

СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ
 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
 SODNÍ DVŮR EVROPSKÉ UNIE
 DEN EUROPÆISKE UNIONES DOMSTOL
 GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN UNION
 EUROOPA LIIDU KOHUS
 ΣΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΗΝΘΣΗΣ
 COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION
 COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE
 CŪRT BHREITHŪNAIS AN AONTAIS EORPAIGH
 SUD EUROPSKE UNIE
 CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA



EIROPAS SAVIENĪBAS TIESA
 EUROPOS SĄJUNGOS TEISINGUMO TEISMAS
 AZ EURÓPAI UNIÓ BÍRÓSÁGA
 IL-QORTI TAL-ĠUSTIZZJA TAL-UNJONI EWROPEA
 HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE
 TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI UNI EUROPEJSKIEJ
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA
 CURTEA DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE
 SŪDNY DVOR EURÓPSKEJ ÚNIE
 SODIŠČE EVROPSKE UNIJE
 EUROOPAN UNIONIN TUOMIOISTUIN
 EUROPEISKA UNIONENS DOMSTOL

-1054982-

POSTANOWIENIE TRYBUNAŁU (szósta izba)
 z dnia 13 lipca 2017 r.*

KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA
 Dok - K10
 24. 07. 2017
 12678/17
 WPLYNEŁO

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,

* Język postępowania: polski.

PL

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

Za zgodność z oryginałem,

Luksemburg, dnia

13. 07. 2017

Sekretarz,
z upoważnienia

Klaus Malacek
administrator