

**orzeczenie z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17**  
***Saferoad Grawil et Saferoad Kabex***

POSTANOWIENIE TRYBUNAŁU (szósta izba)

z dnia 13 lipca 2017 r.(\*)

Odesłanie prejudycjalne – Artykuł 99 regulaminu postępowania przed Trybunałem – Zamówienia publiczne – Zasady udzielania zamówień – Równość traktowania oferentów – Termin związania ofertą i okres ważności wadium – Przedłużenie nieprzewidziane w wyraźny sposób – Wykluczenie z przetargu

W sprawie C-35/17

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Krajową Izbę Odwoławczą (Polska) postanowieniem z dnia 16 stycznia 2017 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 24 stycznia 2017 r., w postępowaniu:

**Saferoad Grawil sp. z o.o.,**

**Saferoad Kabex sp. z o.o.**

przeciwko

**Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu,**

przy udziale:

**Przedsiębiorstwa Budownictwa Drogowego S.A.,**

**Zakładu Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego (Zaberd) S.A.,**

TRYBUNAŁ (szósta izba),

w składzie: E. Regan, prezes izby, J.C. Bonichot i S. Rodin (sprawozdawca), sędziowie,

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: A. Calot Escobar,

postanowiwszy, po zapoznaniu się ze stanowiskiem rzecznika generalnego, orzec w formie postanowienia z uzasadnieniem, zgodnie z art. 99 regulaminu postępowania przed Trybunałem,

wydaje następujące

**Postanowienie**

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 2 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 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 7, s. 132).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o., działającymi wspólnie jako jeden oferent (zwanymi dalej łącznie „Saferoadem”) a Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu (zwaną dalej „instytucją zamawiającą”), popieraną przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. i Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego (Zaberd) S.A., w przedmiocie decyzji instytucji zamawiającej o udzieleniu zamówienia publicznego Zaberdowi.

## **Ramy prawne**

### *Prawo Unii*

- 3 Artykuł 2 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Zasady udzielania zamówień”, stanowi, że instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Treść tego przepisu jest zbieżna z treścią 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 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 7, s. 19).

### *Prawo polskie*

- 4 Artykuł 2 dyrektywy 2004/18 i art. 10 dyrektywy 2004/17 implementuje w prawie polskim art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2004 r., nr 19, poz. 177). Zgodnie z tym przepisem, w brzmieniu mającym zastosowanie do sporu rozpatrywanego w postępowaniu głównym, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.
- 5 W kwestii przedłużenia terminu związania ofertą art. 85 ust. 1 Prawa zamówień publicznych stanowi, że wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak termin ten nie może przekroczyć, w zależności od wartości zamówienia, 30, 60 lub 90 dni. Zgodnie z przepisami ust. 2 tego artykułu wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może się o to zwrócić tylko raz, na okres nie dłuższy niż 60 dni. Stosownie do ust. 4 rzeczonego artykułu przedłużenie tego terminu jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium.
- 6 Artykuł 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych wymienia sytuacje, w których wyklucza się wykonawcę. Należy do nich sytuacja, w której wykonawca nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą na wniosek zamawiającego. Natomiast, jak wynika z postanowienia odsyłającego, skutku takiego nie przewiduje ani przytoczony art. 24, ani inne artykuły, w odniesieniu do braku przedłużenia terminu związania ofertą w innych wypadkach, czyli nie na wniosek zamawiającego.
- 7 W kwestii wadium art. 45 Prawa zamówień publicznych stanowi, że zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub

przekracza kwoty określone w ustawie. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.

- 8 Artykuł 46 ust. 1 Prawa zamówień publicznych stanowi, że po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana.
- 9 Artykuł 184 Prawa zamówień publicznych zobowiązuje wykonawcę, którego ofertę wybrano, do przedłużenia okresu ważności wadium na okres postępowania w sprawie odwołania.

