

dr Maciej Lubiszewski

ORCID: 0000-0001-8261-7917

m.lubiszewski@uwm.edu.pl

Wydział Prawa i Administracji

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

Dostęp wykonawców z państw trzecich do europejskiego rynku zamówień publicznych – glosa aprobowująca do wyroku TSUE w sprawie C-652/22 (Kolin)

Słowa kluczowe: dostęp do zamówienia publicznego; wspólna polityka handlowa; odesłanie prejudycjalne; wyrok TSUE w sprawie Kolin; wyrok TSUE w sprawie Qingdao

Przedmiotem opracowania jest glosa aprobowująca do wyroku TSUE w sprawie C-652/22 (Kolin). Trybunał, odmawiając odpowiedzi na pytanie sądu odsyłającego, stwierdził, że wykonawcom z państw, które nie są członkami Unii Europejskiej ani nie zawarły z Unią umowy gwarantującej wzajemny i równy dostęp do rynków, nie przysługuje prawo do równego traktowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Trybunał potwierdził, że instytucjom zamawiającym (ale nie państwom członkowskim Unii) przysługuje prawo do: pełnego otwarcia postępowania dla wykonawców z państw trzecich, ograniczenia dostępu do postępowania poprzez specjalne warunki traktowania wykonawców z państw trzecich albo zamknięcia przed nimi tego dostępu. Decyzja powinna przybrać postać warunku zamówienia ujawnionego w dokumentach zamówienia. Propozycje odpowiedzi legislacyjnej na ten wyrok budzą wątpliwości, ponieważ przewidują, że w przypadku milczenia zamawiającego wykonawcy z państw trzecich nie mogą wziąć udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Taki akt generalny może zostać uznany za wkroczenie w strefę wyłącznej kompetencji Unii (wspólna polityka handlowa).

I. Krótka prezentacja orzeczenia

22 października 2024 r. Wielka Izba Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej¹ wydała wyrok w sprawie C-652/22, którą zainicjował chorwacki apelacyjny sąd administracyjny (Visoki upravni sud Republike Hrvatske), przedkładając Trybunałowi wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. W tym wniosku sąd chorwacki zwrócił się do TSUE z trzema pytaniami

mi związanymi z procedurą oceny podmiotowej wykonawcy i składania w jej ramach dokumentów, które nie były uwzględnione w pierwotnej ofercie. Zdaniem jednego z wykonawców – spółki prawa tureckiego Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret AŞ – złożenie takich środków dowodowych było niedopuszczalne i powinno skutkować odrzuceniem oferty konkurenta².

¹ Dalej: TSUE albo Trybunał.

² Z uwagi na treść wyroku TSUE przytaczanie pytań sądu odsyłającego i szczegółowe omawianie stanu faktycznego sprawy, która legła u podstaw orzeczenia prejudycjalnego, nie są konieczne.

Wyrok TSUE został poprzedzony opinią Rzecznika Generalnego Anthony’ego Michaela Collinsa przedstawioną 7 marca 2024 r. Jego zdaniem przepisy unijne dotyczące udzielania zamówień publicznych zasadniczo zaliczają się do regulacji rynku wewnętrznego stanowiących kompetencję dzieloną między Unię a jej państwa członkowskie. Jednak w zakresie, w jakim w grę wchodzi regulowanie wymiany międzynarodowej, mamy do czynienia ze wspólną polityką handlową objętą kompetencją wyłączną Unii Europejskiej. Skoro dyrektywy dotyczące zamówień publicznych obejmują wykonawców z państw członkowskich Unii oraz państw, które zawarły z Unią stosowne umowy międzynarodowe, to – w opinii Rzecznika – wykonawcy z pozostałych państw (państw trzecich³) nie są uprawnieni do tego, by brać udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego⁴. Z uwagi na fakt, iż stroną sporu zawisłego przed sądem chorwackim jest wykonawca z Turcji (będącej państwem trzecim), przy jego rozstrzygnięciu nie znajdują zastosowania unijne przepisy o zamówieniach publicznych. W konsekwencji Trybunał powinien uznać wniosek sądu odsyłającego za niedopuszczalny.

Trybunał podzielił stanowisko Rzecznika Generalnego i odmówił odpowiedzi na pytania zadane przez sąd chorwacki. Wielka Izba Trybunału potwierdziła przy tym, że kwestia dostępu wykonawców z państw trzecich do europejskiego rynku zamówień publicznych należy do wyłącznej kompetencji Unii i jedynie ona może podjąć jedną z trzech możliwych decyzji: otworzyć ten dostęp całkowicie, otworzyć z ograniczeniami⁵ albo go zamknąć. Może to nastąpić

w drodze bezpośredniej decyzji Unii Europejskiej bądź też poprzez jej akt prawny upoważniający państwa członkowskie do rozstrzygnięcia tej kwestii⁶. Wobec braku jakiegokolwiek decyzji Unii Europejskiej w tym zakresie to zamawiający prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ocenia, „czy należy dopuścić do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców z państwa trzeciego, które nie zawarło z Unią umowy międzynarodowej gwarantującej równy i wzajemny dostęp do zamówień publicznych, oraz, w przypadku gdy zdecyduje się on ich dopuścić, czy należy przewidzieć korektę wyniku porównania ofert złożonych przez tych wykonawców z ofertami złożonymi przez innych wykonawców”⁷.

