

WYROK TRYBUNAŁU (ósma izba)

z dnia 28 lutego 2018 r. (*)

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/18/WE – Artykuł 51 – Uzupełnienie ofert – Dyrektywa 2004/17/WE – Wyjaśnienie ofert – Przepisy krajowe uzależniające uzupełnienie składanej dokumentacji przez oferentów od zapłaty kary pieniężnej – Zasady dotyczące udzielania zamówień publicznych – Zasada równego traktowania – Zasada proporcjonalności

W sprawach połączonych C-523/16 i C-536/16

mających za przedmiot wnioski o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożone przez Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regionalny sąd administracyjny dla Lacjum, Włochy), postanowieniami z dnia 13 lipca i 15 lipca 2016 r., które wpłynęły do Trybunału w dniach, odpowiednio, 12 października i 24 października 2016 r., w postępowaniach:

MA.T.I. SUD SpA

przeciwko

Centostazioni SpA,

z udziałem

China Taiping Insurance Co. Ltd (C-523/16),

oraz

Duemme SGR SpA

przeciwko

Associazione Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza in favore dei Ragionieri e Periti Commerciali (CNPR) (C-536/16),

TRYBUNAŁ (ósma izba),

w składzie: J. Malenovský, prezes izby, D. Šváby i M. Vilaras (sprawozdawca), sędziowie,

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Duemme SGR SpA przez F. Brunettiego oraz F. Scanzana, avvocati,
- w imieniu Associazione Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza in favore dei Ragionieri e Periti Commerciali (CNPR) przez M. Brugnolettiego, avvocato,
- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez F. Sclafaniego, avvocato dello Stato,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez A. Tokára oraz C. Zadre, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 15 listopada 2017 r.,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczą wykładni art. 45 i 51 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca

2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114) oraz zasad możliwie najszerszej konkurencji, proporcjonalności, równego traktowania i niedyskryminacji w dziedzinie udzielania zamówień publicznych na roboty, usługi i dostawy.

- 2 W sprawie C-523/16 wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym został złożony w ramach sporu pomiędzy MA.T.I. SUD SpA a Centostazioni SpA w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „zintegrowane działania rutynowej i szczególnej konserwacji [oraz] usługi energetyczne w budynkach dworców kolejowych należących do sieci Centostazioni”.
- 3 W sprawie C-536/16 wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym został złożony w ramach sporu pomiędzy DuemmeSGR SpA (zwaną dalej „Duemme”) a Associazione Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza in favore dei Ragionieri e Periti Commerciali (CNPR) (stowarzyszeniem krajowego funduszu opieki społecznej i pomocy dla księgowych, zwanym dalej „CNPR”) w przedmiocie procedury otwartej w celu podpisania ramowej umowy o zarządzanie portfelem inwestycji CNPR.

Ramy prawne

Prawo Unii

Dyrektywa 2004/17/WE

- 4 Motyw 9 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. 2004, L 134, s. 1) przewiduje:

„W celu zagwarantowania otwarcia zamówień publicznych udzielanych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych na konkurencję zalecane jest opracowanie przepisów dotyczących koordynacji przez Wspólnotę zamówień powyżej określonej wartości. Koordynacja taka oparta jest na wymaganiach wynikających z art. 14, 28 i 49 traktatu WE oraz z art. 97 traktatu Euratom, to znaczy na zasadzie równego traktowania, której zasada niedyskryminacji jest jedynie szczególnym wyrażeniem, na zasadzie wzajemnego uznania, na zasadzie proporcjonalności, jak również na zasadzie przejrzystości. Z uwagi na charakter sektorów objętych taką koordynacją powinna ona, zapewniając zastosowanie powyższych zasad, określić ramy dobrych praktyk handlowych oraz umożliwić maksymalną elastyczność.

[...]”.

- 5 Artykuł 10 tej dyrektywy, zatytułowany „Zasady udzielania zamówień”, stanowi:
„Podmioty zamawiające traktują wykonawców jednakowo i w sposób niedyskryminujący oraz postępują w sposób przejrzysty”.

Dyrektywa 2004/18

- 6 Motyw 2 dyrektywy 2004/18 przewiduje:

„Udzielanie zamówień, na które w państwach członkowskich zawarte zostały umowy w imieniu państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego, podlega poszanowaniu zasad traktatu, a w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Niemniej jednak w przypadku zamówień publicznych powyżej pewnej wartości wskazane jest opracowanie wspólnotowych przepisów koordynujących krajowe procedury udzielania takich zamówień, które będą oparte na tych zasadach w sposób umożliwiający ich skuteczne wdrożenie oraz zapewniający otwarcie zamówień publicznych na konkurencję. Wspomniane przepisy służące koordynacji powinny być zatem interpretowane

zgodnie z wymienionymi powyżej regułami i zasadami oraz innymi regułami traktatu”.

7 Artykuł 2 tej dyrektywy, również zatytułowany „Zasady udzielania zamówień”, stanowi:

„Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty”.

