



## Zbiór Orzeczeń

POSTANOWIENIE TRYBUNAŁU (ósma izba)

z dnia 16 marca 2023 r. \*

Odesłanie prejudycjalne – Artykuł 99 regulaminu postępowania przed Trybunałem – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2009/81/WE – Artykuł 55 ust. 4 – Artykuł 57 ust. 2 – Interes prawny – Dostęp do procedur odwoławczych – Oferent wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia ostateczną decyzją instytucji zamawiającej – Przepisy krajowe pozbawiające takiego oferenta dostępu do środka odwoławczego – Brak interesu prawnego

W sprawie C-493/22

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Curtea de Apel București (sąd apelacyjny w Bukareszcie, Rumunia) postanowieniem z dnia 28 czerwca 2022 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 22 lipca 2022 r., w postępowaniu:

**Armaprocare SRL**

przeciwko

**Ministerul Apărării Naționale,**

**BlueSpace Technology SRL,**

TRYBUNAŁ (ósma izba)

w składzie: M. Safjan, prezes izby, N. Jääskinen i M. Gavalec (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

\* Język postępowania: rumuński.

## Postanowienie

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 55 ust. 4, art. 56 ust. 3, art. 57 ust. 2, art. 60 ust. 1 lit. b) oraz art. 61 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.U. 2009, L 216, s. 76).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu między Armaprocuré SRL a Ministerul Apărării Naționale (ministerstwem obrony narodowej, Rumunia) i BlueSpace Technology SRL w przedmiocie decyzji ministerstwa o odrzuceniu oferty Armaprocuré i udzieleniu zamówienia publicznego dotyczącego zakupu strzelnic konsorcjum utworzonemu przez BlueSpace Technology i krajowe przedsiębiorstwo Romarm SA (zwanemu dalej „konsorcjum”).

### Ramy prawne

#### *Prawo Unii*

##### *Dyrektywa 2009/81*

- 3 Motyw 72 dyrektywy 2009/81 stanowi:

„Przestrzeganie zobowiązań dotyczących przejrzystości i konkurencji należy zapewnić za pomocą skutecznego systemu odwoławczego opartego na systemie, który [dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. 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), zmieniona dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. 2007, L 335, s. 31) (zwana dalej »dyrektywą 89/665«) i dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca 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), zmieniona dyrektywą 2007/66], przewidują dla zamówień objętych [dyrektywą 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. 2004, L 134, s. 1) i dyrektywą 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)]. W szczególności należy zapewnić możliwość zakwestionowania procedury udzielania zamówienia przed podpisaniem umowy, a także gwarancje niezbędne w celu zapewnienia skuteczności odwołania, takie jak okres zawieszenia. Należy również zapewnić możliwość zakwestionowania bezpośredniego udzielania zamówień lub zawierania umów, które jest nielegalne i stanowi naruszenie przepisów niniejszej dyrektywy”.

- 4 Artykuł 55 dyrektywy 2009/81, zatytułowany „Zakres stosowania i dostępność procedur odwoławczych”, stanowi w ust. 2 i 4:

„2. Państwa członkowskie podejmują niezbędne środki, aby zapewnić możliwość skutecznego, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje/podmioty zamawiające, zgodnie z warunkami określonymi w art. 56–62, z powodu naruszenia przez te decyzje prawa [Unii] w dziedzinie zamówień lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo.

[...]

4. 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 56 tej dyrektywy, zatytułowany „Wymogi dotyczące procedur odwoławczych”, stanowi w ust. 3:

„W sytuacji, gdy organ pierwszej instancji, który jest niezależny od instytucji/podmiotu zamawiającego, rozpatruje odwołanie od decyzji o udzieleniu zamówienia, państwa członkowskie zapewniają, aby instytucja/podmiot zamawiający nie mógł zawrzeć umowy przed podjęciem przez organ odwoławczy decyzji w sprawie wniosku o zastosowanie środków tymczasowych lub o odwołanie. Zawieszenie wygasa nie wcześniej niż okres zawieszenia typu standstill, o którym mowa w art. 57 ust. 2 i art. 60 ust. 4 i 5”.

