

Omówienie wyroku TSUE z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie Archus et Gama (C-131/16)



Piotr Żlik

Radca Prawny, Kancelaria Sadkowski i Wspólnicy.

W dniu 11 maja 2017 r. został ogłoszony wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) w sprawie Archus et Gama (C-131/16). Przedmiotowy wyrok zapadł w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) sformułowane w postanowieniu KIO z dnia 19 lutego 2016 r. (sygn. KIO 2691/15).

Pytanie prejudycjalne KIO

Przypomnijmy, że KIO postanowieniem z dnia 19 lutego 2016 r. (sygn. KIO 2691/15) zwróciła się do TSUE z pytaniem prejudycjalnym w celu ustalenia, czy 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 (Dyrektywa) 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 „oświad-

czeń lub dokumentów” potwierdzających spełnienie 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?

Pytanie prejudycjalne KIO zostało sformułowane po wniesieniu odwołania od czynności

zamawiającego, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w oparciu o przepisy ustawy Pzp. Przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez zamawiającego, obejmował świadczenie usług cyfryzacji, obejmujących zeskanowanie dokumentacji papierowej, obróbkę cyfrową zeskanowanych materiałów i zapis materiału na trwałe, powszechnie używanych nośnikach danych, w zadanych formatach numerycznych oraz w postaci mikrofilmu.

Zamawiający, zgodnie z treścią SIWZ, wymagał od wykonawców przedłożenia wraz z ofertą dwóch rodzajów materiałów, mianowicie: zapisanej na trwałym nośniku ze-

W świetle takiego stanowiska TSUE, wezwanie do przedłożenia brakujących dokumentów lub oświadczeń, bądź też wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń zawierających błędy, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, będzie dopuszczalne wyłącznie, gdy takie uzupełnienie będzie dotyczyło oczywistych omyłek lub nieistotnych niezgodności i gdy takie uzupełnienie nie doprowadzi do istotnej zmiany treści oferty.

skanowanej odbitki dokumentu przygotowanego przez zamawiającego (poddanej edycji w sposób szczegółowo opisany w SIWZ) oraz próbki mikrofilmu zawierającego naświetlony wynik pracy przedstawionej do oceny w kryterium jakości (we wskazanych przez zamawiającego formatach). W myśl zapisów SIWZ w przypadku, gdyby badania próbki nie potwierdziły spełnienia wymagań zamawiającego, wówczas oferta wykonawcy miała podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Stan faktyczny

W ramach tegoż postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia,

po upływie terminu składania ofert, działając bez wezwania zamawiającego (o jakim mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), samodzielnie uzupełnili próbkę, wskazując, że pierwotnie złożony egzemplarz próbki zostało dołączony do oferty omyłkowo (konsorcjanci wskazywali na niezamierzony błąd polegający na załączeniu do oferty innej, gorszej jakości, próbki o czym konsorcjanci powzięli wiedzę po analizie dokumentów ofertowych udostępnionych przez zamawiającego). Mimo to zamawiający uznał takie samodzielne uzupełnienie próbki i przeprowadził badanie tejże próbki. Co ciekawe, konsorcjanci samodzielnie uzupełniając próbkę, powołali się na dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, lecz zamawiający uznał, że przepis

ten nie znajduje zastosowania w tymże stanie faktycznym, a zastosować należało art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Ponadto, zamawiający z ostrożności przeprowadził też badanie pierwszej próbki mikrofilmu, która w ocenie konsorcjantów została przedłożona omyłkowo. W wyniku przeprowadzonych badań obydwu próbek, zamawiający odrzucił ofertę konsorcjantów stwierdzając, że jest ona niezgodna z treścią SIWZ (rezultat badań obydwu próbek mikrofilmu nie potwierdził spełnienia wymagań zamawiającego określonych w SIWZ).

Konsorcjanci wnieśli odwołanie do KIO od czynności odrzucenia ich oferty oraz od czyn-



ności wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy, biorącego udział w tymże postępowaniu. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Przystępujący podniósł m.in., że zmiana oferty jest dopuszczalna wyłącznie przed upływem terminu składania ofert, a niezależnie od powyższego, ewentualne uzupełnienie próbki mogło się odbyć wyłącznie za uprzednim wezwaniem wystosowanym przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. KIO zwróciła też uwagę, że zamawiający w trakcie rozprawy przed KIO przyznał, iż miał i dalej ma wątpliwości co do dopuszczalności uzupełnienia próbki w sposób zastosowany przez wykonawcę.

