

orzeczenie z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16

Archus et Gama

WYROK TRYBUNAŁU (ósma izba)

z dnia 11 maja 2017 r.(*)

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/17/WE – Zasady udzielania zamówień – Artykuł 10 – Zasada równego traktowania oferentów – Obowiązek wezwania przez instytucje zamawiające oferentów do zmiany lub uzupełnienia oferty – Prawo do zatrzymania przez instytucję zamawiającą gwarancji bankowej w przypadku odmowy – Dyrektywa 92/13/EWG – Artykuł 1 ust. 3 – Procedury odwoławcze – Decyzja o udzieleniu zamówienia publicznego – Wykluczenie oferenta – Skarga o stwierdzenie nieważności – Interes prawny

W sprawie C-131/16

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Krajową Izbę Odwoławczą (Polska) postanowieniem z dnia 19 lutego 2016 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 1 marca 2016 r., w postępowaniu:

Archus sp. z o.o.,

Gama Jacek Lipik

przeciwko

Polskiemu Górnictwu Naftowemu i Gazownictwu S.A.,

przy udziale:

Digital-Center sp. z o.o.,

TRYBUNAŁ (ósma izba),

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

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa S.A. przez A. Olszewską,
- w imieniu rządu polskiego przez B. Majczynę, działającego w charakterze pełnomocnika,

- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez F. Di Mattea, avvocato dello Stato,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez K. Herrmann oraz A. Tokára, działających w charakterze pełnomocników,

podjąwszy, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni 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 (Dz.U. 2004, L 134, s. 1) i art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. 1992, L 76, s. 14), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. 2007, L 335, s. 31) (zwanej dalej „dyrektywą 92/13”).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu, w którym stronami są Archus sp. z o.o. i Gama Jacek Lipik (zwane dalej łącznie „wykonawcami Archus i Gama”) oraz Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (polska spółka prowadząca działalność z zakresu wydobycia ropy naftowej i gazu), dotyczącego decyzji tej ostatniej spółki o odrzuceniu oferty wykonawców Archus i Gama w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz o przyjęciu oferty złożonej przez Digital-Center sp. z o.o.

Ramy prawne

Prawo Unii

- 3 Artykuł 10 dyrektywy 2004/17 stanowi:
„Podmioty zamawiające traktują wykonawców jednakowo i w sposób niedyskryminujący oraz postępują w sposób przejrzysty”.
- 4 Artykuł 1 ust. 3 dyrektywy 92/13 stanowi:
„Państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia”.
- 5 Artykuł 2a ust. 2 akapit trzeci dyrektywy 92/13 stanowi:
„Kandydatów uważa się za zainteresowanych, jeżeli podmiot zamawiający nie udostępnił informacji o odrzuceniu ich wniosku przed powiadomieniem zainteresowanych oferentów o decyzji o udzieleniu zamówienia”.

Prawo polskie

6 Artykuł 25 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2015, poz. 2164, zwanej dalej „ustawą PZP”) stanowi:

„1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

1) warunków udziału w postępowaniu,

2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

– zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

2. Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane [...]”.

7 Artykuł 26 ust. 3 ustawy PZP stanowi:

„Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert”.

8 Artykuł 46 ust. 4a ustawy PZP brzmi następująco:

„Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej”.

9 Artykuł 87 ustawy PZP stanowi:

„1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

- 1a. W postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2. Zamawiający poprawia w ofercie:
- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
 - 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
 - 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona”.
- 10 Artykuł 179 ust. 1 ustawy PZP stanowi:
- „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”.
- 11 Artykuł 180 ust. 1 ustawy PZP stanowi:
- „Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy”.

Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

- 12 Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo opublikowało w dniu 3 czerwca 2015 r. w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* pod numerem 2015/S 105–191838 ogłoszenie o zamówieniu w procedurze przetargu ograniczonego na usługi cyfryzacji zasobów swego Centralnego Archiwum Geologicznego i przygotowanie elektronicznej wersji dokumentów, które mają zostać udostępnione w wewnętrznej sieci spółki. Przedmiotem zamówienia była usługa polegająca na zeskanowaniu dokumentacji papierowej, obróbce cyfrowej zeskanowanych materiałów i na zapisie materiału na trwałych, powszechnie używanych nośnikach danych, w zadanych formatach numerycznych oraz w postaci mikrofilmu.
- 13 W pkt 4.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazano, że oferenci powinni przedstawić wraz z ofertą na usługi dwa materiały. Pierwszym materiałem miała być zapisana na trwałym nośniku zeskanowana odbitka dokumentu przygotowanego przez zamawiającego, poddana edycji w sposób szczegółowo opisany w pkt 4.1 lit. a) specyfikacji. Drugim materiałem miała być próbka mikrofilmu 35 mm zawierającego naświetlony wynik pracy przedstawionej do oceny w kryterium jakości w formacie A4 oraz jego zwielokrotnienie do formatu A0, to jest 16 razy, wraz z opisem metody mikrofilmowania i parametrami technicznymi opisanymi w pkt 4.1 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwana dalej „próbką mikrofilmu”).

- 14 Jakość pierwszego materiału miała być oceniana w ramach kryteriów oceny ofert, natomiast jakość próbki mikrofilmu – według zasady „spełnia/nie spełnia”, co oznaczało, że w razie niespełnienia wymogu przez próbkę oferta podlegałaby odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP.
- 15 Oferenci zobowiązani byli również do zabezpieczenia oferty wadium w wysokości 20.000 polskich złotych (PLN).
- 16 W przetargu złożone zostały dwie oferty: jedna łącznie przez wykonawców Archus i Gama, a druga przez Digital-Center.
- 17 W dniu 15 października 2015 r. wykonawcy Archus i Gama, powołując się na niezamierzoną pomyłkę, zwrócili się do instytucji zamawiającej z wnioskiem o dokonanie poprawki ich oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, polegającej na zamianie załączonej przez nich do oferty próbki mikrofilmu, która to próbka nie była zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, na nową próbkę.
- 18 W dniu 17 listopada 2015 r. instytucja zamawiająca udzieliła odpowiedzi na ten wniosek i poinformowała, że nowa próbka mikrofilmu została uznana za uzupełnienie dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP. Jednocześnie wskazała jednak, że wykonawcy Archus i Gama nie podali wymaganych na podstawie pkt 4.1 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia informacji o metodzie mikrofilmowania próbki i parametrach technicznych oraz wezwała ich do uzupełnienia tych informacji.
- 19 Po zbadaniu obu dostarczonych przez wykonawców Archus i Gama próbek mikrofilmu instytucja zamawiająca odrzuciła ostatecznie ich ofertę jako niezgodną z przywołanym pkt 4.1 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Uznała ona, że dostarczone przez te spółki próbki mikrofilmu nie pozwalają na odczyt z minimalną rozdzielczością 200 dpi (dots per inch – liczba punktów obrazu przypadająca na cal) z mikrofilmowanej odbitki arkusza A0. Instytucja zamawiająca uznała ponadto ofertę przedstawioną przez Digital-Center za najkorzystniejszą.
- 20 Wykonawcy Archus i Gama zaskarżyli wówczas do Krajowej Izby Odwoławczej decyzję instytucji zamawiającej, odpowiednio, o odrzuceniu ich oferty i o przyjęciu oferty Digital-Center.
- 21 Sąd odsyłający wskazuje w istocie, że zgodnie z krajowymi przepisami dotyczącymi zamówień publicznych instytucja zamawiająca może żądać od oferentów przedłożenia „oświadczeń lub dokumentów” oraz próbek produktów, które należy dostarczyć w ramach postępowania w sprawie udzielenia zamówienia. Ma ona również obowiązek wezwania ich do uzupełnienia, w razie potrzeby, brakujących lub zawierających błędy dokumentów, tak aby były one zgodne z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, chyba że oferta podlega odrzuceniu z innych względów albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.
- 22 Sąd odsyłający zastanawia się przede wszystkim nad zgodnością z prawem ciążącego na instytucji zamawiającej obowiązku wezwania oferenta do uzupełnienia wymaganego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumentu lub przedstawienia nowej próbki zgodnie z tą specyfikacją, jak w sprawie głównej, jeżeli może to spowodować, że taki oferent dokona zmiany treści oferty, co byłoby ze szkodą dla przejrzystości postępowania przetargowego. Zastanawia się on także nad zgodnością z prawem zatrzymania wpłaconego przez oferenta wadium, jeżeli ten nie spełni sformułowanego przez instytucję zamawiającą żądania uzupełnienia takiego dokumentu. Sąd ten

zastanawia się wreszcie na kwestię interesu prawnego, jaki mają w unieważnieniu oferty Digital-Center wykonawcy Archus i Gama.