- 6 Artykuł 57 omawianej dyrektywy, zatytułowany „Okres zawieszenia”, stanowi w ust. 2 akapit drugi, co następuje:

„Oferenci są uważani za zainteresowanych do czasu ich ostatecznego wykluczenia. Wykluczenie ma charakter ostateczny, jeśli zainteresowani oferenci zostali o nim powiadomieni i jeżeli zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania”.

- 7 Artykuł 60 dyrektywy 2009/81, zatytułowany „Nieskuteczność umowy”, stanowi w ust. 1 lit. b):

„Państwa członkowskie zapewniają, aby umowa została uznana za nieskuteczną przez organ odwoławczy niezależny od instytucji/podmiotu zamawiającego lub by jej nieskuteczność wynikała z decyzji takiego organu odwoławczego w następujących przypadkach:

[...]

b) w przypadku naruszenia postanowień art. 55 ust. 6, art. 56 ust. 3 lub art. 57 ust. 2, jeżeli naruszenie to powoduje, że oferent wnoszący odwołanie nie ma już możliwości otrzymania ochrony prawnej przed zawarciem umowy, a naruszenie wiąże się z innym wykroczeniem przeciwko postanowieniom tytułu I lub II, jeżeli to ostatnie naruszenie uszczupla perspektywę [wnoszącego odwołanie] oferenta na otrzymanie [zamówienia].

- 8 Artykuł 61 tej dyrektywy, zatytułowany „Naruszenia niniejszego tytułu i sankcje alternatywne”, stanowi:

„1. W przypadku naruszenia przepisów art. 55 ust. 6, art. 56 ust. 3 lub art. 57 ust. 2 nieobjętego art. 60 ust. 1 lit. b) państwa członkowskie przewidują nieskuteczność umowy zgodnie z art. 60 ust. 1–3 lub sankcje alternatywne. Państwa członkowskie mogą przewidzieć, że organ odwoławczy niezależny od instytucji/podmiotu zamawiającego decyduje, po oceniu wszystkich istotnych aspektów, czy umowę należy uznać za nieskuteczną, czy też należy zastosować sankcje alternatywne.

[...]”.

#### *Dyrektywa 89/665*

- 9 Artykuł 1 dyrektywy 89/665, zatytułowany „Zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych”, stanowi w ust. 3:

„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”.

- 10 Artykuł 2a omawianej dyrektywy, zatytułowany „Okres zawieszenia typu standstill”, stanowi w ust. 2 akapit drugi, co następuje:

„Oferentów uważa się za zainteresowanych, jeśli nie zostali jeszcze ostatecznie wykluczeni. Wykluczenie ma charakter ostateczny, jeśli zainteresowani oferenci zostali o nim powiadomieni i jeżeli zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania”.

#### *Prawo rumuńskie*

#### *Rozporządzenie nadzwyczajne nr 114/2011*

- 11 Artykuł 137 Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității (rozporządzenia nadzwyczajnego rządu nr 114/2011 w sprawie udzielania niektórych zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa) z dnia 21 grudnia 2011 r. (*Monitorul Oficial al României*, część I, nr 932 z dnia 29 grudnia 2011 r., zwanego dalej „rozporządzeniem nadzwyczajnym nr 114/2011”), stanowi w ust. 1 i 2:

„1. Instytucja zamawiająca jest zobowiązana do zawiadomienia wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia o decyzjach dotyczących wyniku kwalifikacji, wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zawarcia umowy ramowej lub, w odpowiednim przypadku, unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia oraz ewentualnego późniejszego ogłoszenia nowego postępowania, na piśmie i bezzwłocznie, nie później niż trzy dni robocze po wydaniu decyzji, o których mowa.