### **Postępowanie główne i pytania prejudycjalne**

- 10 Instytucja zamawiająca udzieliła rozpatrywanego zamówienia publicznego Zaberdowi. Saferoad, jako oferent, zakwestionował udzielenie tego zamówienia.
- 11 Przedmiotem rozpatrywanego zamówienia była usługa utrzymania drogi ekspresowej wokół Poznania (Polska). Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu, opublikowanym w 2015 r., wartość zamówienia przekraczała próg określony w art. 7 dyrektywy 2004/18. Zgodnie z tym ogłoszeniem minimalny termin związania wykonawców ofertą wynosił 90 dni od dnia upływu terminu do składania ofert. Ponadto w celu wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawcy byli zobowiązani do wniesienia wadium.
- 12 W odpowiedzi na ogłoszenie oferty złożyło ośmiu wykonawców, w tym Saferoad i Zaberd. W trakcie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia instytucja zamawiająca zwróciła się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertami na okres 60 dni. Jeden z wykonawców, który nie zastosował się do tego wezwania, został wykluczony z przetargu. Pozostali przedłużyli związanie ofertą na żądany okres. Okres ten upłynął, jednak postępowanie nie dobiegło końca. Mimo to większość wykonawców, w tym Zaberd, sukcesywnie samodzielnie przedłużała terminy związania ofertą, a także ważności wadium, do czasu podjęcia decyzji przez instytucję zamawiającą. Ostatecznie zamówienie zostało udzielone Zaberdowi.
- 13 W tej sytuacji Saferoad odwołał się od decyzji o udzieleniu zamówienia. Podniósł w szczególności, że wykonawcy, którzy nie przedłużali z własnej inicjatywy, po upływie dodatkowych 60 dni, terminu związania ofertą, również powinni być zostać wykluczeni z przetargu. W takim wypadku, zgodnie z określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu zasadami ważenia kryteriów zamówienie to powinno zostać udzielone Saferoadowi.
- 14 W tych okolicznościach Krajowa Izba Odwoławcza (Polska) postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
  - „1) Czy art. 2 dyrektywy 2004/18, przy zastosowaniu również zasady proporcjonalności, należy interpretować w ten sposób, że:
    - a) przepis ten zezwala na wykluczenie wykonawcy z postępowania lub odrzucenie jego oferty z powodu upływu terminu związania ofertą, w przypadku gdy sankcja taka nie wynika wprost i bezpośrednio z przepisów prawa ani warunków udzielenia zamówienia opisanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wykonawca jest zainteresowany zawarciem umowy,

- b) pomimo niedokonania oficjalnej czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty, o której mowa w [lit. a)], przepis ten zezwala na uznanie, że oferta wykonawcy wygasła z powodu upływu terminu związania ofertą i tym samym przestała istnieć w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zatem nie można zawrzeć z nim umowy (istnieje zakaz zawarcia umowy), choć wykonawca jest takim zawarciem umowy zainteresowany, gdy uznanie wygaśnięcia oferty i zakaz zawarcia umowy nie wynika wprost i bezpośrednio z przepisów prawa ani warunków udzielenia zamówienia opisanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia?
- 2) Czy art. 2 dyrektywy 2004/18, z zastosowaniem również zasady proporcjonalności, należy interpretować w ten sposób, że zezwala on na żądanie przez zamawiających utrzymania przez wykonawców ważności wniesionego wadium zabezpieczającego ofertę, bez możliwości przerwy, aż do chwili zawarcia umowy, bez określenia w przepisach, ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia maksymalnego, racjonalnego okresu, w którym wykonawcy zobowiązani są do utrzymania ważności wniesionego wadium?”.

### **W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

- 15 Zgodnie z art. 99 regulaminu postępowania, jeżeli pytanie skierowane w trybie prejudycjalnym jest identyczne z pytaniem, w którego przedmiocie Trybunał już orzekał, jeżeli odpowiedź na pytanie prejudycjalne można wywieść w sposób jednoznaczny z orzecznictwa lub jeżeli odpowiedź na pytanie prejudycjalne nie pozostawia żadnych uzasadnionych wątpliwości, Trybunał może w każdej chwili, na wniosek sędziego sprawozdawcy i po zapoznaniu się ze stanowiskiem rzecznika generalnego, orzec w formie postanowienia z uzasadnieniem.
- 16 Odpowiedź na pytania przedstawione przez sąd odsyłający można wywieść w sposób jednoznaczny z orzecznictwa Trybunału, w szczególności z jego wyroku z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404), należy więc zastosować przytoczony powyżej przepis proceduralny.
- 17 W obu pytaniach, które należy rozpatrywać łącznie, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, po pierwsze, czy art. 2 dyrektywy 2004/18, zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości dopuszczają wykluczenie wykonawcy, odrzucenie jego oferty lub uznanie jej za nieważną, w wypadku wykonawcy, który nie przedłużył okresu związania ofertą, jeżeli takie skutki nie zostały przewidziane w dokumentacji przetargowej, a po drugie, czy instytucja zamawiająca może w takich okolicznościach wymagać od wykonawców utrzymania ważności wadium ustanowionego jako zabezpieczenie oferty, bez możliwości przerwy, do dnia zawarcia umowy.
- 18 W tym względzie należy po pierwsze przypomnieć, że zasada równego traktowania wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Po drugie, obowiązek przejrzystości, który wprost wynika z rzeczonyj zasady, ma na celu wyeliminowanie ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po wtóre, by umożliwić instytucji

zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (zob. podobnie wyroki: z dnia 6 listopada 2014 r., *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 2 czerwca 2016 r., *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 36).

- 19 Trybunał orzekł również, że zasady przejrzystości i równego traktowania obowiązujące we wszystkich przetargach publicznych wymagają tego, by warunki materialne i formalne dotyczące udziału w przetargu były jasno z góry określone i podane do publicznej wiadomości, zwłaszcza w zakresie obowiązków ciążących na oferentach, tak aby mogli oni dokładnie zapoznać się z wymogami przetargu oraz mieć pewność, że takie same wymogi obowiązują wszystkich konkurentów (zob. podobnie wyroki: z dnia 9 lutego 2006 r., *La Cascina i in.*, C-226/04 i C-228/04, EU:C:2006:94, pkt 32; a także z dnia 2 czerwca 2016 r., *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 37).
- 20 Ponadto dyrektywa 2004/18 stanowi, w pkt 17 załącznika VII A, dotyczącego informacji, które należy zamieścić w ogłoszeniach o zamówieniach publicznych, w części dotyczącej „[o]głoszeń o zamówieniach”, że „[k]ryteria kwalifikacji dotyczące podmiotowej sytuacji wykonawców, które mogą doprowadzić do ich wykluczenia” z danego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, powinny być określone w ogłoszeniu o zamówieniu (wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 38).
- 21 Tym samym, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, na mocy art. 2 dyrektywy 2004/18, instytucja zamawiająca powinna ściśle przestrzegać kryteriów, które sama ustaliła (wyroki: z dnia 10 października 2013 r., *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 40; z dnia 6 listopada 2014 r., *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 42; a także z dnia 2 czerwca 2016 r., *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 39).
- 22 Ponadto warunek dotyczący upływu terminu związania ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wynikający z wykładni w orzecznictwie prawa krajowego oraz z praktyki jednego z organów jest szczególnie niekorzystny dla oferentów mających siedzibę w innych państwach członkowskich, gdyż ich poziom znajomości prawa krajowego i jego wykładni, a także praktyki organów krajowych, nie może być porównywany z poziomem oferentów krajowych (zob. podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 46).
- 23 Z postanowienia odsyłającego wynika, że w postępowaniu głównym wykluczenie wykonawcy z postępowania ze względu na upływ terminu związania ofertą nie jest wyraźnie przewidziane we właściwej ustawie ani w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji warunków zamówienia.
- 24 Jak podkreśla sąd odsyłający, mimo występujących od wielu lat sporów dotyczących Prawa zamówień publicznych, a w szczególności kwestii upływu terminu związania ofertą, polskie orzecznictwo wypracowało dwie równoległe linie rozumowania, co spowodowało brak pewności prawnej zarówno dla wykonawców, jak i instytucji zamawiających.
- 25 W tym względzie Trybunał orzekł już, że zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących

w tej dokumentacji luk (zob. podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 51).

- 26 Zasady te tym bardziej stoją na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdy z powodu rozbieżnych stanowisk w orzecznictwie krajowym warunek, którego przestrzeganie jest wymagane, nie wynika nawet z wykładni właściwych uregulowań dokonywanej przez właściwe sądy.
- 27 W świetle powyższego odpowiedź na przedstawione pytania powinna brzmieć następująco: art. 2 dyrektywy 2004/18, zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej.

### **W przedmiocie kosztów**

- 28 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach.

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

**Artykuł 2 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 oraz zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej.**

Sporządzono w Luksemburgu w dniu 13 lipca 2017 r.

Sekretarz

Prezes szóstej izby

A. Calot Escobar

E. Regan

---

\* Język postępowania: polski.