



## Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (dziesiąta izba)

z dnia 10 października 2013 r.\*

Odesłanie prejudycjalne — Zamówienia publiczne — Dyrektywa 2004/18/WE — Zasada równego traktowania — Procedura ograniczona — Ogłoszenie o zamówieniu — Wymaganie załączenia do zgłoszenia ostatniego opublikowanego sprawozdania finansowego — Brak owego sprawozdania w zgłoszeniach niektórych kandydatów — Prawo instytucji zamawiającej do wezwania tych kandydatów do przedstawienia sprawozdania po upływie terminu zgłoszenia

W sprawie C-336/12

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Østre Landsret (Dania) postanowieniem z dnia 4 lipca 2012 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 16 lipca 2012 r., w postępowaniu:

**Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser**

przeciwko

**Manova A/S,**

TRYBUNAŁ (dziesiąta izba),

w składzie: E. Juhász, prezes dziesiątej izby, pełniący obowiązki prezesa izby, A. Rosas i D. Šváby (sprawozdawca), sędziowie,

rzecznik generalny: Y. Bot,

sekretarz: M. Aleksejev, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 6 czerwca 2013 r., rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Manova A/S przez J. Munka Pluma, advokat,
- w imieniu rządu duńskiego przez V. Pasternak Jørgensen, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez R. Holdgaard, advokat,
- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez S. Fiorentina, avvocato dello Stato,
- w imieniu rządu niderlandzkiego przez B. Koopman i C. Wissels, działające w charakterze pełnomocników,

\* Język postępowania: duński.

— w imieniu Komisji Europejskiej przez U. Nielsena i 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 zasady równego traktowania.
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu między Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser (duńskim ministerstwem nauki, innowacji i szkolnictwa wyższego) a Manova A/S (zwaną dalej „spółką Manova”) w przedmiocie prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego przez Undervisningsministeriet (duńskie ministerstwo edukacji, zwane dalej „ministerstwem”).

### Ramy prawne

#### *Prawo Unii Europejskiej*

- 3 Zgodnie z motywem 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114):

„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 WE], 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 [...]”.

- 4 Artykuł 2 tej dyrektywy, który dotyczy zasad udzielania zamówień, stanowi:

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

- 5 Zgodnie z art. 21 dyrektywy zamówienia na usługi wymienione w załączniku II B do dyrektywy podlegają jedynie przepisom art. 23, dotyczącego specyfikacji technicznych, oraz art. 35 ust. 4, dotyczącego ogłoszenia o wynikach procedury udzielania zamówienia. Kategoria nr 24 wymieniona we wspomnianym załączniku obejmuje usługi edukacyjne i szkoleniowe.
- 6 Zgodnie z art. 51 dyrektywy 2004/18 „[i]nstytucje zamawiające mogą wezwać wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art. 45–50 lub o ich wyjaśnienie”.

*Prawo duńskie*

- 7 Dyrektywa 2004/18 została transponowana do prawa duńskiego w drodze rozporządzenia nr 937 z dnia 16 września 2004 r. (zwanego dalej „rozporządzeniem nr 937/2004”), które obowiązywało w czasie, gdy prowadzone było sporne w sprawie głównej postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 1 ust. 1 rozporządzenia nr 937/2004 instytucja zamawiająca powinna działać zgodnie z przepisami dyrektywy, której brzmienie zostało powtórzone w załączniku.
- 8 Tytuł II lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentlig støttede kontrakter (ustawy o ogłoszeniach o niektórych zamówieniach publicznych lub finansowanych ze środków publicznych), ogłoszonej zarządzeniem nr 1410 z dnia 7 grudnia 2007 r., dotyczy zamówień na dostawy i usługi. Zgodnie z art. 15a ust. 1 tej ustawy tytuł ten znajduje zastosowanie do zamówień na usługi objęte załącznikiem II B do dyrektywy 2004/18, których wartość przekracza 500 000 DKK, w tym zamówienia sporne w sprawie głównej.
- 9 Zgodnie z art. 15d ust. 1 omawianej ustawy instytucja zamawiająca zapewnia, by w postępowaniu przetargowym i przy udzielaniu zamówienia „[...] wybór wykonawcy dokonywany [był] w oparciu o obiektywne, uzasadnione i niedyskryminacyjne kryteria, a oferenci nie [byli] traktowani w sposób różnicowany”.