2. Implikacje stanowiska Trybunału

Na wstępie należy zaznaczyć, że wyrok w sprawie Kolin zapadł na gruncie tzw. dyrektywy sektorowej⁸, której art. 43 gwarantuje robotom budowlanym, dostawom, usługom i wykonawcom z państw-stron umów międzynarodowych, którymi związana jest Unia, traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie przyznane robotom budowlanym, dostawom, usługom i wykonawcom Unii. W świetle faktu, iż art. 25 dyrektywy klasycznej⁹ brzmi analogicznie, wnioski płynące z komentowanego judykatu rozciągają się na wszystkie zamówienia udzielane na podstawie europejskiego prawa zamówień publicznych.

cym Instrument Zamówień Międzynarodowych takie ograniczenie polega na skorygowaniu wyniku porównania ofert wykonawców z państw trzecich z ofertami złożonymi przez innych wykonawców.

⁶ Wyrok TSUE w sprawie Kolin, pkt 61–62.

⁷ *Ibidem*, pkt 63.

⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 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.U.UE z 28.03.2014 r., L 94, s. 243 i n.).

⁹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U.UE z 28.03.2014 r., L 94, s. 65 i n.).

³ Na gruncie prawa unijnego za „państwo trzecie” uznaje się zwykle każde państwo niebędące członkiem Unii Europejskiej. W niniejszym opracowaniu termin ten obejmuje państwo, które nie jest członkiem UE i nie zawarło z nią umowy wzajemnie gwarantującej równy dostęp do rynków zamówień publicznych. Komisja Europejska w swoim żargonie określa takie państwa jako *non-covered countries* albo *non-covered third-countries*.

⁴ Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie Kolin, pkt 33.

⁵ Zgodnie z przywołanym w dalszej części rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiają-

TSUE w komentowanym orzeczeniu potwierdził, że dostęp do rynku zamówień publicznych jest zagwarantowany tylko dla wykonawców z Unii Europejskiej oraz państw, które zawarły z Unią stosowne umowy. Przykładem takiej umowy jest wielostronne Porozumienie w sprawie zamówień rządowych zmienione protokołem z 2012 r.¹⁰, ale także liczne umowy bilateralne¹¹.

W ostatnim czasie obserwuje się wzmożenie Unii Europejskiej na polu polityki „proaktywnego podejścia” mającego na celu „wzmocnienie swojej konkurencyjności i zapewnienie równych warunków działania” „opartych na zasadzie wzajemności”. Wektor tej polityki początkowo skierowany był w stronę Chin¹², jednak bardzo szybko został zwrócony także w stronę innych państw trzecich, czego dowodzi treść komunikatu Komisji Europejskiej pt. „Wytyczne dotyczące udziału oferentów z państw trzecich w unijnym rynku zamówień publicznych oraz wprowadzania na ten rynek towarów z państw trzecich” opublikowanego w sierpniu 2019 r.¹³ W 2022 r. Unia Europejska przyjęła dwa istotne akty prawne: Instrument Zamówień Międzynarodowych (IZM)¹⁴ oraz

rozporządzenie w sprawie subsydiów zagranicznych¹⁵. Przyznają one Komisji Europejskiej uprawnienia do badania dostępu wykonawców z państw członkowskich Unii Europejskiej do rynków zamówień publicznych państw trzecich (IZM) oraz określania, czy wykonawca z państwa trzeciego ubiegający się o zamówienie publiczne w państwie członkowskim Unii nie korzysta z subsydiów, które mogą poprawić jego pozycję konkurencyjną na rynku wewnętrznym (FSR).

Na tle powyższych ustaleń warto podkreślić, że wnioski, do których doszedł Trybunał w wyroku w sprawie Kolin, nie tworzą nowego stanu prawnego, lecz wpisują się w unijną politykę wymuszania wzajemności w relacjach handlowych z państwami trzecimi, zwłaszcza w zakresie dostępu do rynków zamówień publicznych. Co istotne, stwierdziwszy, że wykonawcy z państw trzecich nie mają zagwarantowanego dostępu do europejskiego rynku zamówień publicznych, TSUE nie orzekł – co zdawał się sugerować Rzecznik¹⁶ – że nie są oni uprawnieni do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Tego uprawnienia może ich pozbawić jedynie Unia Europejska, np. stosując środek przewidziany w IZM¹⁷. W konsekwencji wykonawcy z państw

¹⁰ Dz.U.UE z 7.03.2014 r., L 68, s. 1 i n. Poza Unią Europejską stronami tego Porozumienia jest ok. 20 państw, w tym: USA, Kanada, Japonia, Korea Płd., Ukraina czy – od niedawna – Macedonia Północna.

¹¹ W. Hartung, M. Baglaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 330. Por. też: A. Sołtyśńska, H. Talagó-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 298.

¹² Wspólny komunikat Komisji Europejskiej i Wysokiego Przedstawiciela Unii do Spraw Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej i Rady pt. „UE–Chiny – perspektywa strategiczna”, Strasburg 12.03.2019 r., JOIN(2019) 5, Działanie 5.

¹³ Dz.U.UE z 13.08.2019 r., C 271, s. 43 i n.

¹⁴ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/1031 z 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.UE z 30.06.2022 r., L 173, s. 1 i n. Ten akt prawny w żargonie praktyków określa się niekiedy jako IPI od *International Procurement Instrument*.

