Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (ósma izba)

z dnia 21 grudnia 2016 r.*

Odesłanie prejudycjalne — Zamówienia publiczne — Dyrektywa 89/665/EWG — Procedury odwoławcze w zakresie udzielania zamówień publicznych — Artykuł 1 ust. 3 — Interes prawny — Artykuł 2a ust. 2 — Pojęcie „zainteresowanego oferenta” — Prawo oferenta wykluczonego ostatecznie przez instytucję zamawiającą do zaskarżenia późniejszej decyzji o udzieleniu zamówienia

W sprawie C-355/15

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Verwaltungsgerichtshof (sąd administracyjny, Austria) postanowieniem z dnia 20 maja 2015 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 13 lipca 2015 r., w postępowaniu:

Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH

przeciwko

Universität für Bodenkultur Wien,

VAMED Management und Service GmbH & Co. KG in Wien

TRYBUNAŁ (ósma izba),

w składzie: M. Vilaras, prezes izby, M. Safjan i D. Šváby (sprawozdawca), sędziowie,

rzecznik generalny: M. Wathelet,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

rozważywszy uwagi przedstawione:

— w imieniu Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH przez J. Schrammę, Rechtsanwalt,

— w imieniu Universität für Bodenkultur Wien przez O. Sturma, Rechtsanwalt,

— w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,

— w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez S. Varone, avvocato dello Stato,

* Język postępowania: niemiecki.

— w imieniu rządu polskiego przez B. Majczynę, działającego w charakterze pełnomocnika,

— w imieniu Komisji Europejskiej przez B.R. Killmanna oraz 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 art. 1 ust. 3 dyrektywy 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), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U.2007, L 335, s. 31) (zwanej dalej „dyrektywą 89/665").

2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu między Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH (zwanymi dalej łącznie „zrzeszeniem") a Universität für Bodenkultur Wien (uniwersytetem zasobów naturalnych i nauk biologicznych w Wiedniu, Austria, zwanym dalej „BOKU Wien") dotyczącego zawarcia przez ten uniwersytet umowy ramowej dotyczącej zamówień publicznych na usługi z VAMED Management und Service GmbH & Co. KG in Wien (zwaną dalej „Vamed").

Ramy prawne

Prawo Unii

Dyrektywa 89/665

3 Zgodnie z motywami 3, 4, 6, 8, 18, 25 i 27 dyrektywy 2007/66, czyli dyrektywy zmieniającej, która rozwija treść dyrektywy 89/665:

„(3) Konsultacje z zainteresowanymi stronami, a także orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości wskazały na pewną liczbę braków w zakresie mechanizmów odwoławczych istniejących w państwach członkowskich. Z uwagi na wspomniane braki mechanizmy ustanowione w [szczególności w dyrektywie 89/665] wciąż nie umożliwiają czuwania nad przestrzeganiem prawa wspólnotowego, w szczególności na etapie, na którym naruszenia mogą jeszcze zostać skorygowane […].

(4) Wśród wskazanych niedociągnięć wymieniono w szczególności brak możliwości wniesienia skutecznego odwołania w okresie między wydaniem decyzji o udzieleniu zamówienia a zawarciem związanej z nim umowy. Czasami sytuacja ta powoduje, że instytucje zamawiające i podmioty zamawiające, które pragną zapewnić nieodwracalność skutków zakwestionowanej decyzji o udzieleniu zamówienia, bardzo szybko przystępują do podpisania umowy. Aby wyeliminować tę lukę, która stanowi istotną przeszkodę dla skutecznej ochrony sądowej zainteresowanych oferentów, tj. tych oferentów, których jeszcze ostatecznie nie wykluczono, należy przewidzieć minimalny okres zawieszenia typu standstill, podczas którego zawarcie umowy jest zawieszone, niezależnie od tego, czy do zawarcia umowy doszło w chwili jej podpisania.