**Postępowanie główne i pytanie prejudycjalne**

- 10 Ogłoszeniem z dnia 12 września 2008 r. ministerstwo wszczęło postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi prowadzenia siedmiu ośrodków doradztwa zawodowego (zwanym dalej „ośrodkami doradztwa”) od dnia 1 sierpnia 2009 r. Wartość zamówienia przekraczała określony w art. 7 dyrektywy 2004/18 próg jej zastosowania.
- 11 Wskazane usługi, polegające przede wszystkim na wsparciu osób chcących kontynuować kształcenie w wyborze studiów wyższych i zawodu, należą do kategorii nr 24 według załącznika II B do dyrektywy 2004/18.
- 12 Ministerstwo uznało, że sporne w sprawie głównej zamówienie dotyczy złożonych usług, w związku z czym w postępowaniu przewidziano etap preselekcji.
- 13 W ogłoszeniu o zamówieniu rubryka „Kryteria wyboru jakościowego” została sformułowana następująco:

„Oferta zostanie poddana ocenie, pod warunkiem wykazania przez oferenta możliwości technicznych i finansowych poprzez podanie następujących informacji oraz po spełnieniu następujących wymagań:

[...]

- 2) Przedstawienie ostatniego sprawozdania finansowego, jeżeli oferent ma obowiązek sporządzania takich sprawozdań.
- 3) Wykaz referencji [...].
- 4) Informacje w sprawie kwalifikacji zawodowych i technicznych oferenta [...].

Jeżeli [do ministerstwa] wpłynie dla każdej z siedmiu części zamówienia więcej niż trzy kandydatury spełniające całość wyżej wymienionych warunków, wybór kandydatów zaproszonych do złożenia ofert i udziału w procedurze negocjacyjnej dokonany zostanie spośród tych kandydatów, którzy wykazali doświadczenie najlepiej odpowiadające przedmiotowi niniejszego zamówienia. Referencje (3) są więc bardziej istotne od informacji na temat kwalifikacji zawodowych i technicznych (4)”.

- 14 Do upływu terminu na składanie kandydatur, co nastąpiło w dniu 14 października 2008 r., dziesięć przedsiębiorstw i instytucji złożyło zgłoszenie preselekcyjne, w tym Syddansk Universitet (Uniwersytet Południowej Danii, zwany dalej „SDU”), Københavns Universitet (Uniwersytet Kopenhaski, zwany dalej „KU”) oraz spółka Manova.
- 15 Zgłoszenia złożone przez SDU i KU nie zawierały ich sprawozdań finansowych. KU odsyłał w tej kwestii do swojej strony internetowej.
- 16 W dniu 29 października 2008 r. ministerstwo wezwało pocztą elektroniczną oba te uniwersytety do przedstawienia sprawozdań finansowych, co KU uczynił tego samego dnia, a SDU dnia następnego.
- 17 W dniu 4 listopada 2008 r. wybrano wstępnie dziewięciu kandydatów, w tym spółkę Manova, SDU i KU – dla każdego z ośrodków doradztwa trzech kandydaci zostali zaproszeni do złożenia ofert. W przypadku dwóch z tych ośrodków spółka Manova znalazła się w konkurencji z SDU lub KU.
- 18 W dniu 1 maja 2009 r., po dokonaniu oceny ofert odnoszących się do tych dwóch ośrodków doradztwa, ministerstwo uznało oferty odpowiednio SDU i KU za korzystniejsze finansowo od ofert spółki Manova, która jako jedyny inny kandydat złożyła ostatecznie oferty dotyczące tych dwóch ośrodków. W związku z tym ministerstwo podpisało z oboma uniwersytetami umowy, które nadal obowiązują.
- 19 Spółka Manova wniosła odwołanie od decyzji o udzieleniu zamówień obu uniwersytetom do Klagenævnet for Udbud (komisji odwoławczej do spraw zamówień publicznych). Komisja ta uznała w decyzji z dnia 10 marca 2010 r., że ministerstwo naruszyło zasadę równego traktowania, nie odrzucając kandydatur SDU i KU z powodu braku przedstawienia ostatnich sprawozdań finansowych wraz ze zgłoszeniem, i stwierdziła nieważność zawartych z nimi umów.
- 20 W dniu 29 kwietnia 2010 r. ministerstwo wniosło skargę na tę decyzję. Sprawa została odesłana do Østre Landsret.
- 21 Sąd ten wskazuje, że zgodnie z utrwaloną praktyką orzeczniczą Klagenævnet for Udbud art. 51 dyrektywy 2004/18 i generalnie zasada równego traktowania stoją na przeszkodzie wzywaniu kandydatów przez instytucję zamawiającą do uzupełnienia informacji wymaganych jako warunek rozpatrzenia kandydatury lub oferty, których kandydaci ci nie podali.
- 22 Sąd odsyłający informuje również, że rozporządzenie nr 712 z dnia 15 czerwca 2011 r., które zastąpiło z dniem 1 lipca 2011 r. rozporządzenie nr 937/2004, zawiera art. 12, pozwalający co do zasady instytucji zamawiającej, do której wpłynęła oferta lub zgłoszenie niezgodne z wymaganiami formalnymi określonymi w dokumentach dotyczących zamówienia, na przykład z powodu brakujących informacji lub dokumentów, nie odrzucać takiej oferty lub zgłoszenia, pod warunkiem poszanowania zasady równego traktowania.
- 23 Zdaniem tego sądu istnieją wątpliwości co do tego, jak powinna postąpić instytucja zamawiająca w wypadku niezłączenia do zgłoszenia dokumentów uznawanych przez nią za „historyczne” oraz w kwestii skutków zasady równego traktowania w takiej sytuacji.