2. Do celów ust. 1 za wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia uważa się każdego kandydata/oferenta, który nie został jeszcze poinformowany przez instytucję zamawiającą o decyzjach bezpośrednio dotyczących jego kandydatury/oferty lub jakiegokolwiek kandydata/oferenta, którego kandydatura/oferta nie została jeszcze ostatecznie odrzucona przez instytucję zamawiającą. Odrzucenie uważa się za ostateczne, jeżeli dany wykonawca został o nim poinformowany oraz jeżeli zostało ono uznane za zgodne z prawem przez [Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (krajową radę ds. rozstrzygania odwołań, Rumunia)], do której skierowano sprawę, albo odrzucenie nie było lub nie może już stać się przedmiotem odwołania”.

12 Artykuł 138 tego rozporządzenia nadzwyczajnego stanowi w ust. 2 lit. c):

„W zawiadomieniu, o którym mowa w art. 137 ust. 3, instytucja zamawiająca jest zobowiązana do poinformowania oferentów/kandydatów, którzy zostali wykluczeni lub których oferta nie została wybrana, o przyczynach wydania danej decyzji, z podaniem:

[...]

c) każdemu oferentowi, który złożył ofertę akceptowalną i zgodną z treścią specyfikacji warunków zamówienia, a zatem dopuszczalną, lecz który nie został zwycięskim oferentem, informacji o cechach i względnej przewadze wybranej oferty lub wybranych ofert w porównaniu z jego ofertą, nazwy oferenta, któremu zostanie udzielone zamówienie publiczne, lub, w odpowiednim przypadku, oferentów, z którymi zostanie zawarta umowa ramowa”.

#### *Ustawa nr 101/2016*

13 Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (ustawa nr 101/2016 o środkach zaradczych i środkach odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, zamówień sektorowych oraz zamówień na roboty budowlane i na usługi, a także o organizacji i działaniu krajowej rady ds. rozstrzygania odwołań) z dnia 19 maja 2016 r. (*Monitorul Oficial al României*, część I, nr 393 z dnia 23 maja 2016 r.) w brzmieniu mającym zastosowanie w postępowaniu głównym (zwana dalej „ustawą nr 101/2016”) stanowi w art. 3:

„1. W rozumieniu niniejszej ustawy:

[...]

f) »każdy, kto uważa, że jego prawo lub uzasadniony interes zostały naruszone«, oznacza każdego wykonawcę, który łącznie spełnia następujące warunki:

- (i) ma lub miał interes związany z postępowaniem o udzielenie zamówienia; oraz
- (ii) poniósł, ponosi lub może ponieść szkodę w wyniku czynności instytucji zamawiającej mogącej wywołać skutki prawne lub w wyniku nieudzielenia w przewidzianym przez prawo terminie odpowiedzi na wniosek dotyczący postępowania o udzielenie zamówienia.

[...]

3. W rozumieniu ust. 1 lit. f) ppkt (i) dana osoba ma lub miała interes w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli nie została jeszcze ostatecznie wykluczona z tego

postępowania. Zainteresowany kandydat/oferent zostaje ostatecznie wykluczony z postępowania, jeżeli został o tym powiadomiony i zostało to uznane za zgodne z prawem przez krajową radę ds. rozstrzygania odwołań lub przez [inny] sąd albo nie przysługują już od tego środki odwoławcze”.

14 Artykuł 58 ustawy nr 101/2016 stanowi:

„1. Każdy zainteresowany może wystąpić do sądu o stwierdzenie bezwzględnej nieważności umowy lub aneksu do umowy zawartych z naruszeniem warunków wymaganych dla ich ważnego zawarcia, w zależności od przypadku, w przepisach o zamówieniach publicznych, w przepisach o zamówieniach sektorowych lub w przepisach o koncesjach na roboty budowlane i na usługi, a także o przywrócenie sytuacji stron do stanu poprzedniego.