23 W tych okolicznościach Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy art. 10 [dyrektywy 2004/17] można interpretować w ten sposób, że zamawiający może być zobowiązany do wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie (tj. terminie wyznaczonym na złożenie ofert) nie złożyli wymaganych przez zamawiającego »oświadczeń lub dokumentów« potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (które to pojęcie obejmuje także próbki przedmiotu zamówienia) albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego »oświadczenia lub dokumenty« zawierające błędy do złożenia brakujących lub korygujących błędy »oświadczeń lub dokumentów« (próbek) w wyznaczonym dodatkowym terminie bez ustanowienia zakazu, zgodnie z którym uzupełnione »oświadczenia lub dokumenty« (próbki) nie mogą zmieniać treści oferty?

2) Czy art. 10 dyrektywy [2004/17] można interpretować w ten sposób, że zamawiający może zatrzymać wadium wykonawcy, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie go przez zamawiającego do uzupełnienia nie złożył »dokumentów lub oświadczeń« (próbek) potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego w sytuacji gdy takie uzupełnienie prowadziłoby do zmiany treści oferty lub gdy ów wykonawca nie wyraził zgody na poprawienie oferty przez zamawiającego, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej?

3) Czy art. 1 ust. 3 [dyrektywy 92/13] należy interpretować w ten sposób, że »dane zamówienie«, o którym mowa w tym przepisie w części »interes w uzyskaniu danego zamówienia« oznacza »dane, prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego« (tu: ogłoszone ogłoszeniem z 3 czerwca 2015 r.), czy też »dany przedmiot zamówienia« (tu: usługa cyfryzacji dokumentacji archiwum zamawiającego), niezależnie od tego, czy w konsekwencji uwzględnienia odwołania zamawiający zobowiązany będzie unieważnić prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i ewentualnie rozpocząć kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego?»

W przedmiocie pytania pierwszego

24 W pytaniu pierwszym sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy zasadę równego traktowania wykonawców zapisaną w art. 10 dyrektywy 2004/17 należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie temu, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca wzywała oferentów do przedstawienia wymaganych oświadczeń lub dokumentów, których ci oferenci nie dostarczyli w terminie składania ofert, lub do poprawienia tych oświadczeń lub dokumentów w przypadku błędów, i żeby ponadto ta instytucja zamawiająca nie była obowiązana wskazać tym oferentom, że nie wolno im zmieniać treści przedłożonych ofert.

25 W tym względzie należy przede wszystkim przypomnieć, że obowiązek przestrzegania przez instytucję zamawiającą zasady równego traktowania oferentów, mającej na celu wspieranie rozwoju zdrowej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami ubiegającymi się o zamówienie publiczne (zob. w szczególności wyroki: z dnia 29 kwietnia 2004 r., Komisja/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, pkt 110;

z dnia 12 marca 2015 r., eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 33), która oddaje istotę zasad Unii dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (zob. w szczególności wyroki: z dnia 22 czerwca 1993 r., Komisja/Dania, C-243/89, EU:C:1993:257, pkt 33; z dnia 25 kwietnia 1996 r., Komisja/Belgia, C-87/94, EU:C:1996:161, pkt 51; z dnia 18 października 2001 r., SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, pkt 33), wymaga w szczególności, by wszyscy oferenci znajdowali się na równorzędnej pozycji zarówno w chwili przygotowywania ofert, jak i w chwili dokonywania ich oceny przez tę instytucję zamawiającą (zob. wyroki: z dnia 16 grudnia 2008 r., Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, pkt 45; z dnia 24 maja 2016 r., MT Højgaard i Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, pkt 37).