- 24 W tych okolicznościach Østre Landsret postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy chroniona w prawie Unii Europejskiej zasada równego traktowania oznacza, że po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca nie może wezwać do przedstawienia wymaganego w ogłoszeniu o zamówieniu ostatniego sprawozdania finansowego, w sytuacji gdy kandydat nie załączył takiego dokumentu do swojego zgłoszenia?”.

### **W przedmiocie pytania prejudycjalnego**

- 25 Występując z pytaniem prejudycjalnym, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy zasadę równego traktowania należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie wezwaniu kandydata przez instytucję zamawiającą, po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do przedstawienia dokumentów opisujących sytuację kandydata, na przykład sprawozdań finansowych, których przedstawienie było wymagane zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu, lecz które nie zostały załączone do zgłoszenia złożonego przez kandydata.
- 26 Na wstępie należy przypomnieć, że jakkolwiek zgodnie z art. 21 dyrektywy 2004/18 udzielanie zamówień na usługi wymienione w załączniku II B podlega jedynie przepisom art. 23 i art. 35 ust. 4 tej dyrektywy, to jednak podstawowe normy traktatu oraz ogólne zasady prawa Unii znajdują zastosowanie do tego rodzaju zamówień, jeżeli mają one znaczenie transgraniczne. Trybunał orzekł bowiem, że ustanowionych przez ustawodawcę Unii zasad udzielania zamówień na usługi wymienione w tym załączniku nie można interpretować jako wykluczających zastosowanie zasad wynikających z 43 WE i 49 WE, którym obecnie odpowiadają art. 49 TFUE i 56 TFUE (zob. podobnie, w szczególności, wyrok z dnia 18 listopada 2010 r. w sprawie C-226/09 Komisja przeciwko Irlandii, Zb.Orz. s. I-11807, pkt 29, 31).
- 27 Jak się wydaje w świetle uwag przedstawionych Trybunałowi, sytuacja taka ma miejsce w sprawie głównej, nawet z punktu widzenia instytucji zamawiającej, gdyż w ogłoszeniu o zamówieniu wymagano od kandydatów między innymi oświadczenia, iż nie zalegają oni ze składkami na ubezpieczenie społeczne ani zobowiązaniami podatkowymi nie tylko w Danii, ale także ewentualnie w państwie członkowskim swojej siedziby. Jednakże to do sądu odsyłającego należy dokonanie niezbędnych ustaleń w tym zakresie.
- 28 Jednym z głównych celów, jakim służą przepisy prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, jest zapewnienie swobody świadczenia usług i otwarcia na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich. Osiągnięciu tego podwójnego celu służy między innymi zasada równego traktowania oferentów i kandydatów oraz wynikający z niej obowiązek przejrzystości.
- 29 Zastosowanie zasady równego traktowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest więc celem samym w sobie, lecz należy je rozpatrywać w świetle rezultatów, do jakich ma doprowadzić.
- 30 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zasada ta wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione (zob. wyrok z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 Fabricom, Zb.Orz. s. I-1559, pkt 27 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 31 Zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją 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 oferenta. Z tego względu instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień



od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko i in., pkt 36, 37).