8 Artykuł 45 tej dyrektywy głosi:

„1. Z udziału w zamówieniu wykluczany jest każdy kandydat lub oferent, który został skazany prawomocnym wyrokiem sądu z powodu dopuszczenia się co najmniej jednego z poniższych czynów i który znany jest instytucji zamawiającej [o czym wie instytucja zamawiająca]:

- a) udział w organizacji przestępczej, zgodnie z definicją takiej organizacji zawartą w art. 2 ust. 1 wspólnego działania [98/733/WSiSW z dnia 21 grudnia 1998 r. przyjętego przez Radę na podstawie art. K.3 Traktatu o Unii Europejskiej, w sprawie uznawania za przestępstwa karne uczestnictwa w organizacji przestępczej w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. 1998, L 351, s. 1)];
- b) korupcja, zgodnie z definicją zawartą odpowiednio w art. 3 aktu Rady z dnia 26 maja 1997 r. [ustanawiającego Konwencję sporządzoną na podstawie art. K.3 ust. 2 lit. c) Traktatu o Unii Europejskiej w sprawie zwalczania korupcji funkcjonariuszy Wspólnot Europejskich lub funkcjonariuszy państw członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. 1997, C 195, s. 1)] oraz art. 3 ust. 1 wspólnego działania 98/742/WSiSW [z dnia 22 grudnia 1998 r. przyjętego przez Radę na podstawie art. K.3 Traktatu o Unii Europejskiej, w zakresie korupcji w sektorze prywatnym (Dz.U. 1998, L 358, s. 2)];
- c) oszustwo w rozumieniu art. 1 Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich [sporządzonej na podstawie artykułu K.3 Traktatu o Unii Europejskiej (Dz.U. 1995, C 316, s. 49)];
- d) udział w praniu pieniędzy, zgodnie z definicją art. 1 dyrektywy Rady 91/308/EWG z dnia 10 czerwca 1991 r. w sprawie uniemożliwienia korzystania z systemu finansowego w celu prania pieniędzy [(Dz.U. 1991, L 166, s. 77)].

Państwa członkowskie określają, zgodnie ze swoim prawem krajowym oraz uwzględniając prawo wspólnotowe, warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu.

Mogą one przewidzieć możliwość odstąpienia od przestrzegania wymogu, o którym mowa w akapicie pierwszym, z uwagi na interes ogólny.

Do celów niniejszego ustępu instytucje zamawiające, o ile jest to właściwe, proszą kandydatów lub oferentów o dostarczenie dokumentów, o których mowa w ust. 3, i mogą w przypadku wątpliwości co do podmiotowej sytuacji [konkretnej sytuacji] takich kandydatów lub oferentów zwrócić się do właściwych organów z wnioskiem o udzielenie wszelkich niezbędnych informacji dotyczących podmiotowej sytuacji [konkretnej sytuacji] tych kandydatów lub oferentów. W przypadku gdy informacja taka dotyczy kandydata lub oferenta posiadającego siedzibę lub miejsce zamieszkania w innym państwie niż to, w którym znajduje się siedziba instytucji zamawiającej, instytucja ta może zwrócić się o współpracę do właściwych organów. Uwzględniając krajowe przepisy prawa państwa członkowskiego, w którym znajdują się siedziby lub miejsca zamieszkania kandydatów lub oferentów, wnioski takie odnoszą się do osób prawnych lub fizycznych, w tym, stosownie, dyrektorów przedsiębiorstw oraz wszelkich osób posiadających uprawnienia do reprezentowania, decydowania lub sprawowania kontroli nad kandydatem lub oferentem.

2. Z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który:

- a) jest w stanie upadłości lub likwidacji, którego działalność jest objęta zarządzeniem sądowym, zawarł umowę z wierzycielami, zawiesił działalność gospodarczą albo znajduje się w analogicznej sytuacji, wynikającej z podobnej procedury zgodnej z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;
- b) jest przedmiotem postępowania o ogłoszenie upadłości, o wydanie nakazu przymusowej likwidacji, o ustanowienie zarządu sądowego, postępowania układowego z wierzycielami lub innego podobnego postępowania zgodnego z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;
- c) został skazany prawomocnym wyrokiem, zgodnie z krajowymi przepisami, za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową;
- d) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające;
- e) nie wypełnił zobowiązań dotyczących opłacania składek na ubezpieczenie społeczne, zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej;
- f) nie wypełnił zobowiązań dotyczących płatności podatków zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej;
- g) jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy.

Zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego, państwa członkowskie określają warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu.

3. Jako wystarczający dowód, że do wykonawcy nie stosuje się żaden z przypadków wymienionych w ust. 1 lub ust. 2 lit. a), b), c), e) lub f) instytucje zamawiające przyjmują:

- a) w odniesieniu do ust. 1 oraz ust. 2 lit. a), b) i c) – wyciąg z rejestru sądowego, a w przypadku jego braku równoważny dokument wykazujący, że wymogi te zostały spełnione, wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju pochodzenia lub kraju, z którego ta osoba przybywa;
- b) w odniesieniu do ust. 2 lit. e) i f) – zaświadczenie wydane przez właściwe organy państwa członkowskiego, którego to dotyczy.

W przypadku gdy dany kraj nie wydaje takich dokumentów lub zaświadczeń lub też gdy nie obejmują one wszystkich przypadków określonych w ust. 1 oraz ust. 2 lit. a), b) i c), mogą być one zastąpione oświadczeniem złożonym pod przysięgą lub – w państwach członkowskich, w których prawo nie przewiduje składania oświadczeń pod przysięgą – uroczystym oświadczeniem złożonym przez daną osobę przed właściwym organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem albo przed właściwą organizacją zawodową lub gospodarczą kraju pochodzenia lub kraju, z którego ta osoba przybywa.

4. Państwa członkowskie wyznaczają organy i instytucje właściwe do wydawania dokumentów, zaświadczeń lub oświadczeń, o których mowa w ust. 3, i niezwłocznie powiadamiają o tym Komisję. Powiadomienie takie nie narusza przepisów o ochronie danych”.

9 Artykuł 51 dyrektywy 2004/18 stanowi:

„Instytucje zamawiające mogą wezwać wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art. 45–50 lub o ich wyjaśnienie”.