¹⁵ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2560 z 14 grudnia 2022 r. w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny (Dz.U.UE z 23.12.2022 r., L 330, s. 1 i n.), dalej: FSR – skrót od *Foreign Subsidies Regulation*.

¹⁶ Stanowisko Rzecznika podobnie odczytuje W. Hartung, *Dostęp wykonawców z krajów trzecich do unijnego rynku zamówień publicznych – analiza stanowiska przedstawionego w opinii rzecznika generalnego do sprawy C-652/22, „Prawo Zamówień Publicznych”* 2024, nr 1, s. 113.

¹⁷ Jak dotąd jedynym przykładem takiego działania jest rozporządzenie wykonawcze Komisji Europejskiej 2025/1197 z 19 czerwca 2025 r. nakładające środek IZM ograniczający dostęp wykonawców i wyrobów medycznych pochodzących z Chińskiej Republiki Ludowej do unijnego rynku zamówień publicznych dla wyrobów medycznych zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/1031.

trzecich nie są „domyślnie” ani dopuszczeni do europejskiego rynku zamówień publicznych, ani z niego wykluczeni¹⁸. Co więcej, tego stanu nie może zmienić państwo członkowskie w drodze generalnego aktu prawnego. Zakres dostępu tych wykonawców do postępowania każdorazowo ma wyznaczać zamawiający. *Prima facie* rozróżnienie aktu państwa od aktu zamawiającego może budzić wątpliwości, gdyż zamawiający mogą być postrzegani jako emanacja państwa¹⁹. Należy jednak mieć na względzie, iż określenie przez zamawiającego warunku zamówienia dla konkretnego postępowania, nawet jeśli uznać je za akt państwa, nie stanowi aktu o charakterze generalnym.

Zamawiający może podjąć jedną z trzech decyzji: w pełni otworzyć postępowanie dla wykonawców z państw trzecich, ograniczyć dostęp do postępowania, określając specjalne warunki traktowania wykonawców z państw trzecich, albo zamknąć przed nimi ten dostęp. O ile dwa skrajne rozwiązania (otwarcie

i zamknięcie dostępu do postępowania) nie budzą wątpliwości, o tyle warto zastanowić się, na czym może polegać ograniczenie dostępu do postępowania. Z wyroku Trybunału wynika, że środkiem ograniczającym może być korekta wyniku oceny ofert, co koreluje ze środkiem, którym dysponuje Komisja Europejska na mocy art. 6 ust. 6 lit. a IZM. Należy jednak zwrócić uwagę na *passus* wyroku, w którym Trybunał stwierdza, że zamawiający może określić w dokumentach zamówienia warunki traktowania, które mają odzwierciedlać obiektywną różnicę między sytuacją prawną wykonawców z państw trzecich a sytuacją prawną wykonawców z Unii oraz z państw-stron umów o wolnych handlu zawartych z Unią Europejską²⁰. Nie jest jasne, czy chodzi tu o standard dotyczący korekty punktacji²¹, czy może o wszelkie warunki zamówienia. Nie ma wątpliwości, że wyrażenie „warunki traktowania” obejmuje nie tylko kryteria oceny ofert, ale także inne warunki zamówienia, w tym o charakterze podmiotowym²². Wydaje się więc, że zamawiający może wprowadzić różnego rodzaju warunki zamówienia pozwalające na odmienne traktowanie wykonawców z państw trzecich. Spełnione przy tym powinny być dwa wymagania. Po pierwsze, warunki traktowania wykonawców z państw trzecich mają odzwierciedlać obiektywną różnicę między sytuacją prawną tych wykonawców a sytuacją prawną wykonawców z Unii oraz z państw-stron umów o wolnych handlu zawartych z Unią Europejską. Po drugie, reguły traktowania wykonawców z państw trzecich powinny być zgodne

¹⁸ Pogląd przeciwny wyraził P. Nowicki, uznając, że Trybunał w wyroku w sprawie Kolin wyraźnie akcentuje konieczność podjęcia przez zamawiającego „decyzji o dopuszczeniu”, a nie „decyzji o braku dopuszczenia”. P. Nowicki, *Dla kogo są przeznaczone zamówienia publiczne w Unii Europejskiej? Jeszcze kilka refleksji na tle wyroku TSUE z 22.01.2024 r. zapadłego w sprawie C-652/22 Kolin*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2024, nr 4, s. 110. Podobny wniosek sformułował P. Bogdanowicz, *Z malej chmury duży deszcz – uwagi na tle wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 22.10.2024 r., C-652/22, Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret AŞ przeciwko Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2025, nr 4, s. 36. Stanowisko tych autorów jest w istocie równoważne z uznaniem, że prawo unijne nie tylko nie gwarantuje wykonawcom z państw trzecich dostępu do unijnego rynku zamówień publicznych (z czym należy się zgodzić), ale ich tego dostępu pozbawia, z tym że zakaz udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, rzekomo wynikający z prawa unijnego, może być uchylony przez zamawiającego. Przyjęcie, że prawo unijne przewiduje taki „domyślny” zakaz, godzi w logiczność IZM, na mocy którego Komisja może taki zakaz nałożyć. Dostrzega to zresztą jeden z przywołanych autorów – por. P. Bogdanowicz, *Z malej chmury...*, s. 35.

¹⁹ Por. wyrok TS z 12 lipca 1990 r. w sprawie C-188/89 (Foster), pkt 15.