[…]

(6) Okres zawieszenia typu standstill powinien być na tyle długi, by umożliwić oferentom przeanalizowanie decyzji o udzieleniu zamówienia i stwierdzenie, czy stosowne jest wszczęcie procedury odwoławczej. W momencie powiadomienia zainteresowanych oferentów o decyzji o udzieleniu zamówienia należy przekazać im stosowne informacje niezbędne do podjęcia skutecznych działań odwoławczych […].

[…]

(8) […] Minimalny okres zawieszenia typu standstill nie jest też konieczny, jeżeli jedynym zainteresowanym oferentem jest oferent, któremu udzielono zamówienia, i nie ma innych zainteresowanych kandydatów. W tym przypadku nie ma innych uczestników procedury przetargowej, którzy byliby zainteresowani otrzymaniem powiadomienia i skorzystaniem z okresu zawieszenia typu standstill umożliwiającego skuteczne wniesienie odwołania.

[…]

(18) W celu zapobiegania poważnym naruszeniom obowiązku stosowania okresu zawieszenia typu standstill i automatycznego zawieszenia, które stanowią warunek wstępny skutecznego odwołania, powinno stosować się skuteczne sankcje. Umowy zawierane z naruszeniem okresu zawieszenia typu standstill lub automatycznego zawieszenia należy zatem uznać z zasady za nieskuteczne, jeżeli połączone są z naruszeniami [w szczególności 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; sprostowanie Dz.U. 2004, L 351, s. 44)], w zakresie, w jakim naruszenia te wpłynęły na szanse otrzymania zamówienia oferenta wnoszącego odwołanie.

[…]

(25) […] konieczność zapewnienia trwałej pewności prawnej [prawa] decyzji podjętych przez instytucje zamawiające lub podmioty zamawiające wymaga ustanowienia rozsądnego minimalnego okresu ograniczającego prawo do wniesienia odwołania, którego celem jest stwierdzenie nieskuteczności umowy.

[…]

(27) […] Z uwagi na pewność prawną [prawa] możliwość uznania umowy za nieskuteczną jest ograniczona czasowo. Należy przestrzegać skuteczności tych terminów”.

4 Artykuł 1 dyrektywy 89/665 ma następujące brzmienie:

„1. Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do zamówień, o których mowa w dyrektywie [2004/18], chyba że takie zamówienia wyłączono zgodnie z art. 10–18 tej dyrektywy.

[…]

Państwa członkowskie przedsiębiorą niezbędne środki, aby zapewnić – w odniesieniu do zamówień [publicznych] objętych zakresem zastosowania dyrektywy [2004/18] – możliwość skutecznego, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające, zgodnie z warunkami określonymi w art. 2–2f niniejszej dyrektywy, z powodu naruszenia przez te decyzje prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo.

[…]

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.

[…]”.

5 Dyrektywa 89/665 przewiduje różne sytuacje, w których po przyjęciu decyzji o udzieleniu zamówienia instytucja zamawiająca przez pewien okres czasu nie może zawrzeć umowy z wybranym oferentem. Taki zakaz wynika w szczególności z automatycznego skutku zawieszającego ewentualnych uprzednich odwołań wniesionych do instytucji zamawiającej zgodnie z art. 1 ust. 5 tej dyrektywy oraz odwołań rozpatrywanych przez właściwy w tym zakresie organ pierwszej instancji, zgodnie z art. 2 ust. 3 wskazanej dyrektywy. Zakazy te uzupełnia nałożony na instytucję zamawiającą w art. 2a tej dyrektywy obowiązek przestrzegania terminu zawieszenia między przyjęciem decyzji o udzieleniu zamówienia a zawarciem umowy z wykonawcą tego zamówienia. Rzeczony art. 2a stanowi:

„1. Przez przyjęcie koniecznych przepisów uwzględniających minimalne warunki określone w ust. 2 niniejszego artykułu i w art. 2c państwa członkowskie zapewniają, aby podmioty, o których mowa w art. 1 ust. 3, dysponowały czasem wystarczającym na skuteczne odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia podjętych przez instytucje zamawiające.