Prawo włoskie

- 10 Artykuł 38 ust. 2 bis decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (dekretu ustawodawczego nr 163 w sprawie stworzenia kodeksu zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy, na podstawie dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE) z dnia 12 kwietnia 2006 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 100 z dnia 2 maja 2006 r.) (zwanego dalej „kodeksem zamówień publicznych”) przewidywał:

„W przypadku braku, niekompletności lub jakiegokolwiek innej istotnej nieprawidłowości dotyczącej danych lub oświadczeń zastępczych, o których mowa w ust. 2, oferent, który je spowodował, jest zobowiązany do zapłaty na rzecz instytucji zamawiającej kary pieniężnej wskazanej w ogłoszeniu o zamówieniu, której wysokość nie może być niższa niż jeden promil ani wyższa niż jeden procent wartości zamówienia, a w każdym wypadku nie wyższa niż 50 000 EUR, której zapłatę zabezpiecza gwarancja tymczasowa. W takim przypadku instytucja zamawiająca wyznacza oferentowi termin nie dłuższy niż 10 dni na przedstawienie, uzupełnienie lub uregulowanie wymaganych oświadczeń oraz wskazuje ich zakres i osoby zobowiązane do wykonania wezwania. W przypadku nieprawidłowości nieistotnych, to jest braku lub niekompletności oświadczeń nieobowiązkowych, instytucja zamawiająca nie wzywa do ich uzupełnienia ani nie nakłada kary. W przypadku przekroczenia terminu, o którym mowa w zdaniu drugim niniejszego artykułu, oferent zostaje wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Żadnej zmiany oferty, także dokonanej w wyniku orzeczenia sądowego, po etapie dopuszczenia, uregulowania lub wykluczenia ofert nie będzie można uważać za istotną do celów obliczenia średnich wartości w ramach postępowania lub do celów ustalenia progno odchylenia ofert”.

- 11 Artykuł 46 kodeksu zamówień publicznych stanowił, iż „w przypadkach wskazanych w art. 38–45 instytucje zamawiające, o ile uznają to za konieczne, wzywają oferentów do uzupełnienia lub złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych zaświadczeń, dokumentów lub oświadczeń”.

Spory w postępowaniach głównych i pytania prejudycjalne

Sprawa C-523/16

- 12 Centostazioni, należąca do grupy Ferrovie dello Stato Italiane SpA, ogłoszeniem opublikowanym w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* w dniu 8 stycznia 2016 r. wszczęła otwartą procedurę przetargową w celu udzielenia zamówienia publicznego o szacunkowej wartości 170 864 780,81 EUR bez podatku od wartości dodanej (VAT), którego przedmiotem były „zintegrowane działania rutynowej i szczególnej konserwacji [oraz] usługi energetyczne w budynkach dworców kolejowych” należących do jej sieci, na okres 36 miesięcy. Zamówienie to było podzielone na cztery obszary geograficzne (południowy, centralno-południowy, centralno-północny i północno-zachodni, centralno-północny i północno-wschodni) i miało zostać udzielone według kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.
- 13 Punkt VI.3 lit. w) tego ogłoszenia o zamówieniu przewidywał możliwość żądania przez instytucję zamawiającą uzupełnienia, pod rygorem wykluczenia z postępowania, każdej niekompletnej lub nieprawidłowej oferty, a żądanie to skutkowało zapłatą przez oferenta wezwanego do uzupełnienia oferty kary pieniężnej w wysokości 35 000 EUR, zgodnie z art. 38 ust. 2 bis kodeksu zamówień publicznych.
- 14 Punkt 1.1 lit. G) specyfikacji istotnych warunków tego zamówienia przewidywał, że oferta złożona przez tymczasowy związek przedsiębiorstw niestanowiący jeszcze osoby prawnej powinna zawierać, na podstawie wymaganej dokumentacji administracyjnej, oświadczenie ad hoc zawierające zobowiązanie, na wypadek udzielenia zamówienia w tej części przetargu, do udzielenia szczególnego zbiorowego pełnomocnictwa przedsiębiorstwu będącemu liderem, który zostanie wyznaczony z nazwy (zwane dalej „oświadczeniem o zobowiązaniu”). To oświadczenie

o zobowiązaniu miało być podpisane przez wszystkie przedsiębiorstwa tworzące związek, przy czym wyjaśniono, że jeśli oferent uczestniczy w kilku częściach w różnych formach, powinien przedstawić oświadczenie o zobowiązaniu dla każdej części.

