Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZA-BORDONY
przedstawiona w dniu 24 lutego 2022 r.[1]

Sprawa C-669/20

Veridos GmbH
przeciwko
Ministar na vatreshnite raboti na Republika Bulgaria,
Mühlbauer ID Services GmbH – S&T

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Varhoven administrativen sad (naczelny sąd administracyjny, Bułgaria)]

Pytanie prejudycjalne – Procedury udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi – Dyrektywa 2014/24/UE – Dyrektywa 2009/81/WE – Ustalenie kryteriów oceny istnienia rażąco niskiej oferty – Występowanie minimum trzech ofert

1. Prawo Unii w sytuacji, w której niektórych zamówień publicznych należałoby udzielić na rzecz oferty najkorzystniejszej ekonomicznie lub zawierającej najniższą cenę, dopuszcza, by instytucja zamawiająca odrzuciła „rażąco niskie oferty", które nie mają zadowalającego uzasadnienia.

2. Niniejsze odesłanie prejudycjalne zawiera szereg pytań dotyczących zamówienia publicznego na zaprojektowanie systemu wydawania bułgarskich dokumentów tożsamości, utworzenie go i zarządzanie nim. Sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia:

– na jakich warunkach i w jakim zakresie instytucja zamawiająca jest zobowiązana do dokonywania weryfikacji istnienia rażąco niskich ofert w rozumieniu dyrektywy 2009/81/WE[2] i dyrektywy 2014/24/UE[3];

– kiedy należy przeprowadzić sądową kontrolę oceny instytucji zamawiającej wykluczającej występowanie rażąco niskiej oferty i czy ta ocena musi być uzasadniona.

[1] Język oryginału: hiszpański.

[2] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 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 zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.U. 2009, L 216, s. 76).

[3] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65).

A. Prawo Unii

1. Dyrektywa 2014/24

3. Motyw 90 stwierdza:

„Zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów zapewniających przestrzeganie zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania, z myślą o zagwarantowaniu obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, tak aby ustalić – w warunkach efektywnej konkurencji – która z ofert jest najkorzystniejsza ekonomicznie […].

Aby zachęcić do tego, by w zamówieniach publicznych większą uwagę zwracano na jakość, państwa członkowskie powinny mieć prawo – gdy uznają to za stosowne – zabronić stosowania wyłącznie ceny lub wyłącznie kosztu do celów oceny oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, bądź też ograniczyć stosowanie tych czynników.

Aby zagwarantować przestrzeganie zasady równego traktowania przy udzielaniu zamówień, instytucje zamawiające powinny być zobowiązane do zapewnienia niezbędnej przejrzystości, by umożliwić wszystkim oferentom otrzymywanie wystarczających informacji na temat kryteriów i warunków, które zostaną zastosowane przy podejmowaniu decyzji o udzieleniu zamówienia. Instytucje zamawiające powinny mieć zatem obowiązek wskazania kryteriów udzielenia zamówienia oraz względnej wagi przypisanej każdemu z nich […]”.

4. Motyw 92 stanowi:

„Oceniając najlepszą relację jakości do ceny, instytucje zamawiające powinny określić kryteria ekonomiczne i jakościowe dotyczące przedmiotu zamówienia, na podstawie których przeprowadzą ocenę. Kryteria te powinny zatem umożliwić ocenę porównawczą poziomu wykonania oferowanego w każdej z ofert w kontekście przedmiotu zamówienia określonego w specyfikacji technicznej. W odniesieniu do najlepszej relacji jakości do ceny w niniejszej dyrektywie przedstawiono otwarty wykaz możliwych kryteriów udzielenia zamówienia, który obejmuje aspekty środowiskowe i społeczne. Należy zachęcać instytucje zamawiające do wybierania takich kryteriów udzielenia zamówienia, które umożliwią im otrzymanie wysokiej jakości robót budowlanych, dostaw i usług, optymalnie odpowiadających ich potrzebom.

Wybrane kryteria udzielenia zamówienia nie powinny przyznawać instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru oraz powinny zapewniać możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji, a także powinny im towarzyszyć rozwiązania, które pozwalają na skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów.

[…]”.

5. Artykuł 56 („Zasady ogólne”) stanowi:

„1. Zamówień udziela się na podstawie kryteriów określonych zgodnie z art. 67–69, pod warunkiem że instytucja zamawiająca sprawdziła, zgodnie z art. 59–61, że spełnione są wszystkie następujące warunki:

[…]”.

6. Artykuł 69 („Rażąco niskie oferty”) stanowi:

„1. Instytucje zamawiające wymagają od wykonawców wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztów zaproponowanych w ofercie, jeżeli oferta wydaje się rażąco niska w stosunku do odnośnych robót budowlanych, dostaw lub usług.

[…]

3. Instytucja zamawiająca ocenia dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem. Może ona odrzucić ofertę wyłącznie w przypadku, gdy dostarczone dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów […]”.