²⁰ Wyrok TSUE w sprawie Kolin, pkt 64. W dalszej części wyroku (pkt 64) Trybunał dodał, że „zasady traktowania takich wykonawców powinny być zgodne z określonymi wymogami, takimi jak wymóg przejrzystości lub proporcjonalności”.

²¹ Taki standard miałby istotne znaczenie, gdyby zamawiający wprowadził mechanizm korekty punktacji różny od przewidzianego w art. 6 IZM.

²² Por. P. Bogdanowicz, *Z malej chmury...*, s. 36. Autor za przykład „warunku traktowania” uznaje warunek udziału w postępowaniu, np. doświadczenie nabyte wyłącznie na terytorium Unii.

z takimi wymogami, jak wymóg przejrzystości lub proporcjonalności²³.

Trybunał nie wskazał żadnych przesłanek, którymi powinna kierować się instytucja zamawiająca, decydując o otwarciu (całkowicie bądź z ograniczeniami) albo zamknięciu dostępu do postępowania. Rozstrzygająca w tym zakresie jest zatem wyłącznie wola zamawiającego, a więc – ujmując to może nieco zbyt idealistycznie²⁴ – jego (publiczny) interes. Trybunał nie określił również, kiedy ta decyzja powinna być podjęta, co oznacza, że zamawiający dopiero na etapie badania i oceny ofert może odmówić wykonawcy z państwa trzeciego dostępu do postępowania²⁵. Nie da się ukryć, że taki stan rzeczy tworzy po stronie zamawiającego przestrzeń arbitralności, a po stronie wykonawcy niepewność i brak ochrony prawnej. Wyrok Trybunału można zaklasyfikować jako przejaw protekcjonizmu wzmagającego się od pewnego czasu w krajach tzw. Zachodu²⁶. Można to też uznać za celowo wykreowaną próżnię prawną – sytuację bardzo niekorzystną dla podmiotów gospodarczych, które wprawdzie mogą podjąć próbę uzyskania zamówienia publicznego, ale bez pewności traktowania ich na równi z wykonawcami objętymi dobrodziejstwem dyrektyw. Próżnię tę może wykorzystać Komisja Europejska jako argument w negocjacjach z państwami trzecimi dotyczących warunków wzajemnego otwarcia rynków zamówień publicznych.

Również na gruncie krajowym można dostrzec pewne korzyści stanu rzeczy ujawnionego w omawianym wyroku. Wytworzony margines arbitralności pozwala zamawiającemu podjąć decyzję najlepszą z punktu widze-

nia efektywności danego zamówienia. Tam, gdzie udział wykonawców z państw trzecich bądź roboty budowlane, dostawy lub usługi z tych państw ułatwiają czy wręcz warunkują osiągnięcie przez zamawiającego zakładanych celów, tam racjonalne będzie otwarcie postępowania. W przypadku, gdy zaistnieje ryzyko, że udział wykonawców z państw trzecich lub świadczenia z tych państw wywołają negatywne skutki (dla zamawiającego lub dla lokalnego czy też krajowego rynku), zamawiający zamknie (albo ograniczy) dostęp do postępowania. Równocześnie należy mieć na względzie, że arbitralność jest jednym z czynników korupcjogennych. Szczególnie groźne wydaje się uprawnienie zamawiających do podjęcia decyzji dotyczącej dostępu wykonawców z państw trzecich do postępowania już po otwarciu ofert. Osoby podejmujące taką decyzję mogą się kierować spodziewanymi lub otrzymanymi korzyściami, a nie interesem publicznym. Propozycje korupcyjne mogą składać nie tylko przedstawiciele wykonawców z państw trzecich, którzy liczą na umożliwienie dalszego udziału w postępowaniu, ale także ich konkurenci oczekujący eliminacji wykonawców z państw trzecich.

Optymalnym rozwiązaniem byłoby nadanie decyzji dotyczącej dostępu wykonawców z państw trzecich do postępowania charakteru warunku zamówienia ujawnionego w dokumencie zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu. O ile sama treść takiego warunku nie podlegałaby zaskarżeniu (z uwagi na przyznaną zamawiającemu arbitralność w tym zakresie)²⁷, o tyle sposób jego stosowania w trakcie oceny i badania ofert mógłby stanowić podstawę do wniesienia odwołania. Zgodnie z polskim prawem

²³ Wyrok TSUE w sprawie Kolin, pkt 66.

²⁴ Nie można wykluczyć, że za decyzją w przedmiocie dostępu do postępowania będą przemawiały indywidualne preferencje decydentów.

²⁵ Taka odmowa mogłaby zostać wyrażona poprzez odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp.

²⁶ L. Folliot Lalliot, Ch. Yukins, *Will protectionism prevail in global public procurement?*, „Concurrences” 2024, no. 2, *passim*, <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-2-2024/articles/will-protectionism-prevail-in-global-public-procurement-118413> (7.03.2025).