- 26 Zasada ta wymaga w szczególności, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika zatem wymóg, by oferty wszystkich konkurentów podlegały tym samym warunkom (wyroki: z dnia 25 kwietnia 1996 r., Komisja/Belgia, C-87/94, EU:C:1996:161, pkt 54; z dnia 12 grudnia 2002 r., Universale-Bau i in., C-470/99, EU:C:2002:746, pkt 93; z dnia 12 marca 2015 r., eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 33).
- 27 Zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją również na przeszkodzie negocjacom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani z inicjatywy oferenta (zob. podobnie wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 36; a także z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 31).
- 28 Dopuszczenie, by instytucja zamawiająca mogła zwrócić się do kandydata, którego ofertę uważa ona za niedokładną lub niezgodną z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, z żądaniem udzielenia wyjaśnień w tym względzie mogłoby bowiem w przypadku, w którym oferta tego kandydata zostałaby ostatecznie przyjęta, prowadzić do wrażenia, że owa instytucja zamawiająca negocjowała tę ofertę potajemnie, ze szkodą dla innych kandydatów i z naruszeniem zasady równego traktowania (wyrok z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 37).
- 29 Trybunał orzekł już również jednak przy innej sposobności, że zasada równego traktowania nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistych omyłek, przy czym należy jednak przestrzegać określonych wymogów [zob. podobnie, dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w procedurze przetargu ograniczonego podlegających dyrektywie 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), wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 35–45, w odniesieniu do etapu oceny ofert; a także z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 30–39, w odniesieniu do etapu preselekcji oferentów].
- 30 Po pierwsze, żądanie wyjaśnienia oferty, które może nastąpić dopiero po zapoznaniu się przez instytucję zamawiającą ze wszystkimi ofertami, powinno zostać skierowane w równoważny sposób do wszystkich oferentów znajdujących się w takiej samej sytuacji i powinno dotyczyć wszystkich wymagających wyjaśnienia punktów oferty (zob. wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 42–44; a także z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 34, 35).

- 31 Ponadto żądanie to nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez 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 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 36).
- 32 Wreszcie, korzystając z przysługującego jej swobodnego uznania w zakresie możliwości zwrócenia się do kandydatów o wyjaśnienie ofert, instytucja zamawiająca ma generalny obowiązek traktować kandydatów w sposób równy i lojalny, tak by żądania wyjaśnień nie można było uznać po zakończeniu procedury wyboru ofert i w świetle jego wyniku za nieuzasadnione bardziej lub mniej korzystne traktowanie kandydata lub kandydatów, do których żądanie takie skierowano (zob. wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 41; a także z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 37).
- 33 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 wyrok z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 40).
- 34 W niniejszym przypadku sąd odsyłający wskazał we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, że oferenci musieli załączyć do oferty próbki elektronicznej wersji dokumentów z archiwum, które należało sporządzić według wskazań określonych w pkt 4.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oraz podać metodę i parametry cyfryzacji.
- 35 W okolicznościach sprawy głównej to wykonawcy Archus i Gama, występując jako oferent, zwrócili się do instytucji zamawiającej o wprowadzenie poprawki do ich oferty, w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, w celu zastąpienia nową próbką mikrofilmu próbki, którą załączyli do swojej oferty, a która nie była zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.
- 36 Tymczasem zgodnie z przytoczonym w pkt 29 niniejszego wyroku orzecznictwem wezwanie przez instytucję zamawiającą oferenta do przedstawienia wymaganych oświadczeń lub dokumentów nie może co do zasady mieć innego celu, niż wyjaśnienie oferty lub sprostowanie oczywistej omyłki w tej ofercie. Nie może więc ogólnie umożliwiać oferentowi dostarczenia oświadczeń i dokumentów, których przedstawienie było wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a których nie przedstawiono w terminie składania ofert. Nie może też, zgodnie z przytoczonym w pkt 31 niniejszego wyroku orzecznictwem, doprowadzić do przedstawienia przez oferenta dokumentów zawierających takie zmiany, które stanowiłyby w rzeczywistości nową ofertę.
- 37 W każdym razie mogące ciążyć na instytucji zamawiającej na podstawie prawa krajowego zobowiązanie do wezwania oferentów do dostarczenia wymaganych oświadczeń i dokumentów, których nie przedstawili oni w terminie składania ofert, lub do poprawienia tych oświadczeń i dokumentów w przypadku błędów można dopuścić wyłącznie jeżeli poczynione uzupełnienia lub poprawki pierwotnej oferty nie doprowadzą do jej istotnej zmiany. Z pkt 40 wyroku z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in. (C-599/10, EU:C:2012:191) wynika bowiem, że pierwotną ofertę można poprawić w celu usunięcia oczywistych omyłek tylko w wyjątkowych przypadkach i tylko jeżeli zmiana nie doprowadzi do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty.

