełnie inaczej spojrzeć na ich udział w przetargach unijnych.

Dostęp wykonawców z państw trzecich do przetargów publicznych

W wyroku w sprawie Kolin TSUE stwierdził, że **wykonawcy z państw spoza UE, które nie zawarły z UE stosownej umowy międzynarodowej, nie mogą** skutecznie powoływać się na przepisy dyrektyw unijnych w sprawie zamówień publicznych i w ten sposób **domagać się równego traktowania** ich ofert z ofertami złożonymi przez oferentów z krajów unijnych lub państw trzecich, które zawarły z UE stosowne umowy międzynarodowe.

Trybunał uznał też, że kwestia dostępu wykonawców z państw trzecich do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w państwach członkowskich należy do wyłącznej kompetencji UE, a zatem państwa członkowskie nie są uprawnione do przyjmowania aktów prawnych o charakterze generalnym w tym zakresie. W przypadku braku takiego aktu prawnego, to do konkretnego podmiotu zamawiającego należy ocena, czy powinien on dopuścić takiego wykonawcę do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia – a podmiot zamawiający może określić w dokumentach zamówienia warunki traktowania, które mają odzwierciedlać obiektywną różnicę w sytuacji takich wykonawców.

Ponadto TSUE wskazał, że organy krajowe nie mogą interpretować tych samych przepisów krajowych transponujących dyrektywę w taki sposób, aby miały one jednocześnie zastosowanie do wykonawców należących do wykonawców z państw trzecich, które nie zawarły odpowiedniej umowy z UE. O ile można sobie wyobrazić, że traktowanie takich wykonawców powinno być zgodne z pewnymi wymogami, takimi jak przejrzystość lub proporcjonalność, o tyle środek odwoławczy przysługujący wykonawcy, który chce podnieść naruszenie takich wymogów przez podmiot zamawiający, może być rozpatrywany wyłącznie w świetle prawa krajowego, a nie prawa UE.

Co nowego wnosi wyrok w sprawie Kolin?

Czy podejście, zaprezentowane przez TSUE w omawianym wyroku, do podmiotów z państw nie będących członkami UE i nie mających zawartych z UE umów międzynarodowych gwarantujących wzajemny i równy dostęp do rynków zamówień publicznych, jest zaskoczeniem? Biorąc pod uwagę zauważalną ewolucję podejścia UE i unijne stanowiska i rozporządzenia, w których akcentuje się konieczność dążenia do bardziej wyrównanych warunków opartych na zasadzie wzajemności w relacjach z państwami trzecimi, tezy zawarte w wyroku w sprawie Kolin nie powinny dziwić. Wystarczy prześledzić wydawane w przeciągu ostatnich kilku lat na szczeblu unijnym komunikaty i akty prawne.

Już w wytycznych Komisji Europejskiej z dnia 24 lipca 2019 r. w sprawie udziału podmiotów spoza Unii Europejskiej w unijnym rynku zamówień publicznych [2] wskazuje się, że **wykonawcy z państw trzecich**, które nie zawarły z UE żadnej umowy międzynarodowej przewidującej otwarcie na wykonawców z krajów unijnych, **nie powinni mieć zapewnionego równego dostępu** do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w UE. Trzy lata później, w dniu 29 sierpnia 2022 r. weszło w życie unijne rozporządzenie w sprawie dostępu wykonawców z państw trzecich [3], które jasno wskazuje, że dostęp wykonawców z państw trzecich do unijnych rynków zamówień publicznych wchodzi w zakres wspólnej polityki handlowej UE.

Rozporządzenie to uprawnia Komisję Europejską do podjęcia **środków ograniczających dostęp wykonawców z państw trzecich do unijnych rynków zamówień publicznych** (tzw. środek IZM, Instrument Zamówień Międzynarodowych – korekta punktacji lub wykluczenie ofert) tam, gdzie się stwierdza podejmowanie środków lub istnienie praktyk skierowanych przeciwko unijnemu wykonawcom. Następnie w dniu 12 lipca 2023 r. weszły w życie pierwsze przepisy Rozporządzenia w sprawie **subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny („FSR”)**, wprowadzające szeroki zakres narzędzi prawnych umożliwiających Komisji Europejskiej przeciwdziałanie zakłóceniom rynku wewnętrznego UE spowodowanym przez subsydia udzielane przez kraje spoza UE.