2. Sąd stwierdza całkowitą lub częściową bezwzględną nieważność umowy lub aneksu do niej i przywraca sytuację stron do stanu poprzedniego zgodnie z art. 1254 ust. 3 [Legea nr. 287/2009 privind Codul civil (ustawy nr 287/2009 – kodeks cywilny)], ponownie opublikowanej, ze zmianami, w następujących przypadkach:

[...]

c) umowa lub aneks do niej zostały zawarte na warunkach mniej korzystnych niż warunki zawarte w propozycjach technicznych lub finansowych, które składały się na wybraną ofertę;

d) kryteria kwalifikacji lub kryteria oceny przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu, na podstawie których oferta została uznana za zwycięską, nie zostały spełnione, co prowadzi do zmiany wyniku postępowania poprzez zniesienie lub ograniczenie względnej przewagi;

e) umowa została zawarta przed otrzymaniem orzeczenia [krajowej rady ds. rozstrzygania odwołań] lub sądu orzekającego w przedmiocie odwołania lub wbrew temu orzeczeniu;

[...]

6. W przypadku naruszenia przepisów dotyczących ustawowego okresu zawieszenia zawarcia umowy sąd, po przeanalizowaniu wszystkich istotnych aspektów, stwierdza całkowitą lub częściową bezwzględną nieważność umowy lub aneksu do niej i przywraca sytuację stron do stanu poprzedniego lub, jeśli jest to wystarczające, nakłada sankcje zastępcze, określone w ust. 3”.

### **Postępowanie główne i pytanie prejudycjalne**

15 W dniu 12 grudnia 2019 r. ministerstwo obrony narodowej wszczęło na podstawie rozporządzenia nadzwyczajnego nr 114/2011, stanowiącego transpozycję dyrektywy 2009/81, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego składającego się z dwóch części:

– część 1 – strzelnica typu 2, wartość szacunkowa: 14 405 042 lei rumuńskich (RON) bez podatku od wartości dodanej (VAT) (około 2 920 000 EUR);

– część 2 – strzelnica typu 3, wartość szacunkowa: 29 500 000 RON bez VAT (około 5 980 000 EUR).

- 16 Szacunkowa całkowita wartość zamówienia wynosiła 43 905 042 RON (około 8 900 000 EUR) i miało ono być udzielone wyłącznie na podstawie kryterium „najniższej ceny”.
- 17 Pismem z dnia 9 marca 2020 r. instytucja zamawiająca poinformowała Armaprociure, po pierwsze, o odrzuceniu jego oferty w odniesieniu do obu części z uwagi na to, że uznano ją za niezgodną z wymogami w odniesieniu do części 1 oraz za niezgodną z wymogami oraz niedopuszczalną w odniesieniu do części 2. Po drugie, instytucja zamawiająca poinformowała o udzieleniu zamówienia konsorcjum.
- 18 W dniu 19 marca 2020 r. Armaprociure wniosło po raz pierwszy do krajowej rady ds. rozstrzygania odwołań odwołanie, kwestionując zgodność z prawem decyzji o odrzuceniu jego oferty, decyzji o dopuszczeniu pozostałych ofert, a także decyzji o udzieleniu zamówienia konsorcjum.
- 19 Orzeczeniem z dnia 10 kwietnia 2020 r. krajowa rada ds. rozstrzygania odwołań uwzględniła w części żądania Armaprociure, w szczególności nakazując instytucji zamawiającej ponowną ocenę oferty Armaprociure w odniesieniu do części 1 oraz ofert konsorcjum i pozostałych oferentów, a mianowicie Electro Optic Components SRL i Stimpex SA, w odniesieniu do obu części. Rada oddaliła natomiast odwołanie Armaprociure w zakresie, w jakim dotyczyło ono decyzji o odrzuceniu jego oferty w odniesieniu do części 2.
- 20 Po tym, jak Curtea de Apel București (sąd apelacyjny w Bukareszcie, Rumunia), do którego wystąpiły ministerstwo obrony narodowej oraz Electro Optic Components i konsorcjum, wyrokiem z dnia 30 czerwca 2020 r. częściowo zmienił orzeczenie krajowej rady ds. rozstrzygania odwołań, instytucja zamawiająca dokonała ponownej oceny ofert. Pismem z dnia 10 listopada 2020 r. poinformowała ona Armaprociure, że jego oferta została odrzucona jako niezgodna z wymogami w odniesieniu do części 1 i że w odniesieniu do tej części wygrała oferta konsorcjum. Natomiast oferta Armaprociure dotycząca części 2 została ostatecznie odrzucona.
- 21 Pismem zarejestrowanym w dniu 25 listopada 2020 r. Armaprociure zwróciło się po raz drugi do krajowej rady ds. rozstrzygania odwołań, kwestionując wynik tej ponownej oceny ofert.
- 22 Orzeczeniem z dnia 24 maja 2021 r. wspomniana rada stwierdziła nieważność sporządzonego przez instytucję zamawiającą sprawozdania z postępowania wyłącznie w odniesieniu do oceny finansowej ofert konsorcjum i Electro Optic Components (zwanym dalej „orzeczeniem z dnia 24 maja 2021 r.”).
- 23 W dniu 14 czerwca 2021 r., po dokonaniu ponownej oceny tych ofert, instytucja zamawiająca poinformowała Electro Optic Components, że jego oferta została uznana za niedopuszczalną. Zgodnie z przepisami art. 137 ust. 2 i art. 138 ust. 2 lit. c) rozporządzenia nadzwyczajnego nr 114/2011 wynik nowej oceny nie został podany do wiadomości Armaprociure, ponieważ złożona przez nie oferta została uprzednio odrzucona, a odrzucenie to zostało uznane przez krajową radę ds. rozstrzygania odwołań za zgodne z prawem.
- 24 W dniu 8 czerwca 2021 r. Armaprociure zaskarżyło orzeczenie z dnia 24 maja 2021 r. Ponieważ ten środek zaskarżenia został oddalony jako bezzasadny przez Curtea de Apel București (sąd apelacyjny w Bukareszcie) wyrokiem z dnia 27 października 2021 r., Armaprociure wniosło od niego skargę kasacyjną, która została oddalona przez Înalta Curte de Casație și Justiție (najwyższy sąd kasacyjny, Rumunia) w dniu 25 maja 2022 r.