- 38 Sąd odsyłający powinien ustalić, czy w okolicznościach sprawy głównej dokonana przez wykonawców Archus i Gama zamiana nadal mieściła się w granicach sprostowania oczywistej pomyłki w ich ofercie.
- 39 Odpowiedź na pytanie pierwsze powinna więc brzmieć tak, iż zasadę równego traktowania wykonawców zapisaną w art. 10 dyrektywy 2004/17 należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie temu, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca wezwała oferenta do dostarczenia oświadczeń lub dokumentów, których przedstawienia wymagała specyfikacja istotnych warunków zamówienia, a których nie dostarczono w terminie składania ofert. Artykuł ten nie stoi natomiast na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca wezwała oferenta do wyjaśnienia oferty lub sprostowania oczywistej omyłki w tej ofercie, pod warunkiem jednak, że takie wezwanie zostanie skierowane do wszystkich oferentów znajdujących się w tej samej sytuacji, że wszyscy oferenci będą traktowani równo i lojalnie i że tego wyjaśnienia lub sprostowania nie będzie można zrównać z przedstawieniem nowej oferty, co powinien sprawdzić sąd odsyłający.

W przedmiocie pytania drugiego

- 40 W pytaniu drugim sąd odsyłający zastanawia się w istocie, czy art. 10 dyrektywy 2004/17 należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie temu, by w okolicznościach takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym instytucja zamawiająca zatrzymała wniesione przez oferenta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wadium, jeżeli oferent albo nie dostarczy dokumentów poświadczających, że jego oferta jest zgodna z określonymi przez instytucję zamawiającą w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogami, ponieważ zmieniłyby one treść jego oferty, albo nie zgodzi się na poprawienie swojej oferty przez instytucję zamawiającą, co spowoduje, że jego oferta nie będzie mogła zostać wybrana.
- 41 W świetle utrwalonego orzecznictwa procedura przewidziana w art. 267 TFUE jest instrumentem współpracy pomiędzy Trybunałem i sądami krajowymi, dzięki któremu Trybunał dostarcza sądom krajowym elementów wykładni prawa wspólnotowego, które są niezbędne dla rozstrzygnięcia przedstawionych im sporów (zob. w szczególności wyroki: z dnia 12 czerwca 2003 r., Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333, pkt 30; z dnia 15 września 2011 r., Unió de Pagesos de Catalunya, C-197/10, EU:C:2011:590, pkt 16; a także z dnia 19 czerwca 2012 r., Chartered Institute of Patent Attorneys, C-307/10, EU:C:2012:361, pkt 31).
- 42 W ramach tej współpracy pytania dotyczące prawa Unii korzystają z domniemania posiadania znaczenia dla sprawy. Odrzucenie przez Trybunał wniosku sądu krajowego jest możliwe tylko wtedy, gdy jest oczywiste, że wykładnia prawa Unii, o którą wnioskowano, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem sporu przed sądem krajowym, gdy problem jest natury hipotetycznej bądź gdy Trybunał nie dysponuje elementami stanu faktycznego albo prawnego, które są konieczne do udzielenia użytecznej odpowiedzi na pytania, które zostały mu przedstawione (zob. w szczególności wyroki: z dnia 21 stycznia 2003 r., Bacardi-Martini i Cellier des Dauphins, C-318/00, EU:C:2003:41, pkt 43; z dnia 15 września 2011 r., Unió de Pagesos de Catalunya, C-197/10, EU:C:2011:590, pkt 17; a także z dnia 19 czerwca 2012 r., Chartered Institute of Patent Attorneys, C-307/10, EU:C:2012:361, pkt 32).
- 43 Powierzone Trybunałowi w ramach postępowania prejudycjalnego zadanie polega bowiem na tym, by przyczyniał się on do sprawowania wymiaru sprawiedliwości w państwach członkowskich, a nie by sporządzał opinie doradcze na temat ogólnych lub