Wątpliwości KIO

Na gruncie tegoż stanu faktycznego, KIO powzięła wątpliwości dotyczące przede wszystkim tego, czy zamawiający może wezwać wykonawcę do uzupełnienia wymaganej w treści SIWZ próbki w sytuacji, gdy takie uzupełnienie może doprowadzić do zmiany treści oferty tegoż wykonawcy. Przede wszystkim chodziło o ustalenie, czy zasada równego traktowania wykonawców stanowi przeszkodę do wezwania wykonawcy do uzupełnienia wymaganych w treści SIWZ próbek w sytuacji, gdy tenże wykonawca nie przedłożył, w terminie składania ofert, tychże próbek, bądź też gdy przedłożone próbki dotknięte były błędami. Ponadto czy zastosowanie tejże zasady w praktyce powoduje, że zamawiający jest zobowiązany wskazać wykonawcy, że uzupełnienie próbek, nie może prowadzić do zmiany treści oferty tegoż wykonawcy.

Pytanie KIO

Wobec tak zaistniałych wątpliwości KIO zawiesiła postępowanie odwoławcze, a następnie wystąpiła do TSUE z następującym pytaniem prejudycjalnymi (pierwsze pytanie z trzech złożonych), mianowicie:

„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?”

Stanowisko TSUE dotyczące pierwszego pytania prejudycjalnego

Odnosząc się do pierwszego pytania sformułowanego przez KIO, TSUE wskazała, że celem zasady równego traktowania wykonawców, jest wspieranie rozwoju zdrowej

i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami ubiegającymi się o zamówienie publiczne. Zastosowania tejże zasady w praktyce, polega w szczególności na zapewnieniu wszystkim wykonawcom równych szans w zakresie formułowania treści ofert, a co za tym idzie na zapewnieniu, aby oferty wszystkich wykonawców podlegały tym samym warunkom. Dlatego też zasada równego traktowania stanowi przeszkodę dla ewentualnego negocjowania treści oferty pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, w związku z czym, co do zasady, oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy zamawiającego, ani z inicjatywy wykonawcy.

Jednocześnie TSUE wskazał, że nie dochodzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców wyłącznie wówczas, gdy poprawienie lub uzupełnienie szczegółów oferty, dotyczących jedynie niewielkiego wyjaśnienia lub też sprostowania oczywistych omyłek.

W związku z powyższym, TSUE sformułował kilka warunków, których przestrzeganie ma zapewnić, że nie dojdzie do zmiany treści oferty, mianowicie:

1. żądanie wyjaśnienia oferty, może nastąpić dopiero po zapoznaniu się przez zamawiającego ze wszystkimi ofertami i powinno zostać skierowane w równoważny sposób do wszystkich wykonawców, znajdujących się w takiej samej sytuacji, a także powinno dotyczyć wszystkich wymagających wyjaśnienia punktów oferty,
2. żądanie wyjaśnienia oferty nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez wykonawcę nowej oferty,
3. żądanie wyjaśnień nie może zostać uznane, po zakończeniu procedury wyboru oferty najkorzystniejszej i w świetle jej wyniku, za nieuzasadnione bardziej lub mniej korzystne traktowanie wykonawcy lub wykonawców, do których takie żądanie skierowano,
4. **żądanie wyjaśnień nie może rekompensować braku dokumentu lub informacji, których przekazanie było wymagane w dokumentacji przetargowej, gdyż zamawiający musi ściśle przestrzegać**

ustanowionych przez siebie kryteriów. Zamawiający nie może zatem umożliwić wykonawcy przedłożenia dokumentów lub oświadczeń, których przedstawienie było wymagane w treści SIWZ, a których wykonawca nie przedłożył w terminie składania ofert. Ponadto zamawiający nie może też umożliwić wykonawcy przedłożenia dokumentów lub oświadczeń zawierających takie zmiany, które stanowiłyby w rzeczywistości nową ofertę.

W związku z poczynionymi ustaleniami oraz w odpowiedzi na pierwsze pytanie prejudycjalne TSUE wskazał, że KIO powinna ustalić, czy w okolicznościach sprawy głównej dokonana przez konsorcjantów zamiana próbki nadal mieściła się w granicach sprostowania oczywistej pomyłki w ich ofercie.

Z powyższych względów TSUE, w zakresie pierwszego pytania prejudycjalnego, orzekła, że:

„Zasadę równego traktowania wykonawców zapisana 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 przedstawienie 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.”