- 15 MA.T.I. SUD, jako podmiot odpowiedzialny za tymczasowy związek przedsiębiorstw utworzony z Graded SpA (zwany dalej „związkiem”), złożyła zgłoszenie udziału dla 1 i 2 części przetargu.
- 16 W dniu 16 marca 2016 r. komisja przetargowa stwierdziła, że oświadczenie o zobowiązaniu wymagane w celu udzielenia części 2 zamówienia, wyznaczające MA.T.I. SUD jako lidera związku, nie zawierało podpisu jej przedstawiciela prawnego. W konsekwencji instytucja zamawiająca zgodnie z art. 38 ust. 2 bis kodeksu zamówień publicznych wezwała ów związek, po pierwsze, do usunięcia tej nieprawidłowości w terminie siedmiu dni pod rygorem wykluczenia z przetargu, a po drugie, do zapłaty kary pieniężnej w wysokości 35 000 EUR.
- 17 W dniu 21 marca 2016 r. MA.T.I. SUD przełożyła żądane oświadczenie o zobowiązaniu, podpisane przez przedstawicieli prawnych obu spółek tworzących związek. Wniosła ona także o uchylenie nałożonej kary pieniężnej na tej podstawie, że sporne oświadczenie nie było „ani brakujące, ani niekompletne, ani obciążone istotną nieprawidłowością”. Podniosła ona w tym względzie, że dana specyfikacja istotnych warunków zamówienia wymagała oświadczenia o zobowiązaniu w odniesieniu do każdej części przetargu wyłącznie w wypadku, w którym związek miał w nim uczestniczyć „w odrębnej formie”. W niniejszym wypadku związek wyraził wolę uczestnictwa w częściach nr 1 i 2 przetargu w takiej samej formie, z MA.T.I. SUD jako liderem, przedstawiając oświadczenie o zobowiązaniu w odniesieniu do części nr 1 zawierające wszystkie wymagane elementy.
- 18 W dniu 30 marca 2016 r. instytucja zamawiająca wezwała MA.T.I. SUD do zapłaty nałożonej kary pieniężnej, uprzedzając, że w przeciwnym wypadku zostanie ona ściągnięta z gwarancji tymczasowej.
- 19 W dniu 7 kwietnia 2016 r. MA.T.I. SUD wniosła do Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum, Włochy) skargi o wstrzymanie wykonania i uchylenie rzeszonej kary pieniężnej, podnosząc w szczególności, że nie dopuściła się żadnej istotnej nieprawidłowości w przedstawieniu dokumentów przygotowawczych do udziału w postępowaniu przetargowym.
- 20 Sąd odsyłający wskazuje, że mechanizm płatnej pomocy w sporządzeniu dokumentacji, ustanowiony w art. 38 ust. 2 bis kodeksu zamówień publicznych, jest przedmiotem wątpliwości co do jego zgodności z prawem Unii, w szczególności z art. 51 dyrektywy 2004/18, który przewiduje możliwość uzupełnienia lub wyjaśnienia zaświadczeń i dokumentów towarzyszących ofertom złożonym w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie przewidując zarazem żadnej sankcji, oraz z zasadami proporcjonalności, wyczerpującego charakteru podstaw wykluczenia, przejrzystości procedur, najszerszego możliwego udziału w przetargu i najszerszej możliwej konkurencji.
- 21 Podkreśla on, że chociaż ogólnie system pomocy w sporządzeniu dokumentacji wydaje się zgodny z art. 51 dyrektywy 2004/18, którego transpozycję stanowi, to nie jest to przypadek kary pieniężnej, z jakim jest związany. Oprócz tego, że ta specyficzna cecha zachęca do pewnego rodzaju „polowania na błędy” przez instytucje zamawiające, to jeszcze wywiera skutki zniechęcające do udziału oferentów w procedurach przetargowych, ponieważ naraża ich na ryzyko znacznych kar pieniężnych jedynie z uwagi na istotne nieprawidłowości w ofercie, niezależnie od ich zamiaru powołania się na pomoc w sporządzeniu dokumentacji.
- 22 Sąd odsyłający zauważa w szczególności, że owa sankcja jest ustalona przez instytucję zamawiającą z góry i – nawet w granicach od jednego promila minimalnie

do jednego procenta maksymalnie, przy bezwzględnym pułapie 50 000 EUR – w sposób w znacznym stopniu dyskrecjonalny, że nie może być ona stopniowana w zależności od wagi popełnionej nieprawidłowości oraz że jest stosowana w sposób automatyczny do każdej stwierdzonej istotnej nieprawidłowości.

- 23 Sąd ten podkreśla również, że wprowadzenie płatnej pomocy w sporządzeniu dokumentacji przewidzianej w art. 38 ust. 2 bis kodeksu zamówień publicznych ma na celu z jednej strony zapewnienie powagi zgłoszeń udziału i złożonych ofert, a zatem stymulowanie odpowiedzialności oferentów w przedstawianiu dokumentów dotyczących przetargu, a z drugiej strony zrekompensowanie instytucji zamawiającej dodatkowych obciążeń ponoszonych przez nią w związku z czynnościami kontrolnymi.
- 24 Uważa on natomiast, że z uwagi na cechy sankcji, jaką przewiduje, ów mechanizm nie jest zgodny z zasadą proporcjonalności, ponieważ jego stosowanie może prowadzić do zapłaty na rzecz instytucji zamawiającej odszkodowania oczywiście nieproporcjonalnego do dodatkowych czynności, jakich musi on ewentualnie dokonać. Istotna sankcja ekonomiczna jest tym bardziej nieproporcjonalna, że termin do uzupełnienia dokumentów jest skrócony (10 dni), a zatem nie powoduje nadmiernego wydłużenia postępowania przetargowego. Nie jest on też zgodny z zasadą równego traktowania, ponieważ sankcja w tej samej wysokości może zostać nałożona na oferenta, który dopuścił się znacznej nieprawidłowości, lecz o ograniczonym zakresie, oraz na oferenta, który dopuścił się poważnych uchybień w wymogach ogłoszenia o zamówieniu. Mechanizm ten narusza także zasadę najszerszej możliwej konkurencji poprzez swój zniechęcający wpływ na udział przedsiębiorstw, w szczególności małych i średnich przedsiębiorstw, w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych.
- 25 W tej sytuacji Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regionalny sąd administracyjny dla Lacjum) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „1) Czy pomimo że ustalenie odpłatności za usunięcie braków oferty stanowi uprawnienie państw członkowskich, art. 38 ust. 2 bis [kodeksu zamówień publicznych] w brzmieniu obowiązującym w dniu opublikowania ogłoszenia o przetargu – w którym przewidziana jest zapłata »kary pieniężnej« w wysokości określonej przez instytucję zamawiającą (»nie niższej niż jeden promil i nie wyższej niż jeden procent wartości przetargu, a w każdym wypadku nie wyższej niż 50 000 EUR, której zapłatę zabezpiecza gwarancja tymczasowa«), ze względu na jej rażąco wygórowaną kwotę i z góry określony charakter tej kary, która nie podlega stopniowaniu w zależności od faktycznej sytuacji, w której jest nakładana, lub istotności usuwalnych braków – jest sprzeczny z prawem Unii?
- 2) Czy, przeciwnie, przywołany art. 38 ust. 2 bis [kodeksu zamówień publicznych] jest sprzeczny z prawem Unii z tego powodu, że sama odpłatność za usunięcie braków oferty może zostać uznana za sprzeczną z zasadą maksymalnego otwarcia rynku na konkurencję, z którą to zasadą środek ten ma być zgodny, ponieważ prawo wymaga, aby komisja przetargowa działała w tym zakresie w interesie publicznym zasadzającym się na dążeniu do tegoż otwarcia rynku na konkurencję?”.