2. Zawarcie umowy w następstwie decyzji o udzieleniu zamówienia objętego zakresem zastosowania dyrektywy [2004/18] nie może nastąpić przed upływem okresu co najmniej 10 dni kalendarzowych, ze skutkiem od dnia następującego po dniu, w którym decyzja o udzieleniu zamówienia została wysłana zainteresowanym oferentom i kandydatom, jeśli korzystano z faksu lub środków elektronicznych, lub – jeśli korzystano z innych środków komunikacji – przed upływem okresu albo co najmniej 15 dni kalendarzowych, ze skutkiem od dnia następującego po dniu, w którym decyzja o udzieleniu zamówienia została wysłana zainteresowanym oferentom i kandydatom, albo co najmniej 10 dni kalendarzowych, ze skutkiem od dnia następującego po dniu otrzymania decyzji o udzieleniu zamówienia.

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.

[…]

Informacji przekazywanej każdemu zainteresowanemu oferentowi i kandydatowi o decyzji o udzieleniu zamówienia towarzyszy:

— streszczenie stosownych przyczyn […] oraz

— precyzyjne określenie dokładnego okresu zawieszenia typu standstill obowiązującego zgodnie z przepisami prawa krajowego transponującymi niniejszy ustęp”.

6 Zgodnie z art. 2b akapit pierwszy dyrektywy 89/665:

„Państwa członkowskie mogą przewidzieć, że terminy określone w art. 2a ust. 2 niniejszej dyrektywy nie mają [będą miały] zastosowania w następujących przypadkach:

[…]

b) jeśli jedynym zainteresowanym oferentem w rozumieniu art. 2a ust. 2 niniejszej dyrektywy jest oferent, któremu udzielono zamówienia, i nie ma innych zainteresowanych kandydatów;

[…]”.

7 Artykuł 2d ust. 1 tej dyrektywy stanowi:

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

[…]

b) w przypadku naruszenia art. 1 ust. 5, art. 2 ust. 3 lub art. 2a ust. 2 niniejszej dyrektywy, jeżeli naruszenie to pozbawiło wnoszącego odwołanie oferenta możliwości skorzystania ze środków odwoławczych przed zawarciem umowy, kiedy takie naruszenie jest połączone z naruszeniem dyrektywy [2004/18], jeżeli naruszenie to wpłynęło na szanse wnoszącego odwołanie oferenta na otrzymanie zamówienia;

[…]”.

Dyrektywa 2004/18

8 Zgodnie z art. 7 lit. b) dyrektywy 2004/18, zmienionej rozporządzeniem Komisji (UE) nr 1251/2011 z dnia 30 listopada 2011 r. (Dz.U. 2011, L 319, s. 17) (zwanej dalej „dyrektywą 2004/18”), znajduje ona zastosowanie do zamówień publicznych na usługi udzielanych przez instytucje zamawiające inne niż centralne ograny rządowe, których szacunkowa wartość bez podatku od wartości dodanej (VAT) wynosi co najmniej 200 000 EUR.

9 Artykuł 44 ust. 1 wspomnianej dyrektywy stanowi:

„Zamówień udziela się na podstawie kryteriów określonych w art. 53 i 55, z uwzględnieniem art. 24, po zweryfikowaniu przez instytucje zamawiające predyspozycji wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni zgodnie z art. 45 i 46, na podstawie kryteriów dotyczących ich sytuacji ekonomicznej i finansowej, wiedzy lub możliwości zawodowych i technicznych, o których mowa w art. 47–52, oraz, w stosownych wypadkach, na podstawie niedyskryminacyjnych reguł i kryteriów określonych w ust. 3”.