²⁷ Oznacza to, że z jednej strony wykonawcom z państw trzecich nie przysługiwałby środek ochrony prawnej (odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wobec zamknięcia lub ograniczenia dostępu do postępowania, natomiast z drugiej strony wykonawcy z państwa członkowskiego Unii Europejskiej oraz państw, które zawarły z Unią odpowiednie umowy, nie mogliby domagać się od zamawiającego zamknięcia postępowania przed wykonawcami z państw trzecich.

warunki zamówienia wiążą zamawiającego już od chwili ich udostępnienia²⁸, po otwarciu ofert stając się elementem porozumienia przetargowego pomiędzy zamawiającym a wykonawcami²⁹. Odstąpienie od ich stosowania czy też interpretowanie ich w sposób niezgodny z literalnym brzmieniem jest niedopuszczalne, co wielokrotnie potwierdzała Krajowa Izba Odwoławcza³⁰. W tym miejscu należy przywołać pkt 66 wyroku w sprawie Kolin, w którym TSUE stwierdził, że zgodność warunków traktowania wykonawców z państw trzecich z wymogami przejrzystości lub proporcjonalności może być badana w trybie odwoławczym „wyłącznie w świetle prawa krajowego, a nie prawa Unii”. Wydaje się, że wykonawcy z państwa trzeciego powinno przysługiwać odwołanie wobec traktowania go przez zamawiającego niezgodnie z obowiązującym warunkiem zamówienia, gdyż wystarczającą podstawą takiego zarzutu może być prawo krajowe, bez konieczności odwoływania się do gwarancji zapewnionych przez dyrektywy unijne.

3. Projektowana reakcja legislacyjna na wyrok w sprawie Kolin

Omawiane orzeczenie prowokuje pytania o implikacje wyroku w sferze legislacji kra-

jowej, tj. o konieczność dostosowania prawa krajowego poprzez jego zmianę, a jeżeli taka konieczność zachodzi – o treść takiej zmiany. Niedługo po wydaniu orzeczenia Urząd Zamówień Publicznych przygotował stronę internetową poświęconą wyłącznie wyrokowi w sprawie Kolin³¹. W jednej z opublikowanych tam opinii Urząd wyraził pogląd, iż zgodnie z wyrokiem „zamawiający (...) są uprawnieni do ograniczenia dostępu do zamówień wykonawcom z państw trzecich”. W takim przypadku zamawiający powinien zamieścić w dokumentach zamówienia „informacje, że zamawiający ogranicza dostęp i w jaki sposób”. Brak takich informacji w dokumentach zamówienia – zdaniem Urzędu Zamówień Publicznych – powinien być uznany za pełne otwarcie postępowania dla wykonawców z państw trzecich. Można zatem przyjąć, iż Urząd opowiedział się za stanowiskiem, w myśl którego wykonawcom z państw trzecich przysługuje dorozumiany dostęp do postępowań prowadzonych na podstawie Prawa zamówień publicznych³². Ograniczenie dostępu tych wykonawców, jak również niedopuszczenie ich do postępowania wymaga aktywności zamawiającego polegającej na wprowadzeniu do dokumentów zamówienia specjalnego warunku zamówienia, co ma wynikać z zasady przejrzystości. Pogląd ten został powtórzony w późniejszej opinii opublikowanej 29 stycznia 2025 r. Urząd Zamówień Publicznych nie uznał jednak, że wyrok w sprawie Kolin wymaga interwencji ustawodawcy.

W literaturze przedmiotu³³ zostało wyrażone oczekiwanie uregulowania tej problematyki w ustawie w sposób wzorowany na art. 7 ust. 1a Prawa zamówień publicznych z 2004 r.³⁴, który

²⁸ Por. art. 70¹ § 4 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 2024, poz. 1061, 1237). Niemal wszystkie tryby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego opierają się na cywilistycznej konstrukcji przetargu. Wyjątkiem jest tryb zamówienia z wolnej ręki, który ma charakter czysto negocjacyjny. W pozostałych trybach dochodzi do wywołania ofert i wyboru najkorzystniejszej z nich, co jest cechą charakterystyczną przetargu. W niektórych trybach (np. w negocjacjach z ogłoszeniem) etap przetargowy poprzedzają negocjacje mające na celu doprecyzowanie warunków zamówienia. W takich przypadkach (dość rzadkich w praktyce) warunki zamówienia staną się wiążące dopiero po przeprowadzeniu negocjacji, opracowaniu specyfikacji warunków zamówienia i przekazaniu jej wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert.

²⁹ Por. m.in. R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 86.

³⁰ E. Kowalczyk, *Obowiązek równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne*, Zielona Góra 2023, s. 333–334 i cytowane tam orzecznictwo.

³¹ <https://www.gov.pl/web/uzp/wyrok-tsue-sprawa-c-65222-kolin> (7.03.2025).

³² Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2024, poz. 1320), dalej: Pzp.

³³ Ż. Urbaniak, *Dostęp wykonawców z krajów trzecich do europejskiego rynku zamówień publicznych – glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z 22.10.2024 r., C-652/22, Kolin*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2024, nr 3, s. 94.

³⁴ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 1843; 2020, poz. 288,

powielał treść przywołanych już art. 25 dyrektywy klasycznej i art. 43 dyrektywy sektorowej. Wiele wskazuje na to, że postulat ten trafił na podatny grunt.