Sprawa C-536/16

- 26 Ogłoszeniem opublikowanym w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* w październiku 2014 r. CNPR wszczęła otwartą procedurę przetargową w celu podpisania umowy ramowej dotyczącej zarządzania jej portfelem inwestycji o szacunkowej wartości 20 650 000,00 EUR, bez VAT, którą zamierzała powierzyć pięciu podmiotom.

- 27 Ogłoszenie o zamówieniu dotyczące tej procedury przewidywało, na podstawie art. 38 ust. 2 bis kodeksu zamówień publicznych, że w wypadku braku, niekompletności lub jakiegokolwiek innej istotnej nieprawidłowości dotyczącej oświadczeń oferent jest zobowiązany do zapłaty kary pieniężnej w wysokości 50 000 EUR, przysługuje mu jednak 10-dniowy termin na uzupełnienie lub konwalidację oświadczenia poprzez przedstawienie brakujących dokumentów.
- 28 Specyfikacja istotnych warunków spornego zamówienia przewidywała, że oferenci powinni złożyć, pod rygorem wykluczenia, oświadczenie własne potwierdzające spełnienie przesłanek przewidzianych w art. 38 kodeksu zamówień publicznych.
- 29 Na pierwszym posiedzeniu jawnym dana komisja przetargowa otworzyła nieoznakowane koperty i stwierdziła, że Duemmenie załączyła ww. oświadczeń własnych, potwierdzających, iż jej wiceprezes i dyrektor generalny nie zostali skazani prawomocnym wyrokiem sądu. W konsekwencji wezwała ona Duemme, na podstawie art. 38 ust. 2 bis kodeksu zamówień publicznych i art. 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, do przedstawienia brakujących oświadczeń oraz do zapłaty odpowiedniej kary pieniężnej, czyli 50 000 EUR.
- 30 Duemme uzupełniła wymaganą dokumentację w wyznaczonym terminie, ale odmówiła w całości zapłaty tej kary pieniężnej, kwestionując ją co do zasady. CNPR skierowała zatem do Duemmewezwanie do zapłaty kary pieniężnej, informując ją, że w wypadku odmowy kara ta zostanie ściągnięta z gwarancji tymczasowej.
- 31 W dniu 9 stycznia 2015 r. Duemmewniosła do Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum) skargę o uchylenie rzonej kary pieniężnej, podnosząc w szczególności niezgodność art. 38 ust. 2 bis kodeksu zamówień publicznych z art. 51 dyrektywy 2004/18. Jednocześnie przedsiębiorstwo składające ofertę zapłaciło instytucji zamawiającej 8500 EUR tytułem obniżonej kary, która to kwota została przez tę instytucję zaakceptowana jako zaliczka.
- 32 W tej sytuacji Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regionalny sąd administracyjny dla Lacjum) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi identycznymi jak w sprawie C-523/16.
- 33 Postanowieniem prezesa Trybunału z dnia 15 listopada 2016 r. sprawy C-523/16 i C-536/16 zostały połączone do celów pisemnego i ustnego etapu postępowania, jak również do celów wydania wyroku.

Uwagi wstępne

- 34 Tytułem wstępu należy stwierdzić, że wprawdzie zarówno w sprawie C-523/16, jak i w sprawie C-536/16 pytania zadane przez sąd odsyłający dotyczą bardzo ogólnie wykładni prawa Unii, bez dalszego wyjaśnienia, sąd ten w postanowieniach odsyłających wyjaśnił jednak, że ma wątpliwości co do zgodności art. 38 ust. 2 bis kodeksu zamówień publicznych z art. 51 dyrektywy 2004/18 oraz zasadami najszerszej możliwej konkurencji, równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, a także z art. 59 ust. 4 akapit drugi dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65).
- 35 Jednakże z uwagi na daty spornych ogłoszeń o zamówieniu, czyli styczeń 2016 r. w sprawie C-523/16 i październik 2014 r. w sprawie C-536/16, dyrektywa 2014/24, której termin transpozycji upłynął zgodnie z jej art. 90 w dniu 18 kwietnia 2016 r., *ratione temporis* nie ma zastosowania w sporach w postępowaniach głównych.
- 36 Daty ogłoszeń są bowiem bezwzględnie późniejsze od momentu, w którym instytucja zamawiająca wybrała tryb postępowania, jaki zamierzała stosować, i ostatecznie rozstrzygnęła kwestię, czy ma obowiązek ogłoszenia wcześniej przetargu w celu udzielenia danego zamówienia publicznego. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału dyrektywą mającą zastosowanie w dziedzinie zamówień

publicznych co do zasady jest dyrektywa obowiązująca w momencie, gdy instytucja zamawiająca dokonuje takiego wyboru. Nie znajdują natomiast zastosowania przepisy dyrektywy, której termin transpozycji upłynął po tej dacie (zob. podobnie wyroki: z dnia 5 października 2000 r., Komisja/Francja, C-337/98, EU:C:2000:543, pkt 36, 37, 41, 42; z dnia 11 lipca 2013 r., Komisja/Niderlandy, C-576/10, EU:C:2013:510, pkt 52–54; z dnia 10 lipca 2014 r., Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, pkt 31–33; z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 83; z dnia 27 października 2016 r., Hörmann Reisen, C-292/15, EU:C:2016:817, pkt 31, 32).