Prawo austriackie

10 Paragraf 331 Bundesvergabegesetz 2006 (austriackiej ustawy federalnej o zamówieniach publicznych z 2006 r., BGBl. I, 17/2006), w brzmieniu mającym zastosowanie w postępowaniu głównym, znajduje się w części tej ustawy dotyczącej postępowań o charakterze deklaratoryjnym. Zgodnie z ust. 1 tego paragrafu:

„Jeżeli przedsiębiorca mający interes w zawarciu umowy podlegającej zakresowi zastosowania niniejszej ustawy federalnej poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku podnoszonego przez siebie naruszenia prawa, może wnieść o stwierdzenie, że […]”.

Postępowanie główne i pytanie prejudycjalne

11 W październiku 2012 r. BOKU Wien poprzez publikację ogłoszenia wszczął postępowanie w sprawie udzielenie zamówienia publicznego w trybie procedury negocjacyjnej w celu zawarcia z jednym wybranym oferentem umowy ramowej dotyczącej eksploatacji, konserwacji i renowacji technicznego wyposażenia budynków i wyposażenia laboratorium.

12 W wyznaczonym terminie oferty przedstawili wyłącznie zrzeszenie oraz Vamed.

13 Decyzją z dnia 20 grudnia 2013 r., doręczoną zrzeszeniu, zostało ono wykluczone z tego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia z uwagi na fakt, że nie przedłożyło w wyznaczonym terminie oryginału dowodu wpłacenia wadium.

14 Wniesione od tej decyzji przez zrzeszenie odwołanie zostało oddalone wyrokiem Bundesverwaltungsgericht (federalnego sądu administracyjnego, Austria) z dnia 31 stycznia 2014 r. Skarga rewizyjna wniesiona na ten wyrok również została oddalona postanowieniem Verwaltungsgerichtshof (sądu administracyjnego, Austria) z dnia 25 maja 2014 r.

15 Decyzją o udzieleniu zamówienia z dnia 14 marca 2014 r. doręczoną Vamed BOKU Wien wybrał ofertę tej spółki. Następnie zawarta została umowa ramowa, a Vamed rozpoczęła wykonywanie odnośnych usług.

16 Zrzeszenie wniosło odwołanie od tej decyzji o udzieleniu zamówienia do Bundesverwaltungsgericht (federalnego sądu administracyjnego). Odwołanie to zostało oddalone wyrokiem z dnia 8 sierpnia 2014 r. z uwagi na fakt, że prawa oferenta, którego oferta została zgodnie z prawem odrzucona, nie mogą zostać naruszone ze względu na nieprawidłowości, którymi dotknięta jest procedura wyboru innej oferty celem udzielenia zamówienia.

17 W ramach skargi rewizyjnej wniesionej od tego wyroku do sądu odsyłającego zrzeszenie podnosi, że sytuacja będąca przedmiotem postępowania głównego oraz okoliczności sprawy prowadzącej do wydania wyroku z dnia 4 lipca 2013 r. Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) są podobne. W obydwu przypadkach bowiem w postępowaniu uczestniczyli wyłącznie dwaj oferenci i choć zrzeszenie rzeczywiście zostało wykluczone, to twierdzi ono, że oferta Vamed powinna była zostać odrzucona, gdyż obliczenia dotyczące zasadniczych elementów tej oferty nie znajdują wytłumaczenia i są niezrozumiałe na płaszczyźnie ekonomicznej. W związku z tym, tak jak we wskazanym wyroku, istnieje dwóch oferentów, z których każdy ma równoważny interes gospodarczy w odrzuceniu oferty drugiej strony i może się na to powołać, nawet jeżeli jego własna oferta powinna zostać odrzucona.

18 Sąd odsyłający zauważa, że zgodnie z § 331 ustawy federalnej o zamówieniach publicznych z 2006 r. dopuszczalność skargi o stwierdzenie nieprawidłowości decyzji w zakresie zamówień publicznych jest uzależniona od przesłanki stanowiącej, że podmiot gospodarczy ma interes w zawarciu odnośnej umowy oraz że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku podnoszonego przez siebie naruszenia prawa.