Komentarz

Z analizy konkluzji przedstawionych przez TSUE w omawianym wyroku można wy-

wieźć wniossek, że ewentualnie uzupełnienie dokumentów lub oświadczeń opisanych w art. 25 ust. 1 Ustawy, w zakresie w jakim odnoszą się one do przedmiotu oferty (czyli dokumenty lub oświadczenia potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego), które nie zostały złożone albo które zostały złożone, ale są wadliwe, należy traktować jako integralną część treści oferty, a co za tym idzie w takim przypadku zamawiający nie można wezwać wykonawcy do uzupełnienia tychże brakujących lub wadliwych dokumentów czy oświadczeń (w tym próbek). W takim bowiem przypadku dopuszczalne jest tylko i wyłącznie wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących tychże dokumentów lub oświadczeń, względnie usunięcie ewentualnych omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Pamiętać jednak należy, że na gruncie stanu faktycznego, na podstawie którego KIO sformułowała interesujące nas pytanie prejudycjalne, treść SIWZ jednoznacznie wskazywała, że w przypadku, gdyby badania próbki nie potwierdziłyby spełnienia wymagań zamawiającego, wówczas oferta wykonawcy miała podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zatem wyniki badań próbki miały stanowić wprost o zgodności treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ. Rola próbki w tymże postępowaniu nie polegała zatem wyłącznie na potwierdzeniu, że oferowane usługi spełniają minimalne wymagania zamawiającego określone w SIWZ (tj. zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

W myśl bowiem dotychczasowego orzecznictwa KIO, próbka jest przedkładana wyłącznie na potrzeby potwierdzenia spełnienia przez przedmiot oferty minimalnych wymagań określonych w treści SIWZ przez zamawiającego, wówczas dopuszczalnym jest uzupełnienie próbki zawierającej błędy. Natomiast w przypadku, gdy próbka jest przedkładana w celu jej zbadania w ramach pozacenenowego kryterium oceny ofert, wówczas próbka jest traktowana jako treść oferty, a co za tym idzie jakiegokolwiek błędy próbki będą świadczyły o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Należy zatem zadać pytanie, czy tenże wyrok TSUE znajdzie zastosowanie wyłącznie

do postępowań w których, zgodnie z treścią danej SIWZ, próbka wprost jest traktowana jako treść oferty (czy też, gdy próbka jest poddawana ocenie w ramach przyjętego pozacenenowego kryterium oceny ofert)?

Czy też omawiany wyrok TSUE należy stosować również w tych postępowaniach, gdzie próbka jest przedkładana wyłącznie na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy, usługi czy roboty budowlane minimalnych wymagań określonych przez zamawiającego?

W świetle stanowiska TSUE, wynikającego z omawianego wyroku, prawo krajowe może zobowiązywać zamawiającego do wezwania wykonawcy do dostarczenia wymaganych w treści SIWZ dokumentów lub oświadczeń, których tenże wykonawca nie przedłożył w terminie składania ofert, lub do poprawienia dokumentów lub oświadczeń, które co prawda zostały złożone w terminie składania ofert, ale obarczone są błędami, wyłącznie w wyjątkowych przypadkach, tj. **wyłącznie gdy poczynione uzupełnienia lub poprawienia tychże dokumentów lub oświadczeń w istocie dotyczą usunięcia oczywistych omyłek i wyłącznie gdy nie doprowadzą do istotnej zmiany pierwotnej treści oferty.**

Wydaje się zatem, że w świetle takiego stanowiska TSUE, wezwanie do przedłożenia brakujących dokumentów lub oświadczeń, bądź też wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń zawierających błędy, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, będzie dopuszczalne wyłącznie, gdy takie uzupełnienie będzie dotyczyło oczywistych omyłek lub nieistotnych niezgodności i gdy takie uzupełnienie nie doprowadzi do istotnej zmiany treści oferty. Przyjęcie jednakże takiego stanowiska, będzie stało w sprzeczności z dotychczasową praktyką stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, z której wynika, że o ile w treści SIWZ wprost nie zastrzeżono, że dokumenty o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowią integralną część treści oferty, wówczas takie dokumenty lub oświadczenia (w tym próbki) podlegają uzupełnieniu (zarówno w przypadku ich nieprzedłożenia wraz z ofertą w terminie składania ofert, jak również w przypadku, gdy zostały przedłożone ale zawierają błędy). ■