- 25 Na wniosek Armaprociure zostało ono poinformowane przez instytucję zamawiającą pismem z dnia 11 listopada 2021 r., że oferty konsorcjum i Electro Optic Components zostały ponownie ocenione w dniu 14 czerwca 2021 r. na podstawie orzeczenia z dnia 24 maja 2021 r.
- 26 Pod koniec listopada 2021 r. instytucja zamawiająca i konsorcjum podpisały umowę na dostawę produktów „strzelnica typu 2” i „strzelnica typu 3”. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia konsorcjum zostało opublikowane na platformie internetowej o nazwie „elektroniczny system zamówień publicznych” w dniu 31 grudnia 2021 r.
- 27 W trzecim odwołaniu, wniesionym w dniu 10 stycznia 2022 r., Armaprociure zwróciło się do krajowej rady ds. rozstrzygania odwołań w szczególności w odniesieniu do części 1 o stwierdzenie nieważności wszystkich aktów instytucji zamawiającej przyjętych w wykonaniu orzeczenia z dnia 24 maja 2021 r., o przywrócenie sytuacji stron do poprzedniego stanu, o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia i o zawieszenie wykonania zamówienia dotyczącego tej części.
- 28 Orzeczeniem z dnia 28 stycznia 2022 r. krajowa rada ds. rozstrzygania odwołań oddaliła żądania Armaprociure, które w związku z tym wniosło skargę do Tribunalul București (sądu w Bukareszcie, Rumunia).
- 29 Wyrokiem z dnia 29 marca 2022 r. sąd ten oddalił skargę Armaprociure, wskazując, że oferta Armaprociure dotycząca części 2 została odrzucona w drodze orzeczenia krajowej rady ds. rozstrzygania odwołań z dnia 10 kwietnia 2020 r., co nie zostało zakwestionowane przed Curtea de Apel București (sądem apelacyjnym w Bukareszcie). Tribunalul București (sąd w Bukareszcie) podkreślił również, że w orzeczeniu z dnia 24 maja 2021 r. oddalono żądania złożone przez Armaprociure, zmierzające, po pierwsze, do stwierdzenia nieważności postępowania i decyzji stwierdzającej niezgodność jego oferty w odniesieniu do części 1, a po drugie, do nakazania instytucji zamawiającej dokonania ponownej oceny tej oferty.
- 30 Tribunalul București (sąd w Bukareszcie) zauważył następnie, że odwołanie wniesione przez Armaprociure od orzeczenia z dnia 24 maja 2021 r. zostało oddalone wyrokiem Curtea de Apel București (sądu apelacyjnego w Bukareszcie) z dnia 27 października 2021 r. W związku z tym dla Tribunalul București (sądu w Bukareszcie) Armaprociure nie miało już interesu w podnoszeniu zarzutów dotyczących wybranej oferty i czynności postępowania przetargowego w odniesieniu do części 1, ponieważ niezgodność z wymogami złożonej przez nie oferty została ostatecznie stwierdzona i korzystała z powagi rzeczy osądzonej.
- 31 Armaprociure wniosło odwołanie od wyroku Tribunalul București (sądu w Bukareszcie) z dnia 29 marca 2022 r. do Curtea de Apel București (sądu apelacyjnego w Bukareszcie), który jest sądem odsyłającym. Armaprociure podniosło w szczególności, że instytucja zamawiająca naruszyła dyrektywę 2009/81 w zakresie, w jakim podpisała umowę na dostawę produktów objętych częściami 1 i 2 z oferentem, który złożył ofertę niedopuszczalną i niezgodną z wymogami. Armaprociure podniosło również, że wniosło do Tribunalul București (sądu w Bukareszcie) skargę o stwierdzenie nieważności zamówienia publicznego, które doprowadziło do zawarcia tej umowy, na podstawie art. 58 ust. 1 ustawy nr 101/2016. W związku z tym wystarczy, że wykaże, iż jest „zainteresowanym” w rozumieniu tego przepisu, aby móc zakwestionować to zamówienie, bez konieczności wykazania, że „poniosło szkodę” w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. f) wspomnianej ustawy. W związku z tym nie jest konieczne, aby był ono oferentem lub kandydatem.