19 Zbadawszy wyrok z dnia 4 lipca 2013 r., Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), sąd odsyłający zauważa, że w ramach tego wyroku nieprawidłowość oferty oferenta, który wniósł odwołanie, została stwierdzona nie przez instytucję zamawiającą w ramach odnośnego postępowania przetargowego, lecz w ramach postępowania sądowego wszczętego przez tego oferenta w celu zaskarżenia decyzji o udzieleniu zamówienia innemu oferentowi. Sąd ten zauważa, że w pkt 33 tego wyroku Trybunał uznał, że w sytuacji gdy prawidłowość oferty każdego z podmiotów jest zakwestionowana w ramach tego samego postępowania i na takich samych podstawach, każdy z nich może powołać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia oferty drugiego podmiotu. Wynika stąd, że w tej sytuacji oferent, którego oferta nie została wybrana, korzysta z ochrony sądowej, mimo iż jego oferta nie jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków odnośnego zamówienia.

20 Sąd odsyłający wyraża wątpliwości co do tego, czy wnioski zawarte w wyroku z dnia 4 lipca 2013 r., Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) znajdują zastosowanie również w sytuacji dwóch oferentów składających początkowo ofertę, jeżeli wykluczenie oferenta, który dąży do zakwestionowania decyzji o udzieleniu zamówienia, zostało uprzednio stwierdzone ostatecznie przez samą instytucję zamawiającą. Wątpliwości te sąd ten opiera na szeregu przesłanek zawartych w dyrektywie 89/665, do których należy przede wszystkim pojęcie „zainteresowanego oferenta" w rozumieniu art. 2a ust. 2 tej dyrektywy.

21 Jakkolwiek sąd ten przyjmuje, że dyrektywa ta nie chroni ostatecznie wykluczonych oferentów względem nieprawidłowości, jakie może zawierać decyzja o udzieleniu zamówienia przyjęta po ich ostatecznym wykluczeniu, to zastanawia się on, czy zasada równego traktowania znajdująca zastosowanie względem oferentów może jednak uzasadniać przyznanie takiemu wykluczonemu ostatecznie oferentowi prawo do wniesienia odwołania od tej decyzji, jeżeli jest ona korzystna tylko dla jednego rywalizującego z nim oferenta.

22 Ponadto na wypadek gdyby należało uznać, że oferent ostatecznie wykluczony z postępowania przetargowego posiada jednak prawo do wniesienia odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia, sąd odsyłający podnosi, po pierwsze, że Bundesverwaltungsgericht (federalny sąd administracyjny) uznał również, że nie należało uwzględniać powodów wykluczenia oferty Vamed podnoszonych przez zrzeszenie, gdyż nie wynikały one w oczywisty sposób z akt sprawy. Tymczasem takie stanowisko mogłoby być uzasadnione wymogiem wprowadzenia możliwe szybkiego odwołania, o którym mowa w art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665. Po drugie, sąd odsyłający zastanawia się nad znaczeniem, jakie w kontekście prawa do skutecznej ochrony sądowej ma okoliczność, że powody wykluczenia dwóch przedłożonych ofert mają taki sam lub odmienny charakter.

23 W tych okolicznościach Verwaltungsgerichtshof (sąd administracyjny) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy, mając na względzie zasady sformułowane w wyroku […] z dnia 4 lipca 2013 r. [Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)], art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że oferentowi, którego oferta została ostatecznie odrzucona przez instytucję zamawiającą i który w związku z tym nie jest [zgodnie z art. 2a dyrektywy 89/665] zainteresowanym oferentem, można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia (decyzji o zawarciu umowy ramowej) i o zawarciu umowy (obejmującej wymagane na podstawie art. 2 ust. 7 dyrektywy prawo do przyznania odszkodowania), mimo że oferty złożyli tylko dwaj oferenci i oferta wybranego oferenta, któremu udzielono zamówienia, powinna była, zgodnie z twierdzeniem niezainteresowanego oferenta [który wniósł to odwołanie], również zostać odrzucona?