Na początku stycznia 2025 r. Ministerstwo Infrastruktury zaproponowało włączenie przepisów dotyczących dostępu wykonawców z państw trzecich do polskiego rynku zamówień publicznych do projektu ustawy o certyfikacji wykonawców zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw³⁵, procedowanego już od pewnego czasu. Propozycja zakładała dodanie do Prawa zamówień publicznych art. 16a powielającego treść art. 7 ust. 1a Pzp z 2004 r. (ust. 1). Ponadto przepis ten miał zezwalać zamawiającemu na otwarcie dostępu do postępowania wykonawcom z państw trzecich pod warunkiem wprowadzenia odpowiednich postanowień do dokumentów zamówienia lub ogłoszenia o zamówieniu (ust. 2) oraz przewidywał możliwość określenia mniej korzystnych warunków zamówienia dla wykonawców z państw trzecich oraz robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z tych państw (ust. 3). Projekt zawierał również propozycję ustanowienia nowej podstawy odrzucenia oferty (art. 226 ust. 1 pkt 5a): jeżeli zamawiający nie dopuścił wykonawców z państw trzecich do postępowania, oferta złożona przez takich wykonawców miała podlegać odrzuceniu. Propozycja Ministerstwa Infrastruktury opierała się na założeniu, że polski rynek zamówień publicznych jest zamknięty dla wykonawców z państw trzecich i może być otwarty w drodze wyraźnych postanowień dokumentów zamówienia lub ogłoszenia o zamówieniu. W toku rządowego procesu legislacyjnego zdecydowano ostatecznie o wyłączeniu tej materii z projektu ustawy o certyfikacji do odrębnej inicjatywy ustawodawczej zadeklarowanej przez Ministra Rozwoju i Technologii³⁶.

Na początku lutego 2025 r. grupa posłów wniosła do łaski marszałkowskiej projekt usta-

wy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych. Jedną z zaproponowanych zmian polegała na wprowadzeniu do art. 16 Pzp dwuzdanowego ustępu. Pierwsze zdanie było dosłownym powieleniem przywołanego już art. 7 ust. 1a Pzp z 2004 r. W zdaniu drugim prawodawca miał uprawnnić zamawiającego do określenia „w ogłoszeniu o zamówieniu albo w dokumentach zamówienia szczegółowych warunków udziału w postępowaniu wykonawców” z państw trzecich lub „szczegółowych warunków oceny ofert tych wykonawców”. Wydaje się, że zamysłem projektodawców było umożliwienie zamawiającym ograniczenia wykonawcom z państw trzecich dostępu do postępowania, co oznacza, iż zasadą miało być otwarcie polskiego rynku zamówień publicznych dla tych wykonawców. Projektowane rozwiązanie w istocie zmierzało do normatywizacji zreferowanego wcześniej stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych. Mimo że Marszałek Sejmu nadał projektowi numer druku, projektodawcy już 19 lutego 2025 r. wycofali swój wniosek, co zakończyło proces legislacyjny³⁷.

Wreszcie w marcu 2025 r. na stronie internetowej Kancelarii Prezesa Rady Ministrów opublikowano informację o kolejnym projekcie nowelizacji Prawa zamówień publicznych, który miał stanowić odpowiedź na wyrok w sprawie Kolin. Z omówienia projektu wynikało, że Ministerstwo Rozwoju i Technologii zmierzało do ustanowienia zasady, zgodnie z którą wykonawcy z państw trzech mogą się ubiegać o udzielenie zamówienia, chyba że zamawiający przewidzi w dokumentach zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu stosowne ograniczenia (w tym zakaz ubiegania się o dane zamówienie)³⁸. Wyglądało to zatem na uszczegółowienie omówionego wyżej projektu

1086), dalej: Pzp z 2004 r.

³⁵ <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12384151/katalog/13052848#13052848> (10.03.2025).

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ <https://www.sejm.gov.pl/Sejm10.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1041> (10.03.2025). Niewykluczone, że powodem wycofania wniosku była zapowiedź Ministerstwa Rozwoju i Technologii przygotowania wystąpienia z inicjatywą ustawodawczą.

³⁸ <https://www.gov.pl/web/premier/projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy---prawo-zamowien-publicznych-oraz-ustawy-o-umowie-koncesji-na-roboty-budowlane-lub-uslugi> (18.03.2025).

poselskiego. W drugiej połowie kwietnia 2025 r. projekt ujrzał światło dzienne³⁹. Wbrew zapowiedziom przewiduje on rozwiązanie zbieżne z omówioną wcześniej propozycją Ministerstwa Infrastruktury, tj. „domyślne” zamknięcie dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z możliwością jego otwarcia (całkowitego lub z ograniczeniami) w drodze wyraźnego warunku zamówienia. Ponadto projekt zawiera podstawę odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę z państwa trzeciego, chyba że zamawiający otworzył dane postępowania dla takich wykonawców. Obecnie⁴⁰ projekt jest po pierwszym czytaniu w Sejmie⁴¹.