- 37 Należy ponadto zauważyć, że z uwagi na przedmiot zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego w sprawie C-523/16 według wszelkiego prawdopodobieństwa zastosowanie znajduje dyrektywa 2004/17, a nie dyrektywa 2004/18, jak to zauważyła Komisja.
- 38 Dyrektywa 2004/17 nie zawiera przepisów równoważnych przepisowi art. 51 dyrektywy 2004/18.
- 39 Należy jednak w tym względzie przypomnieć, że mimo iż w dyrektywie 2004/17 brak jest wyraźnego przepisu w tym rozumieniu, Trybunał dopuścił, by instytucja zamawiająca wezwała oferenta do wyjaśnienia oferty lub sprostowania oczywistej omyłki w tej ofercie, pod warunkiem przestrzegania szeregu wymogów, a w szczególności by takie wezwanie skierowane było do wszystkich oferentów znajdujących się w tej samej sytuacji, by wszyscy oferenci byli traktowani równo i lojalnie i by tego wyjaśnienia lub sprostowania nie można było zrównać z przedstawieniem nowej oferty (zob. podobnie wyrok z dnia 11 maja 2017 r., Archus i Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, pkt 29–39 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 40 Z uwag przedstawionych Trybunałowi wynika ponadto, że art. 230 kodeksu zamówień publicznych przewiduje, iż art. 38 ust. 2 bis tego kodeksu znajduje zastosowanie do szczególnych sektorów, o których mowa w dyrektywie 2004/17.
- 41 Wreszcie nawet jeśli, jak przypomniano w pkt 34 niniejszego wyroku, na płaszczyźnie formalnej sąd odsyłający ograniczył swoje wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym do wykładni art. 51 dyrektywy 2004/18, to okoliczność ta nie stoi na przeszkodzie temu, aby Trybunał dostarczył temu sądowi wszystkich elementów wykładni prawa Unii, jakie mogą być użyteczne w rozstrzygnięciu rozpatrywanych przez niego spraw, bez względu na to, czy sąd ów odniósł się do tego w treści rzezonnych pytań, czy też nie (zob. podobnie wyroki: z dnia 12 grudnia 1990 r. SARPP, C-241/89, EU:C:1990:459, pkt 8; z dnia 24 stycznia 2008 r., Lianakis i in., C-532/06, EU:C:2008:40, pkt 23).
- 42 W tych okolicznościach, po wyjaśnieniu, że do sądu odsyłającego należy ustalenie, jaka dyrektywa znajduje zastosowanie w sprawie C-523/16, pytania zadane Trybunałowi w obu skierowanych do niego wnioskach o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym należy rozumieć jako dotyczące nie tylko art. 51 dyrektywy 2004/18, lecz także, szerzej, zasad udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasad równego traktowania i przejrzystości, o których mowa zarówno w art. 10 dyrektywy 2004/17, jak i w art. 2 dyrektywy 2004/18, a także zasady proporcjonalności.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

- 43 Poprzez swoje dwa pytania, które należy analizować łącznie, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy prawo Unii, a w szczególności art. 51 dyrektywy 2004/18, zasady dotyczące udzielania zamówień publicznych, wśród których znajdują się zasady równego traktowania i przejrzystości, o których mowa w art. 10 dyrektywy 2004/17 i w art. 2 dyrektywy 2004/18, a także zasadę proporcjonalności należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one przepisom krajowym ustanawiającym mechanizm pomocy w sporządzeniu dokumentacji, na którego podstawie w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego instytucja zamawiająca może wezwać każdego oferenta, którego oferta

zawiera istotne nieprawidłowości w rozumieniu tych przepisów, do uzupełnienia oferty, z zastrzeżeniem zapłaty kary pieniężnej, której wysoka kwota, ustalona z góry przez instytucję zamawiającą i zagwarantowana przez kaucję tymczasową, nie może być stopniowana w zależności od wagi nieprawidłowości, która podlega usunięciu.

- 44 W pierwszej kolejności należy przypomnieć, że art. 51 dyrektywy 2004/18 przewiduje, iż w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznych instytucja zamawiająca może wezwać wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art. 45–50 rzeczonyj dyrektywy lub o ich wyjaśnienie.
- 45 Przepis ten ogranicza się zatem do ustanowienia samej możliwości wezwania przez instytucję zamawiającą kandydatów składających ofertę w ramach postępowania przetargowego do uzupełnienia lub do wyjaśnienia dokumentacji składanej tytułem oceny warunków dopuszczalności ich oferty, poprzez wykazanie kwalifikacji ekonomicznych i finansowych oraz wiedzy lub kwalifikacji zawodowych i technicznych. Ani ten przepis, ani żaden inny przepis dyrektywy 2004/18 nie zawierają wyjaśnienia sposobów, według jakich może nastąpić takie uzupełnienie, lub warunków, jakim może ono ewentualnie zostać poddane.
- 46 Wynika z tego, że w ramach środków transpozycji dyrektywy 2004/18, jakie powinny przyjąć państwa członkowskie, jak stwierdził rzecznik generalny w pkt 57 opinii, mają one w zasadzie swobodę nie tylko w zakresie wpisania takiej możliwości uzupełnienia ofert do prawa krajowego (zob. podobnie wyrok z dnia 24 maja 2016 r., MT Højgaard i Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, pkt 35), lecz również jej ograniczenia.
- 47 Państwa członkowskie mogą zatem na tej podstawie uzależnić tę możliwość uzupełnienia od zapłaty kary pieniężnej, jak w niniejszym przypadku przewiduje to art. 38 ust. 2 bis kodeksu zamówień publicznych.
- 48 Jednakże jeżeli państwa członkowskie wdrażają możliwość przewidzianą w art. 51 dyrektywy 2004/18, powinny one zadbać, aby nie zagrażać realizacji celów, jakim służy owa dyrektywa, oraz nie zagrażać skuteczności (effet utile) ani jej przepisów, ani innych istotnych przepisów prawa Unii, w szczególności zasad równego traktowania, niedyskryminacji, przejrzystości i proporcjonalności (zob. podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Falk Pharma, C-410/14, EU:C:2016:399, pkt 34).
- 49 Należy również przypomnieć, że art. 51 dyrektywy 2004/18 nie może być interpretowany w ten sposób, że zezwala on instytucji zamawiającej na dopuszczenie jakiegokolwiek uzupełnienia braków, które zgodnie z wyraźnymi postanowieniami dokumentacji przetargowej powinny powodować wykluczenie oferenta (wyroki: z dnia 6 listopada 2014 r., Cartiera dell’Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 46; z dnia 10 listopada 2016 r., Ciclat, C-199/15, EU:C:2016:853, pkt 30).
- 50 W drugiej kolejności – mimo że dyrektywa 2004/17 nie zawiera przepisu równoważnego z art. 51 dyrektywy 2004/18, Trybunał orzekł, iż żadna z tych dyrektyw nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistych omyłek, przy czym należy jednak przestrzegać określonych wymogów (wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 40; z dnia 11 maja 2017 r., Archus i Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 51 Trybunał orzekł w szczególności, że żądanie wyjaśnień nie może jednak rekompensować braku dokumentu lub informacji, których przekazanie było wymagane w dokumentacji przetargowej, gdyż instytucja zamawiająca musi ściśle przestrzegać ustanowionych przez samą siebie kryteriów (zob. podobnie wyroki: z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 40; z dnia 11 maja 2017 r., Archus i Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, pkt 33).