2) W razie udzielenia na pytanie pierwsze odpowiedzi przeczącej – czy, mając na względzie zasady wynikające z wyroku […] z dnia 4 lipca 2013 r. [Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)], art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że podmiotowi niebędącemu zainteresowanym oferentem (zgodnie z art. 2a dyrektywy) powinien zostać przyznany dostęp do odwołania tylko wtedy:
   a) gdy z akt postępowania odwoławczego jednoznacznie wynika, że oferta wybranego oferenta nie jest prawidłowa?
   b) gdy oferta wybranego oferenta nie jest prawidłowa ze względu na takie same podstawy?".

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

24 Na wstępie należy przypomnieć, że zgodnie ze swym art. 1 ust. 1 dyrektywa 89/665 znajduje zastosowanie wyłącznie do odwołań dotyczących procedur udzielania zamówień publicznych, o których mowa w dyrektywie 2004/18 i niewyłączonych z jej zakresu stosowania ma mocy jej art. 10–18.

25 Jakkolwiek postanowienie odsyłające nie zawiera żadnej wskazówki co do wartości umowy ramowej będącej przedmiotem postępowania głównego w świetle ustanowionego progu stosowania dyrektywy 2004/18 ustalonego zgodnie z art. 7 lit. b) tej dyrektywy na 200 000 EUR w odniesieniu do zamówień publicznych na usługi udzielanych przez instytucje zamawiające inne niż centralne ograny rządowe, to z szeregu informacji zawartych w aktach postępowania krajowego wynika, że próg ten jest wyraźnie przekroczony w przypadku umowy ramowej – co powinien jednak zbadać sąd odsyłający.

26 Ponadto ponieważ rzeczona umowa ramowa nie jest z uwagi na swój charakter objęta wyłączeniami przewidzianymi w art. 10–18 dyrektywy 2004/18, nic nie stoi na przeszkodzie temu, aby Trybunał udzielił odpowiedzi na przedłożone pytania.

W przedmiocie pytania pierwszego

27 W swym pierwszym pytaniu sąd odsyłający zastanawia się w istocie, czy art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 w świetle wyroku z dnia 4 lipca 2013 r., Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on temu, aby oferentowi wykluczonemu z postępowania w spawie udzielenia zamówienia publicznego na mocy ostatecznej decyzji instytucji zamawiającej, który nie jest zatem zainteresowanym oferentem zgodnie z art. 2a tej dyrektywy, można było odmówić dostępu do umożliwiającego zakwestionowanie zawarcia umowy odwołania od decyzji o udzieleniu odnośnego zamówienia publicznego, jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i wybrany oferent, a zdaniem wykluczonego oferenta oferta wybranego oferenta również powinna była zostać odrzucona.

28 W kwestii tej należy przypomnieć, że zgodnie z postanowieniami art. 1 ust. 1 akapit trzeci i art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 aby odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające mogły zostać uznane za skuteczne, muszą być one dostępne co najmniej dla każdego, kto ma względnie miał interes w uzyskaniu określonego zamówienia i kto poniósł w związku z nim szkodę lub był narażony na jej poniesienie w wyniku podnoszonego naruszenia (wyrok z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, pkt 23).

29 W pkt 26 i 27 tego wyroku Trybunał podkreślił, że wyrok z dnia 4 lipca 2013 r., Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) konkretyzuje wymogi sformułowane w art. 1 ust. 1 akapit trzeci i art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665, w sytuacji gdy w wyniku przeprowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego dwóch oferentów wnosi odwołania zmierzające do wzajemnego wykluczenia. W takiej sytuacji bowiem każdy z dwóch oferentów ma interes w uzyskaniu odnośnego zamówienia.