32 Sąd odsyłający wskazuje, że dyrektywa 2009/81 przewiduje, że prawo do korzystania z procedur odwoławczych przysługuje wyłącznie zainteresowanemu oferentowi lub kandydatowi, a interes oferenta lub kandydata w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wynika z jego udziału w takim postępowaniu. Tymczasem w niniejszej sprawie w dniu podpisania umowy przez zwycięskiego oferenta pod koniec listopada 2021 r. Armaprociure było już ostatecznie wykluczone z postępowania o udzielenie zamówienia, które doprowadziło do zawarcia tej umowy. Rozumując przez analogię do wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r., *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15, EU:C:2016:988), który odnosił się do dyrektywy 89/665, sąd ten zastanawia się, czy dyrektywa 2009/81 stoi na przeszkodzie temu, by oferentowi, który został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na mocy ostatecznej decyzji instytucji zamawiającej, przysługiwał środek odwoławczy w stosunku do umowy zawartej ze zwycięskim oferentem.

33 W tych okolicznościach *Curtea de Apel București* (sąd apelacyjny w Bukareszcie) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy [art. 55 ust. 4, art. 56 ust. 3, art. 57 ust. 2, art. 60 ust. 1 lit. b) i art. 61] dyrektywy [2009/81] można interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie temu, aby oferent – który został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego decyzją instytucji zamawiającej, która stała się ostateczna – miał dostęp do środka odwoławczego od udzielenia zamówienia wygrywającemu oferentowi?”.

#### **W przedmiocie wniosku o rozpoznanie sprawy w trybie przyspieszonym**

34 Sąd odsyłający zwrócił się do Trybunału o rozpoznanie niniejszego odesłania prejudycjalnego w trybie przyspieszonym na podstawie art. 105 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem.