- 52 Takie żądanie nie może bowiem prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez danego oferenta nowej oferty (zob. wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 40; z dnia 11 maja 2017 r., Archus i Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, pkt 31).
- 53 W trzeciej kolejności należy przypomnieć, że zgodnie z zasadą proporcjonalności, która stanowi ogólną zasadę prawa Unii i w poszanowaniu której powinny być udzielane zamówienia w państwach członkowskich, jak wynika to zarówno z motywu 9 dyrektywy 2004/17, jak i z motywu 2 dyrektywy 2004/18, środki przyjęte przez państwa członkowskie nie powinny wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu (zob. podobnie wyroki: z dnia 16 grudnia 2008 r., Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, pkt 48, 61; z dnia 19 maja 2009 r., Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 21, 23; z dnia 23 grudnia 2009 r., Serrantoni i Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 33; z dnia 22 października 2015 r., Impresa Edilux i SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, pkt 29).
- 54 W świetle powyższych rozważań do sądu odsyłającego, wyłącznie właściwego do stwierdzenia i oceny okoliczności faktycznych w postępowaniach głównych, należy zbadać, czy w okolicznościach dwóch spraw w postępowaniach głównych uzupełnienia wymagane przez instytucje zamawiające dotyczą przekazania dokumentów, których brak winien prowadzić do wykluczenia oferentów, czy przeciwnie – stanowią one bez wątpienia zwykłe żądania doprecyzowania ofert, które wymagają pojedynczych poprawek lub uzupełnień lub naprawy oczywistych błędów materialnych.
- 55 Następnie należy stwierdzić, jak zauważył rzecznik generalny w pkt 60 i 61 opinii, że samo pojęcie istotnej nieprawidłowości, które nie jest zdefiniowane w art. 38 ust. 2 bis kodeksu zamówień publicznych, nie wydaje się zgodne ani z przepisem art. 51 dyrektywy 2004/18, ani z wymogami, jakim podlega wyjaśnienie oferty w ramach zamówienia publicznego wchodzącego w zakres dyrektywy 2004/17 na mocy orzecznictwa Trybunału przypomnianego w pkt 49–52 niniejszego wyroku.
- 56 Wynika z tego, że mechanizm pomocy w sporządzeniu dokumentacji przewidziany w art. 38 ust. 2 bis kodeksu zamówień publicznych nie znajduje zastosowania w wypadku, w którym oferta złożona przez oferenta nie może zostać uzupełniona lub wyjaśniona w rozumieniu orzecznictwa przypomnianego w pkt 49–52 niniejszego wyroku, oraz że w konsekwencji w takim wypadku nie można na oferenta nałożyć żadnej sankcji.
- 57 W tych okolicznościach jedynie w wypadku, gdyby sąd odsyłający doszedł do wniosku, że wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia sformułowane przez instytucje zamawiające spełniają wymogi przypomniane w pkt 49–52 niniejszego wyroku, musiałby zbadać pytanie, czy kary pieniężne w dwóch sprawach w postępowaniach głównych na podstawie art. 38 ust. 2 bis kodeksu zamówień publicznych zostały nałożone z poszanowaniem zasady proporcjonalności.
- 58 Jednakże Trybunał, do którego sąd odsyłający zwrócił się o udzielenie użytecznej odpowiedzi, może dostarczyć mu wskazówek, opierając się na aktach postępowania głównego oraz uwagach przedstawionych mu na piśmie oraz ustnie, które umożliwiają sądowi odsyłającemu rozstrzygnięcie toczącej się przed nim sprawy (zob. podobnie wyroki: z dnia 30 marca 1993 r., Thomas i in., C-328/91, EU:C:1993:117, pkt 13; z dnia 14 marca 2017 r., G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, pkt 36; z dnia 21 września 2017 r., SMS group, C-441/16, EU:C:2017:712, pkt 48).
- 59 W niniejszym przypadku należy stwierdzić, że zgodnie z art. 38 ust. 2 bis kodeksu zamówień publicznych do instytucji zamawiającej należy, w granicach widełek określonych w tym przepisie, określenie kwoty kary pieniężnej, jaka może zostać nałożona na oferenta wezwanego do uzupełnienia oferty.
- 60 Sąd odsyłający zwraca się do Trybunału o zwrócenie uwagi na fakt, iż kara pieniężna jest z góry określana przez instytucję zamawiającą, jej kwota jest wysoka i nie może

ona być stopniowana w zależności od wagi nieprawidłowości, która podlega usunięciu. Wyjaśnia on ponadto, że ustanowienie takiej sankcji uzasadnione jest koniecznością stymulowania odpowiedzialności oferentów, zmobilizowanych w ten sposób do starannego przygotowania oferty, oraz zrekompensowania dodatkowego obciążenia, jakie stanowi każde uzupełnienie dla instytucji zamawiającej.