2. Dyrektywa 2009/81

7. Zgodnie z motywem 15:

„Udzielanie zamówień, na które w państwach członkowskich zawarte zostały umowy przez podmioty zamawiające, o których mowa w dyrektywie 2004/17/WE […] oraz przez instytucje zamawiające, o których mowa w dyrektywie 2004/18/WE […] odbywa się zgodnie z zasadami traktatu, a w szczególności z zasadami swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad z nich wynikających, takich jak zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości.

[…]”.

8. Motyw 69 stanowi:

„Zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów, zapewniających zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarantujących, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. W rezultacie należy dopuścić stosowanie tylko dwóch kryteriów udzielania zamówień, mianowicie »najniższej ceny« i »oferty najkorzystniejszej ekonomicznie«”.

9. Zgodnie z art. 38 („Weryfikacja predyspozycji kandydatów i kwalifikacja uczestników oraz udzielanie zamówień”):

„1. Zamówień udziela się na podstawie kryteriów określonych w art. 47 i 49, z uwzględnieniem art. 19, po zweryfikowaniu przez instytucje/podmioty zamawiające predyspozycji wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni zgodnie z art. 39 lub 40, na podstawie kryteriów dotyczących ich sytuacji ekonomicznej i finansowej, wiedzy lub możliwości zawodowych i technicznych, o których mowa w art. 41–46 oraz, w stosownych przypadkach, na podstawie niedyskryminacyjnych reguł i kryteriów, o których mowa w ust. 3.

[…]”.

10. Artykuł 49 („Rażąco niskie oferty”) wskazuje:

„1. Jeżeli w przypadku danego zamówienia oferty wydają się rażąco niskie w stosunku do świadczenia, instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający, przed odrzuceniem tych ofert, zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne.

[…]

2. Poprzez konsultacje z oferentem instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający weryfikuje składowe elementy oferty, uwzględniając dostarczone dowody.

[…]”.

11. Artykuł 55 („Zakres stosowania i dostępność procedur odwoławczych”) przewiduje w ust. 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”.

B. Prawo bułgarskie

12. Artykuł 72 Zakon za obshtestvenite porachki (ustawy o zamówieniach publicznych), zatytułowany „Rażąco korzystne oferty”, stwierdza:

„1. Gdy propozycja w ofercie uczestnika – związana z ceną lub wydatkami – podlegającej ocenie jest o ponad 20% korzystniejsza od średniej ceny proponowanej przez pozostałych uczestników w odniesieniu do tego samego elementu oceny, podmiot zamawiający wzywa do przedstawienia szczegółowego uzasadnienia na piśmie odnośnie do sposobu określenia ceny, które to uzasadnienie należy przedstawić w pięciodniowym terminie od otrzymania wezwania”.

II. Okoliczności faktyczne, postępowanie i pytania prejudycjalne

13. Ministerstwo spraw wewnętrznych Republiki Bułgarii jako instytucja zamawiająca wszczęło postępowanie przetargowe, którego przedmiotem było „Zaprojektowanie systemu wydawania bułgarskich dokumentów tożsamości generacji 2019, utworzenie go i zarządzanie nim” [4].

14. Po przeprowadzeniu wstępnej selekcji do przedstawienia ofert zostały zaproszone spółka Veridos GmbH (zwana dalej „Veridosem”) i konsorcjum Mühlbauer ID Services GmbH-S&T (zwane dalej „Mühlbauerem”).

15. Zamówienia udzielono ostatecznie Mühlbauerowi [5].

[4] Ogłoszenie opublikowane decyzją nr 5785 MPR-58 z dnia 15 sierpnia 2018 r.

[5] Decyzja nr 5785 MPR-35 z dnia 29 kwietnia 2020 r.

16. Veridos złożył odwołanie od tego udzielenia do Komisia za zashtita na konkurentsiata (komisji ds. ochrony konkurencji, Bułgaria), podnosząc, że zwycięska oferta była rażąco korzystna [6].

17. Komisja ds. ochrony konkurencji oddaliła odwołanie Veridosu decyzją z dnia 25 czerwca 2020 r. W jej ocenie art. 72 ustawy o zamówieniach publicznych nie miał zastosowania, gdyż z racji tego, że przedstawiono tylko dwie oferty, nie było możliwe obliczenie przewidzianej w tym przepisie wartości średniej w celu ustalenia, czy jedna z nich była rażąco korzystna.

18. Veridos zaskarżył decyzję z dnia 25 czerwca 2020 r. do Varhoven administrativen sad (najwyższego sądu administracyjnego, Bułgaria), który zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy art. 56 w związku z art. 69 dyrektywy [2014/24] i art. 38 w związku z art. 49 dyrektywy [2009/81] należy interpretować w ten sposób, że przy obiektywnej niemożności zastosowania przyjętego w prawie krajowym kryterium oceny oferty z rażąco niską ceną i braku innego, wybranego i uprzednio ogłoszonego przez podmiot zamawiający, kryterium podmiot zamawiający nie ma obowiązku przeprowadzenia kontroli istnienia oferty z rażąco niską ceną?