35 Jednakże z uwagi na decyzję Trybunału o wydaniu postanowienia z uzasadnieniem zgodnie z art. 99 regulaminu postępowania nie ma potrzeby orzekania w przedmiocie tego wniosku (zob. podobnie postanowienie z dnia 10 stycznia 2023 r., *Ambisig*, C-469/22, EU:C:2023:25, pkt 19 i przytoczone tam orzecznictwo).

#### **W przedmiocie pytania prejudycjalnego**

36 Zgodnie z art. 99 regulaminu postępowania, jeżeli odpowiedź na pytanie skierowane w trybie prejudycjalnym można wywieść w sposób jednoznaczny z orzecznictwa lub jeżeli odpowiedź na takie pytanie 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.

37 Należy zastosować ten przepis do niniejszego odesłania prejudycjalnego.

38 Poprzez swoje pytanie sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 55 ust. 4 i art. 57 ust. 2 dyrektywy 2009/81 należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie temu, aby oferentowi wykluczonemu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego decyzją instytucji zamawiającej, która stała się ostateczna, mógł przysługiwać środek odwoławczy w stosunku do umowy zawartej z wygrywającym oferentem.

- 39 Na wstępie należy zauważyć, że z postanowienia odsyłającego wynika, iż orzeczeniami z dni 10 kwietnia 2020 r. i 24 maja 2021 r., w których rozstrzygnęła ona w przedmiocie dwóch pierwszych odwołań Armaprocuré, krajowa rada ds. rozstrzygania odwołań oddaliła odpowiednio odwołanie od decyzji o odrzuceniu oferty tej spółki dotyczącej części 1 i 2, przy czym zgodnie z wyjaśnieniami sądu odsyłającego decyzje te stały się ostateczne przed podpisaniem umowy zawartej z wykonawcą. Po wniesieniu trzeciego odwołania Armaprocuré wystąpiło do sądu odsyłającego o unieważnienie rozpatrywanego postępowania o udzielenie zamówienia, a następnie o udzielenie mu tego zamówienia.
- 40 Przede wszystkim należy zauważyć, że z motywu 72 dyrektywy 2009/81 wynika, iż przyjmując tę dyrektywę, prawodawca Unii zamierzał ustanowić skuteczny system odwołań wzorowany na systemie przewidzianym w dyrektywie 89/665.
- 41 W tym kontekście należy przypomnieć w pierwszej kolejności, że zgodnie z art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665, którego brzmienie zostało powielone w identycznym brzmieniu w art. 55 ust. 4 dyrektywy 2009/81, 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. Jednocześnie przepisy te nie zobowiązują jednak państw członkowskich do tego, by te procedury odwoławcze były dostępne dla każdego ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, a ponadto pozwalają im wymagać tego, aby dany podmiot poniósł lub mógł ponieść szkodę w wyniku podnoszonego przez siebie naruszenia (zob. podobnie wyrok z dnia 19 czerwca 2003 r., Hackermüller, C-249/01, EU:C:2003:359, pkt 18; postanowienie z dnia 17 maja 2022 r., Estaleiros Navais de Peniche, C-787/21, niepublikowane, EU:C:2022:414, pkt 22).
- 42 Trybunał, do którego zwrócono się o dokonanie wykładni art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665, uznał, że w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferenci, o których wykluczenie się wnosi, mają równoważny uzasadniony interes w wykluczeniu ofert innych oferentów w celu uzyskania zamówienia, bez względu na liczbę uczestników danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, liczbę jego uczestników wnoszących odwołanie, a także rozbieżność podnoszonych zarzutów. Wykluczenie jednego z oferentów może bowiem doprowadzić do tego, że drugi oferent uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Ponadto, jeśli miałyby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z oferentów mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie (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 24, 27, 29; z dnia 24 marca 2021 r., NAMA i in., C-771/19, EU:C:2021:232, pkt 31; a także postanowienie z dnia 17 maja 2022 r., Estaleiros Navais de Peniche, C-787/21, niepublikowane, EU:C:2022:414, pkt 23).
- 43 W drugiej kolejności zasada wynikająca z orzecznictwa, o której mowa w poprzednim punkcie, obowiązuje tylko wtedy, gdy wykluczenie oferenta nie stało się ostateczne, w szczególności w wyniku utrzymania go w mocy przez orzeczenie korzystające z powagi rzeczy osądzonej (zob. podobnie wyroki: z dnia 21 grudnia 2016 r., Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, C-355/15, EU:C:2016:988, pkt 36; z dnia 11 maja 2017 r., Archus i Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, pkt 57, 27, 58; z dnia 24 marca 2021 r., NAMA i in., C-771/19, EU:C:2021:232, pkt 42; a także postanowienie z dnia 17 maja 2022 r., Estaleiros Navais de Peniche, C-787/21, niepublikowane, EU:C:2022:414, pkt 24).