30 Jednakże sytuacja będąca przedmiotem postępowania głównego wyraźnie różni się od sytuacji rozważanych w sprawach zakończonych wyrokami z dnia 4 lipca 2013 r., Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) i z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE (C-689/13, EU:C:2016:199).

31 Po pierwsze, oferty zainteresowanych oferentów w sprawach zakończonych tymi dwoma wyrokami nie były przedmiotem decyzji o wykluczeniu podjętej przez instytucję zamawiającą – w odróżnieniu od oferty przedstawionej przez zrzeszenie w niniejszej sprawie.

32 Po drugie, to w ramach jednego i tego samego postępowania odwoławczego dotyczącego decyzji o udzieleniu zamówienia w tych dwóch sprawach każdy z oferentów kwestionował prawidłowość oferty konkurenta, przy czym każdy z nich z mógł powołać się na równoważny uzasadniony interes w postaci

wykluczenia oferty drugiego podmiotu, a zarzuty te mogły prowadzić do stwierdzenia niemożności dokonania przez instytucję zamawiającą wyboru prawidłowej oferty (zob. wyroki: z dnia 4 lipca 2013 r., Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, pkt 33; z dnia 5 kwietnia 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, pkt 24). Natomiast w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym zrzeszenie wniosło odwołanie najpierw od przyjętej wobec niego decyzji o wykluczeniu, a następnie od decyzji o udzieleniu zamówienia, i to w ramach tego drugiego postępowania powołuje się ono na nieprawidłowości oferty wybranego oferenta.

33 Wynika stąd, że zasada wypracowana w orzecznictwie w wyrokach z dnia 4 lipca 2013 r., Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) i z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE (C-689/13, EU:C:2016:199) nie znajduje zastosowania w sytuacji proceduralnej w sporze rozpatrywany w postępowaniu głównym.

34 Należy ponadto zauważyć, że jak wynika z art. 1 ust. 3 i art. 2a dyrektywy 89/665, gwarantuje ona skuteczne środki odwoławcze od nieprawidłowych decyzji wydanych w ramach postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, umożliwiając wykluczonym oferentom zakwestionowanie nie tylko decyzji o wykluczeniu, lecz również, o ile takie odwołanie nie zostało jeszcze rozstrzygnięte, dalszych decyzji, które mogłyby spowodować po jego stronie szkodę w przypadku unieważnienia jego wykluczenia.

35 W tej sytuacji art. 1 ust. 3 tej dyrektywy nie może być interpretowany w ten sposób, że sprzeciwia się on temu, aby oferentowi takiemu jak zrzeszenie odmówiony został dostęp do odwołania, w sytuacji gdy należy uznać, że oferent ten został ostatecznie wykluczony w rozumieniu art. 2a ust. 2 akapit drugi tej dyrektywy.

36 W świetle powyższych uwag na przedłożone pytanie należy odpowiedzieć, że art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, aby oferentowi wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji instytucji zamawiającej z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego odmówiono dostępu do umożliwiającego zakwestionowanie zawarcia umowy odwołania od decyzji o udzieleniu odnośnego zamówienia publicznego, jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i wybrany oferent, a zdaniem wykluczonego oferenta oferta wybranego oferenta również powinna była zostać odrzucona.

W przedmiocie pytania drugiego

37 Z uwagi na odpowiedź udzieloną na pytanie pierwsze nie ma potrzeby udzielenia odpowiedzi na pytanie drugie.

W przedmiocie kosztów

38 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 głównym, nie podlegają zwrotowi.

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

Artykuł 1 ust. 3 dyrektywy 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, zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, aby oferentowi wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji instytucji zamawiającej z postępowania

w sprawie udzielenia zamówienia publicznego odmówiono dostępu do umożliwiającego zakwestionowanie zawarcia umowy odwołania od decyzji o udzieleniu odnośnego zamówienia publicznego, jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i wybrany oferent, a zdaniem wykluczonego oferenta oferta wybranego oferenta również powinna była zostać odrzucona.

Podpisy