- 32 Trybunał zaznaczył jednak, że art. 2 dyrektywy 2004/18 nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub poprawienia oczywistych błędów materialnych (ww. wyrok w sprawie SAG ELV Slovensko i in., pkt 40).
- 33 Trybunał określił w tym wyroku szereg wymagań, jakie towarzyszą możliwości zwrócenia się do oferenta na piśmie o wyjaśnienie oferty.
- 34 Po pierwsze, żądanie wyjaśnienia oferty, które może mieć miejsce dopiero po zapoznaniu się przez instytucję zamawiającą ze wszystkimi ofertami, należy skierować bez różnicy do wszystkich oferentów znajdujących się w podobnej sytuacji (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie SAG ELV Slovensko i in., pkt 42, 43).
- 35 Następnie, żądanie musi dotyczyć wszystkich elementów oferty wymagających wyjaśnienia (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie SAG ELV Slovensko i in., pkt 44).
- 36 Ponadto żądanie to nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie do przedstawienia przez oferenta nowej oferty (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie SAG ELV Slovensko i in., pkt 40).
- 37 Wreszcie generalnie rzecz biorąc, korzystając z możliwości zwrócenia się do oferentów o wyjaśnienie ofert, instytucja zamawiająca ma obowiązek traktować oferentów 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 oferenta lub oferentów, do których zażądanie takie skierowano (ww. wyrok w sprawie SAG ELV Slovensko i in., pkt 41).
- 38 Powyższe zasady, dotyczące ofert złożonych przez oferentów, można zastosować do zgłoszeń składanych przez kandydatów na etapie preselekcji w procedurze ograniczonej.
- 39 Instytucja zamawiająca może więc zażądać poprawienia lub uzupełnienia w szczegółach informacji przedstawionych w zgłoszeniu, pod warunkiem że dotyczy to informacji lub danych, jak publikowane sprawozdania finansowe, co do których można obiektywnie ustalić, że pochodzą sprzed daty upływu terminu zgłoszeń.
- 40 Trzeba jednakże dodać, że inaczej jest w sytuacji, gdy materiały dotyczące zamówienia wymagają przedstawienia brakującego dokumentu lub informacji pod rygorem wykluczenia. Instytucja zamawiająca powinna bowiem ściśle przestrzegać ustanowionych przez siebie kryteriów (zob. podobnie wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 P Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta, Rec. s. I-3801, pkt 115).
- 41 W tym wypadku, jak się wdaje, wymagania wskazane w pkt 39 i 40 niniejszego wyroku zostały spełnione. Do sądu odsyłającego należy jednakże dokonanie odpowiednich ustaleń w tej mierze.
- 42 W świetle powyższych rozważań na pytanie prejudycjalne trzeba udzielić odpowiedzi, iż zasadę równego traktowania należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie wezwaniu kandydata przez instytucję zamawiającą, po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do przedstawienia dokumentów opisujących sytuację kandydata, na przykład sprawozdań finansowych, co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu zgłoszeń, o ile w materiałach dotyczących zamówienia nie zawarto wyraźnie

wymogu przedstawienia takich dokumentów pod rygorem wykluczenia kandydata. Żądanie takie nie może powodować nieuzasadnionego bardziej lub mniej korzystnego traktowania kandydata lub kandydatów, do których zostało skierowane.

### **W przedmiocie kosztów**

- <sup>43</sup> 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 przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

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

**Zasadę równego traktowania należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie wezwaniu kandydata przez instytucję zamawiającą, po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do przedstawienia dokumentów opisujących sytuację kandydata, na przykład sprawozdań finansowych, co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu zgłoszeń, o ile w materiałach dotyczących zamówienia nie zawarto wyraźnie wymogu przedstawienia takich dokumentów pod rygorem wykluczenia kandydata. Żądanie takie nie może powodować nieuzasadnionego bardziej lub mniej korzystnego traktowania kandydata lub kandydatów, do których zostało skierowane.**

Podpisy