hipotetycznych zagadnień (zob. w szczególności wyroki: z dnia 12 czerwca 2003 r., Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333, pkt 32; z dnia 15 września 2011 r., Unió de Pagesos de Catalunya, C-197/10, EU:C:2011:590, pkt 18).

- 44 Należy zaś stwierdzić, że jak wynika z postanowienia odsyłającego, okoliczności sprawy głównej oczywiście nie odpowiadają żadnej z dwóch sytuacji rozważanych przez sąd odsyłający w drugim pytaniu.
- 45 Spór w postępowaniu głównym dotyczy bowiem zasadniczo, jak to wynika z analizy pytania pierwszego, tego, czy instytucja zamawiająca może, nie naruszając zasady równego traktowania, o której mowa w art. 10 dyrektywy 2004/17, zezwolić, by oferent mógł po złożeniu oferty wymienić materiał, którego przedstawienie było wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli w tym przypadku próbkę mikrofilmu, jeżeli poprzednia próbka miała zostać dostarczona omyłkowo. Z postanowienia odsyłającego w żaden sposób nie wynika, aby wykonawcy Archus i Gama zaniechali dostarczenia wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumentów czy też odmówili zgody na dokonanie przez instytucję zamawiającą poprawki w ich ofercie. Należy więc stwierdzić, że podniesiony przez sąd odsyłający w pytaniu drugim problem jest natury hipotetycznej.
- 46 W tych okolicznościach drugie pytanie prejudycjalne sądu odsyłającego należy uznać za oczywiście niedopuszczalne.

W przedmiocie pytania trzeciego

- 47 W pytaniu trzecim sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13 należy interpretować w ten sposób, że pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu tego przepisu dotyczy danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub samego przedmiotu zamówienia, które ma zostać udzielone po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy przedstawiono tylko dwie oferty, a oferentowi, którego oferta została odrzucona, mógłby przysługiwać interes w uzyskaniu odrzucenia oferty drugiego oferenta, a w konsekwencji wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
- 48 Sąd odsyłający wskazał w tym względzie, że wykonawcy, który złożył ofertę w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie przysługuje, jeżeli jego oferta zostanie odrzucona, interes prawny do zaskarżenia decyzji o udzieleniu zamówienia. O ile więc oferentowi takiemu jak wykonawcy Archus i Gama przysługuje z pewnością interes w zakwestionowaniu decyzji o odrzuceniu jego oferty, ponieważ w takim przypadku zachowuje on szansę na uzyskanie zamówienia, o tyle nie przysługuje mu już natomiast jakikolwiek interes co do dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli jego oferta została ostatecznie odrzucona, przynajmniej w przypadku, gdy złożono i wybrano większą liczbę ofert.
- 49 W tym właśnie kontekście sąd odsyłający zastanawia się, czy pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13 dotyczy ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
- 50 Należy przypomnieć w tym względzie, że art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13 stanowi, iż państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