- 61 W tym względzie należy zauważyć, po pierwsze, że określenie z góry przez instytucję zamawiającą kwoty sankcji w ogłoszeniu o zamówieniu odpowiada rzeczywistości – jak stwierdziła Komisja Europejska w uwagach na piśmie – wymogom wynikającym z zasad równego traktowania oferentów, przejrzystości i pewności prawa, w zakresie, w jakim pozwala ono obiektywnie uniknąć ich dyskryminującego lub arbitralnego traktowania przez ową instytucję zamawiającą.
- 62 Niemniej jednak automatyczne stosowanie tak określonej z góry sankcji, niezależnie od charakteru uzupełnień dokonanych przez niedbałego oferenta, a zatem także w braku jakiegokolwiek zindywidualizowanego uzasadnienia, nie wydaje się zgodne z wymogami wynikającymi z poszanowania zasady proporcjonalności.
- 63 Po drugie, należy stwierdzić, że nałożenie kary pieniężnej rzeczywiście stanowi właściwy środek do realizacji uzasadnionych celów, do jakich dąży państwo członkowskie, dotyczących konieczności z jednej strony stymulowania odpowiedzialności oferentów w przedstawianiu ofert, a z drugiej strony zrekompensowania obciążenia finansowego, jakie może stanowić każde uzupełnienie dla instytucji zamawiającej.
- 64 Jak jednak stwierdził rzecznik generalny w pkt 74 opinii, kwoty sankcji określone w ogłoszeniach o zamówieniu przez instytucje zamawiające w obu sprawach w postępowaniach głównych wydają się oczywiście nieproporcjonalne jako takie, biorąc pod uwagę granice, w jakich powinny mieścić się zarówno uzupełnienie oferty na podstawie art. 51 dyrektywy 2004/18, jak i wyjaśnienie oferty w ramach dyrektywy 2004/17. W szczególności ma to miejsce w wypadku sankcji takiej jak nałożona przez instytucję zamawiającą w sprawie C-523/16, która wydaje się oczywiście nadmierna w świetle stwierdzonych okoliczności faktycznych, tzn. braku podpisu na oświadczeniu o zobowiązaniu dotyczącym wyznaczenia lidera związku składającego ofertę.
- 65 Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, na zadane pytania należy odpowiedzieć w następujący sposób:
 - Prawo Unii, a w szczególności art. 51 dyrektywy 2004/18, zasady dotyczące udzielania zamówień publicznych, wśród których znajdują się zasady równego traktowania i przejrzystości, o których mowa w art. 10 dyrektywy 2004/17 i w art. 2 dyrektywy 2004/18, a także zasadę proporcjonalności należy interpretować w ten sposób, że co do zasady nie sprzeciwiają się one przepisom krajowym ustanawiającym mechanizm pomocy w sporządzeniu dokumentacji, na którego podstawie w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego instytucja zamawiająca może wezwać każdego oferenta, którego oferta zawiera istotne nieprawidłowości w rozumieniu tych przepisów, do uzupełnienia oferty, z zastrzeżeniem zapłaty kary pieniężnej, o ile kwota tej sankcji pozostaje zgodna z zasadą proporcjonalności, czego ustalenie należy do sądu odsyłającego.
 - Natomiast te same przepisy i zasady należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one przepisom krajowym ustanawiającym mechanizm pomocy w sporządzeniu dokumentacji, na podstawie którego instytucja zamawiająca może wymagać od oferenta, przy jednoczesnej zapłacie przez niego kary pieniężnej, aby uzupełnił on brak dokumentu, który według wyraźnych przepisów dokumentacji przetargowej powinien prowadzić do wykluczenia oferenta, lub aby usunął on nieprawidłowości mające wpływ na jego ofertę w ten sposób, że dokonane poprawki lub zmiany byłyby zbliżone do przedstawienia nowej oferty.

W przedmiocie kosztów

66 Dla stron w postępowaniach głównych niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionych przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniach głównych, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (ósma izba) orzeka, co następuje:

Prawo Unii, a w szczególności art. 51 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, zasady dotyczące udzielania zamówień publicznych, wśród których znajdują się zasady równego traktowania i przejrzystości, o których mowa w art. 10 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, i w art. 2 dyrektywy 2004/18, a także zasadę proporcjonalności należy interpretować w ten sposób, że co do zasady nie sprzeciwiają się one przepisom krajowym ustanawiającym mechanizm pomocy w sporządzeniu dokumentacji, na którego podstawie w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego instytucja zamawiająca może wezwać każdego oferenta, którego oferta zawiera istotne nieprawidłowości w rozumieniu tych przepisów, do uzupełnienia oferty, z zastrzeżeniem zapłaty kary pieniężnej, o ile kwota tej sankcji pozostaje zgodna z zasadą proporcjonalności, czego ustalenie należy do sądu odsyłającego.

Natomiast te same przepisy i zasady należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one przepisom krajowym ustanawiającym mechanizm pomocy w sporządzeniu dokumentacji, na podstawie którego instytucja zamawiająca może wymagać od oferenta, przy jednoczesnej zapłacie przez niego kary pieniężnej, aby uzupełnił on brak dokumentu, który według wyraźnych przepisów dokumentacji przetargowej powinien prowadzić do wykluczenia oferenta, lub aby usunął on nieprawidłowości mające wpływ na jego ofertę w ten sposób, że dokonane poprawki lub zmiany byłyby zbliżone do przedstawienia nowej oferty.

Podpisy