4. Ocena projektowanej nowelizacji

Ocenę procedowanego projektu ustawy należy zacząć od stwierdzenia, iż wyrok TSUE w sprawie Kolin nie wymaga żadnych zmian legislacyjnych. Zamawiający nie potrzebuje wyraźnego przepisu, aby wprowadzić warunki zamówienia dotyczące udziału wykonawców z państw trzecich w danym postępowaniu. Co więcej, taka decyzja – choć może to zabrznieć kontrowersyjnie – nie musi być podejmowana przez zamawiającego w momencie wszczynania postępowania czy też przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu⁴², prawo unijne nie sprzeciwia się bowiem eliminacji z postępowania wykonawcy z państwa trzeciego na etapie oceny złożonych już ofert, nawet przy braku stosownych warunków zamówienia. Taka arbitralność jest trudna do

zaakceptowania na gruncie systemów prawnych państw cywilizacji zachodniej, które ufundowane są na zasadzie rządów prawa. Sprzeczność z zasadą rządów prawa jest jednak pozorna. O ile bowiem prawo europejskie gwarantuje wykonawcom prawo do równego traktowania, to gwarancja ta obejmuje tylko wykonawców z Unii i z państw, które zawarły z Unią stosowne umowy o wzajemnym otwarciu rynków. Pozostałe podmioty, wchodząc do postępowania, wystawiają się na arbitralne traktowanie ze strony zamawiającego i nie przysługuje im żadna ochrona prawna ze strony państwa ani Unii Europejskiej.

Jak już wcześniej wskazano, przyznanie tak szerokiej arbitralności zwiększa ryzyko wystąpienia niekorzystnych zjawisk związanych z udzielaniem zamówień publicznych, zwłaszcza korupcji. To może uzasadniać potrzebę uregulowania kwestii dostępu wykonawców z państw trzecich do postępowania na poziomie prawa krajowego. Jednak przyjmowanie, że zasadą jest otwarcie dostępu (jak w projekcie poselskim) albo jego zamknięcie (jak w projekcie Ministerstwa Infrastruktury i aktualnie procedowanym projekcie Ministerstwa Rozwoju i Technologii), może zostać uznane za wkraczanie Polski w sferę kompetencji wyłącznych Unii Europejskiej, co stanowiłoby naruszenie zobowiązań traktatowych. Potwierdza to niedawny wyrok TSUE w sprawie Qingdao⁴³. W uzasadnieniu do projektu ustawy wyrażono pogląd, że „to zamawiający będzie każdorazowo decydował, czy w danym postępowaniu ogranicza udział wykonawców z państw trzecich”⁴⁴. W rzeczywistości przyjęcie przez ustawodawcę „domyślnego” rozwiązania, które będzie obowią-

³⁹ <https://legislacja.gov.pl/projekt/12397106/katalog/13123499#13123499> (4.07.2025).

⁴⁰ Stan na 4 lipca 2025 r.

⁴¹ Przebieg procesu legislacyjnego można śledzić na stronie Sejmu: <https://www.sejm.gov.pl/sejm10.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1302> (4.07.2025).

⁴² Potwierdzają to wyjaśnienia Komisji Europejskiej z 15 maja 2025 r. zawarte w dokumencie pt. *Q&A: Participation in the EU procurement market of bidders from non-covered third countries (cases C-652/22, Kolin, and C-266/22, Qingdao)*, pkt 5.2 i 5.3. Dokument dostępny jest na stronie Komisji: <https://public-buyers-community.ec.europa.eu/system/files/2025-05/Kolin-QA-final-clean.pdf> (4.07.2025).

⁴³ Wyrok TSUE z 13 marca 2025 r. w sprawie C-266/22 (Qingdao). Izba powtórzyła stanowisko Wielkiej Izby wyrażone w wyroku w sprawie Kolin, jednocześnie akcentując (pkt 60), że „każdy akt o charakterze generalnym, którego szczególnym celem jest określenie tych warunków wykluczenia lub dopuszczenia wykonawców z państwa trzeciego, wchodzi w zakres wyłącznej kompetencji Unii (...) w dziedzinie wspólnej polityki handlowej”. Rumuński prawodawca nie miał zatem prawa wyłączenia wykonawców z państw trzecich z legalnej definicji wykonawcy.

⁴⁴ Podobny passus znalazł się w ocenie skutków regulacji towarzyszącej projektowi.

zywało w przypadku milczenia zamawiającego, sprawia, że źródłem jego obowiązowania staje się nie wola zamawiającego (który zrezygnował z podjęcia decyzji w tym zakresie), lecz ustawodawcy. Z uwagi na fakt, iż państwa członkowskie Unii Europejskiej nie mają prawa do regulowania sytuacji prawnej wykonawców z państw trzecich w drodze generalnego aktu prawnego, projektowane rozwiązanie budzi wątpliwości co do zgodności z unijnym prawem traktatowym.

Projektowana regulacja jest zbliżona do rozwiązania rumuńskiego, które wyłączało wykonawców z państw trzecich z definicji wykonawcy, co Trybunał uznał za nałożenie na instytucje zamawiające obowiązku wykluczenia wykonawców z postępowania. Należy dodać, że z tego względu TSUE uznał, że przepisy prawa rumuńskiego nie mogły być stosowane (Qingdao, pkt 64). Polskie rozwiązanie różni się tylko tym, że zakaz ustawowy będzie mógł być uchylony przez zamawiającego poprzez wprowadzenie wyraźnego warunku zamówienia. W pewnym uproszczeniu można stwierdzić, że projektowana ustawa wprowadza dwie sprzężone ze sobą normy: normę materialną (zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne przez wykonawców z państw trzecich) oraz normę kompetencyjną (uprawnienie zamawiającego do uchylecia tego zakazu i przyznania wykonawcom z państw trzecich pełnego bądź ograniczonego dostępu do postępowania). W przypadku, gdy zamawiający nie skorzysta z normy kompetencyjnej, obowiązować będzie norma materialna będąca

przejawem woli ustawodawcy wyrażonej w akcie prawnym o charakterze generalnym. Może to zostać uznane za naruszenie przepisów Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej ustanawiających podział kompetencji pomiędzy Unię a państwa członkowskie.