- 51 Trybunał udzielał już wykładni równoważnych przepisów art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady nr 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. 1989, L 395, s. 33) i orzekł, że w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferenci mają równoważny uzasadniony interes w wykluczeniu oferty pozostałych do celów uzyskania zamówienia (zob. podobnie wyroki: z dnia 4 lipca 2013 r., *Fastweb*, C-100/12, EU:C:2013:448, pkt 33; z dnia 5 kwietnia 2016 r., *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199, pkt 27; a także z dnia 21 grudnia 2016 r., *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* C-355/15, EU:C:2016:988, pkt 29), bez względu na liczbę uczestników postępowania i liczbę uczestników, którzy wnieśli odwołanie (zob. podobnie wyrok z dnia 5 kwietnia 2016 r., *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199, pkt 29).
- 52 Po pierwsze, wykluczenie jednego z oferentów może bowiem doprowadzić do tego, że inny oferent uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałyby nastąpić wykluczenie wszystkich oferentów i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z oferentów mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio uzyskać zamówienie (zob. wyrok z dnia 5 kwietnia 2016 r., *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199, pkt 27).
- 53 Zasada wypracowana w orzecznictwie w wyrokach z dnia 4 lipca 2013 r., *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), i z dnia 5 kwietnia 2016 r., *PFE* (C-689/13, EU:C:2016:199), znajduje zastosowanie w sytuacji rozpatrywanej w postępowaniu głównym.
- 54 W ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent zaskarżył bowiem do sądu odsyłającego te dwie decyzje. W swojej skardze odrzucony oferent wniósł o wykluczenie oferty wybranego wykonawcy ze względu na brak jej zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.
- 55 W takiej sytuacji należy uznać, że oferentowi, który wniósł skargę, przysługuje uzasadniony interes w wykluczeniu oferty wybranego wykonawcy, które może w odpowiednim razie doprowadzić do stwierdzenia, że instytucja zamawiająca nie jest w stanie dokonać wyboru prawidłowo złożonej oferty (zob. podobnie wyroki: z dnia 4 lipca 2013 r., *Fastweb*, C-100/12, EU:C:2013:448, pkt 33; a także z dnia 5 kwietnia 2016 r., *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199, pkt 24).
- 56 Wykładnię tę potwierdzają przepisy art. 2a ust. 1 i 2 dyrektywy 92/13, wyraźnie przewidujące prawo do wniesienia skargi przez oferentów, którzy nie są ostatecznie wykluczeni, w szczególności na podjęte przez instytucje zamawiające decyzje o udzieleniu zamówienia.
- 57 Wprawdzie Trybunał orzekł w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r., *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15, EU:C:2016:988, pkt 13–16, 31, 36), że oferentowi, którego oferta została wykluczona przez instytucję zamawiającą z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia, jednak decyzja o wykluczeniu wspomnianego oferenta została utrzymana w mocy orzeczeniem, które nabrało powagi rzeczy osądzonej, zanim sąd, do którego zaskarżono decyzję o udzieleniu zamówienia, wydał orzeczenie, w związku z czym oferenta tego należało uważać za ostatecznie wykluczonego z danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

- 58 Natomiast w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym wykonawcy Archus i Gama zaskarżyli decyzję o wykluczeniu ich oferty oraz decyzję o udzieleniu zamówienia, które zostały wydane jednocześnie, a więc nie można uznać, że zostali oni ostatecznie wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takiej sytuacji pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 93/13 może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
- 59 Z powyższego wynika, że dyrektywę 92/13 należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta, w związku z czym pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13 może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W przedmiocie kosztów

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

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

- 1) **Zasadę równego traktowania wykonawców zapisaną 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 należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie temu, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca wezwała oferenta do dostarczenia oświadczeń lub dokumentów, których przedstawienia wymagała specyfikacja istotnych warunków zamówienia, a których nie dostarczono w terminie składania ofert. Artykuł ten nie stoi natomiast na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca wezwała oferenta do wyjaśnienia oferty lub sprostowania oczywistej omyłki w tej ofercie, pod warunkiem jednak, że takie wezwanie zostanie skierowane do wszystkich oferentów znajdujących się w tej samej sytuacji, że wszyscy oferenci będą traktowani równo i lojalnie i że tego wyjaśnienia lub sprostowania nie będzie można zrównać z przedstawieniem nowej oferty, co powinien sprawdzić sąd odsyłający.**
- 2) **Dyrektywę Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującą przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, zmienioną dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje,**

odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta, w związku z czym pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13, zmienionej dyrektywą 2007/66, może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Vilaras

Safjan

Šváby

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 11 maja 2017 r.

Sekretarz

Prezes ósmej izby

A. Calot Escobar

M. Vilaras

* Język postępowania: polski.