- 44 Tymczasem zgodnie z art. 57 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2009/81, który jest sformułowany w ten sam sposób co art. 2a ust. 2 dyrektywy 89/665, wykluczenie oferenta ma charakter ostateczny, jeśli został on o nim powiadomiony i jeżeli zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania. Wynika z tego, że nieostateczny jeszcze charakter decyzji o wykluczeniu decyduje w odniesieniu do tych oferentów o tym, czy mają oni legitymację procesową do zaskarżenia decyzji o udzieleniu zamówienia (wyrok z dnia 21 grudnia 2021 r., *Randstad Italia*, C-497/20, EU:C:2021:1037, pkt 74; postanowienie z dnia 17 maja 2022 r., *Estaleiros Navais de Peniche*, C-787/21, niepublikowane, EU:C:2022:414, pkt 25).
- 45 Interes prawny oferenta wyeliminowanego z postępowania o udzielenie zamówienia w zaskarżeniu decyzji o udzieleniu tego zamówienia jest zatem nierozzerwalnie związany z utrzymywaniem się interesu prawnego w zaskarżeniu decyzji, która wykluczyła go z tego postępowania. W związku z tym w braku interesu prawnego w zaskarżeniu decyzji wykluczającej jego ofertę wyeliminowany oferent nie może utrzymywać, że wciąż ma interes prawny w zaskarżeniu decyzji o udzieleniu zamówienia. Interes ten nie może zostać wywiedziony z faktu, że oferent ten mógłby ewentualnie otrzymać zamówienie w przypadku, gdyby w wyniku uchylecia tej decyzji instytucja zamawiająca postanowiła wszcząć nowe postępowanie o udzielenie zamówienia (postanowienie z dnia 17 maja 2022 r., *Estaleiros Navais de Peniche*, C-787/21, niepublikowane, EU:C:2022:414, pkt 26, 27).
- 46 Tym samym oferent wyeliminowany z postępowania o udzielenie zamówienia oczywiście nie posiada interesu prawnego w zaskarżeniu decyzji o udzieleniu tego zamówienia, gdy jego wykluczenie wynika z decyzji, która stała się ostateczna albo dlatego, że nie podlega ona już zaskarżeniu do sądu, ponieważ nie została zaskarżona w terminie przewidzianym w krajowych przepisach proceduralnych, albo ze względu na wyczerpanie środków odwoławczych dostępnych na szczeblu krajowym.
- 47 W świetle powyższego odpowiedź na przedłożone pytanie powinna brzmieć następująco: art. 55 ust. 4 i art. 57 ust. 2 dyrektywy 2009/81 należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie temu, aby oferentowi wykluczonemu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego decyzją instytucji zamawiającej, która stała się ostateczna, mógł przysługiwać środek odwoławczy w stosunku do umowy zawartej z wygrywającym oferentem.

### **W przedmiocie kosztów**

- 48 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 (ósma izba) orzeka, co następuje:

**Artykuł 55 ust. 4 i art. 57 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE**

**należy interpretować w ten sposób, że:**

**stoją one na przeszkodzie temu, aby oferentowi wykluczonemu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego decyzją instytucji zamawiającej, która stała się ostateczna, mógł przysługiwać środek odwoławczy w stosunku do umowy zawartej z wygrywającym oferentem.**

Podpisy