Właściwszym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie do ustawy przepisu zobowiązującego zamawiającego do określenia w dokumentach zamówienia, czy dopuszcza do udziału w postępowaniu wykonawców z państw trzecich; uzależnia dopuszczenie od spełnienia przez nich określonych warunków; odmawia tym wykonawcom dostępu do postępowania. Konstrukcję powinna dopełnić specjalna podstawa odrzucenia oferty, która ziści się, gdy wykonawca z państwa trzeciego złoży ofertę mimo odmowy udziału w postępowaniu wyraźnie przewidzianej w dokumentach zamówienia albo wykonawca z państwa trzeciego nie wykaże spełniania warunków uzależniających jego udział w postępowaniu. Ograniczy to arbitralność zamawiającego, ponieważ po upływie terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przyjęte rozwiązanie stanie się warunkiem zamówienia, który już nie podlega zmianom i wiąże zamawiającego oraz wykonawców. Jednocześnie nie dojdzie do wejścia prawodawcy w zakres wyłącznych kompetencji Unii, gdyż propozycja stanowi jedynie prostą implementację obowiązującego prawa unijnego, którego treść potwierdził TSUE w wyroku w sprawie Kolin.

Abstract

Access of economic operators of third countries to the European public procurement market – approving commentary on the judgment of the CJEU in case C-652/22 (Kolin)

Keywords: access to public procurement; common commercial policy; reference for a preliminary ruling; the CJEU judgment in the Kolin case; the CJEU judgment in the Qingdao case

The subject of this study is an approving gloss on the judgment of the CJEU in case C-652/22 (Kolin). The Court, having refused to answer the question posed by the referring court, stated that economic operators from states that are not members of the European Union or have not entered into an agreement with the Union guaranteeing mutual and equal access to markets do not possess the right to equal treatment in the public procurement procedure. The Court

confirmed that contracting authorities (but not EU Member States) have the right to: fully open the procedure to economic cooperators from third countries, limit access to the procedure through special conditions for the treatment of economic operators from third countries, or completely deny such access to them. The decision should manifest as a condition of the contract disclosed in the procurement documents. The proposals for a legislative response to this judgment raise concerns because they assume a specific solution applicable in the event of silence from the contracting authority. Such a general act may be viewed as an infringement on the exclusive competence of the Union (common commercial policy).

Bibliografia

Literatura

Bogdanowicz P., *Z małej chmury duży deszcz – uwagi na tle wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 22.10.2024 r., C-652/22, Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret AŞ przeciwko Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2025, nr 4.

Folliot Lalliot L., Yukins Ch., *Will protectionism prevail in global public procurement?*, „Concurrences” 2024, no. 2.

Hartung W., *Dostęp wykonawców z krajów trzecich do unijnego rynku zamówień publicznych – analiza stanowiska przedstawionego w opinii rzecznika generalnego do sprawy C-652/22*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2024, nr 1.

Hartung W., Bağlaj M., Michalczyk T., Wojciechowski M., Krysa J., Kuźma K., *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015.

Kowalczyk E., *Obowiązek równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne*, Zielona Góra 2023.

Nowicki P., *Dla kogo są przeznaczone zamówienia publiczne w Unii Europejskiej? Jeszcze kilka refleksji na tle wyroku TSUE z 22.01.2024 r. zapadłego w sprawie C-652/22 Kolin*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2024, nr 4.

Sołtyśńska A., Talago-Sławoj H., *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016.

Szostak R., *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005.

Urbaniak Ż., *Dostęp wykonawców z krajów trzecich do europejskiego rynku zamówień publicznych – glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z 22.10.2024 r., C-652/22, Kolin*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2024, nr 3.

Akty prawne

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 2024, poz. 1061, 1237).

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 1843; 2020, poz. 288, 1086).

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U.UE z 28.03.2014 r., L 94, s. 65 i n.).

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 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.U.UE z 28.03.2014 r., L 94, s. 243 i n.).

Porozumienie w sprawie zamówień rządowych zmienione protokołem z 2012 r. (Dz.U.UE z 7.03.2014 r., L 8, s. 1 i n.).

Wspólny komunikat Komisji Europejskiej i Wysokiego Przedstawiciela Unii do Spraw Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej i Rady pt. „UE–Chiny – perspektywa strategiczna”, Strasburg 12.03.2019 r., JOIN(2019) 5.

Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2024, poz. 1320).

Komunikat Komisji Europejskiej pt. „Wytoczne dotyczące udziału oferentów z państw trzecich w unijnym rynku zamówień publicznych oraz wprowadzania na ten rynek towarów z państw trzecich” (Dz.U.UE z 13.8.2019 r., C 271, s. 43 i n.).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/1031 z 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.UE z 30.06.2022 r., L 173, s. 1 i n.).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2560 z 14 grudnia 2022 r. w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny (Dz.U.UE z 23.12.2022 r., L 330, s. 1 i n.).

Orzecznictwo

Wyrok ETS z 12 lipca 1990 r. w sprawie C-188/89 (Foster).

Wyrok TSUE z 22 października 2024 r. w sprawie C-652/22 (Kolin).

Wyrok TSUE z 13 marca 2025 r. w sprawie C-266/22 (Qingdao).