W związku z powyżej wskazanymi wytycznymi i aktami prawnymi wydanymi na szczeblu unijnym, tezy zawarte w wyroku w sprawie Kolin wpisują się w zauważalną na przestrzeni ostatnich lat tendencję, aby zmierzać ku bardziej wyrównanym warunkom opartym na zasadzie wzajemności w relacjach z państwami nie będącymi członkami Unii Europejskiej.

Czy wykonawcy z państw trzecich mogą w ogóle brać udział w przetargach publicznych w Unii Europejskiej?

Takie zagadnienie postawił Rzecznik Generalny w opinii dotyczącej sprawy Kolin, odnosząc ją oczywiście do wykonawców z państw trzecich, z którymi UE nie zawarła umowy międzynarodowej w sprawie zamówień publicznych. Trybunał Sprawiedliwości doszedł do podstawowego wniosku, że udział podmiotów z państw trzecich niebędących sygnatariuszami ww. umów i porozumień międzynarodowych, do unijnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, **nie jest zagwarantowany** i podmiotom tym można ograniczyć dostęp do unijnego rynku zamówień publicznych.

Tezy sformułowane przez TSUE odnoszą się wprawdzie bezpośrednio do stanu faktycznego, w którym takim podmiotem był wykonawca (oferent) pochodzący z Turcji. Pojawia się jednak pytanie, czy i na ile można je odnieść do udziału firm z takich państw trzecich w postępowaniach przetargowych w innej konfiguracji, gdy są tzw. podmiotami trzecimi udostępniającymi zasoby na rzecz wykonawców lub ich podwykonawcami – tj. czy również udział w takim charakterze może zostać przez zamawiającego ograniczony.

Opinia Urzędu Zamówień Publicznych

W informacji zamieszczonej na swojej stronie internetowej [4] Urząd Zamówień Publicznych wskazał na następujące najważniejsze skutki wyroku Trybunału dla postępowań prowadzonych na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych:

Po pierwsze, **zamawiający są uprawnieni do ograniczenia dostępu do zamówień 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. Ograniczenie to może polegać na niedopuszczeniu do udziału w postępowaniu, jak i na różnicowaniu w traktowaniu takiego podmiotu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i powinny być określone w dokumentach zamówienia.

Po drugie, w ocenie Urzędu Zamówień Publicznych takie ograniczenie jest **każdorazowo**

decyzją zamawiającego w danym postępowaniu, 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.

Po trzecie, jeżeli 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**.

Podsumowanie

Wyrok w sprawie Kolin z pewnością będzie miał wpływ na praktykę udzielania zamówień publicznych w Polsce. Czas pokaże, na ile polscy zamawiający skorzystają z uprawnień, którego istnienie potwierdził TSUE w tym wyroku, a które polega na odmiennym traktowaniu podmiotów z państw trzecich spoza Unii Europejskiej, których nie łączą z Unią umowy międzynarodowe gwarantujące dostęp do rynków zamówień publicznych, to jest traktowaniu ich mniej korzystnym niż pozostałych podmiotów.

Z pewnością w praktyce przetargowej pojawi się potrzeba odpowiedzi na wiele pytań związanych z tym wyrokiem, jak np. wątpliwość, czy tezy w nim zawarte rozciągają się również na podmioty trzecie udostępniające wykonawcom swoje zasoby na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czy też pytanie, jak tezy wyroku w sprawie Kolin przekładają się na możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawców z takich państw trzecich. Niewykluczone również, iż polski ustawodawca dokona odpowiednich zmian legislacyjnych w ustawie – Prawo zamówień publicznych, żeby usunąć praktyczne wątpliwości związane z tym wyrokiem. ◀

Materiały źródłowe

- [1] Dyrektywa 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 94 z 28.3.2014).
- [2] Komunikat Komisji Europejskiej z dnia 24 lipca 2019 r. w sprawie wytycznych dotyczących udziału oferentów z państw trzecich w unijnym rynku zamówień publicznych oraz wprowadzania na ten rynek towarów z państw trzecich.
- [3] 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).
- [4] Udział_wykonawców_z_państw_trzecich_w_świecie_wyroku_TSUE_w_sprawie_C-652_22 (1).pdf