2) Czy art. 56 w związku z art. 69 dyrektywy 2014/24 i art. 38 w związku z art. 49 dyrektywy 2009/81 należy interpretować w ten sposób, że podmiot zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia kontroli istnienia ofert z rażąco niską ceną, wyłącznie gdy istnieje wątpliwość w odniesieniu do którejś z ofert, lub przeciwnie, że podmiot zamawiający ma obowiązek zawsze upewnić się co do powagi otrzymanych ofert, wskazując odpowiednie uzasadnienie w tym względzie?

3) Czy podobny wymóg ma zastosowanie do podmiotu zamawiającego, gdy złożono wyłącznie dwie oferty w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego?

4) Czy art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej [zwanej dalej »kartą«] należy interpretować w ten sposób, że ocena podmiotu zamawiającego dotycząca braku wątpliwości w odniesieniu do istnienia rażąco niskiej oferty lub jego upewnienie się co do istnienia poważnej oferty w odniesieniu do uczestnika sklasyfikowanego na pierwszym miejscu podlegają kontroli sądowej?

5) Na wypadek udzielenia odpowiedzi twierdzącej na poprzednie pytanie, czy art. 47 [karty] należy interpretować w ten sposób, że podmiot zamawiający w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który nie przeprowadził kontroli istnienia oferty z rażąco niską ceną, ma obowiązek wyjaśnić i uzasadnić brak wątpliwości co do istnienia oferty z rażąco niską ceną, to jest istnienie poważnej oferty w odniesieniu do sklasyfikowanej na pierwszym miejscu oferty?”.

III. Postępowanie przed Trybunałem

19. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wpłynął do Trybunału w dniu 8 grudnia 2020 r.

[6] Postanowienie odsyłające pkt 41 in fine.

20. W dniu 1 lutego 2021 r. prezes Trybunału postanowił nie rozstrzygać wniosku o dalsze prowadzenie postępowania w trybie przyspieszonym.

21. Uwagi zostały złożone przez Veridos, Mühlbauer, rządy austriacki, bułgarski, czeski i francuski, a także przez Komisję Europejską.

22. Nie uznano za konieczne przeprowadzenia rozprawy.

IV. Analiza

A. Uwagi wstępne

23. Ponieważ w niniejszej sprawie chodzi o zamówienie publiczne na wydawanie dokumentów tożsamości, odpowiadające „dziedzinom obronności i bezpieczeństwa”[7], zastosowanie ma dyrektywa 2009/81. To właśnie zgodnie z tą dyrektywą, jak wskazano w postanowieniu odsyłającym, instytucja zamawiająca ogłosiła przetarg na pojedyncze zamówienie[8].

24. Sąd odsyłający kieruje jednak pytania dotyczące odpowiednich artykułów dyrektywy 2009/81 i dyrektywy 2014/24. Swoje podejście uzasadnia, powołując się na „identyczne brzmienie i analogiczną funkcję istotnych przepisów obydwu dyrektyw”[9]. Nic nie stoi temu na przeszkodzie, gdyż przepisy obu dyrektyw, których wykładnia ma zostać dokonana, co do istoty są takie same, tak że odpowiedź Trybunału odnosi się jednakowo do wszystkich[10].

25. W tym samym duchu orzecznictwo Trybunału w tej dziedzinie, nawet jeśli odnosi się do analogicznych przepisów dyrektyw o zamówieniach publicznych innych niż dwie przytoczone wyżej dyrektywy, może być, jak wyjaśnię poniżej, zastosowane w niniejszej sprawie.

7 Rząd bułgarski twierdzi (pkt 9 jego uwag), że technologia i materiały wykorzystywane do [wytworzenia] dokumentów tożsamości wymagają informacji niejawnych lub zawierają takie informacje, przez co należą do „newralgicznego wyposażenia”, o którym mowa w art. 2 lit. b) i c) dyrektywy 2009/81.

8 Zgodnie z postanowieniem odsyłającym (pkt 22) podmiot zamawiający „przyjął decyzję i ogłosił jednolite zamówienie w trybie dyrektywy 2009/81” zgodnie z jej motywem 24, zamiast skorzystać z możliwości otwartej przez motyw 13 dyrektywy 2014/24. Zgodnie z art. 16 ust. 2 lit. b) tej dyrektywy w przypadku zamówień mieszanych, „w przypadku gdy część danego zamówienia jest objęta dyrektywą 2009/81/WE, zamówienia można udzielić zgodnie z tą dyrektywą, pod warunkiem że udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych”.

9 Punkt 22 postanowienia odsyłającego.

10 Normatywne odniesienia do rażąco niskich ofert były i są stałe w prawie Unii dotyczącym zamówień publicznych począwszy od dyrektywy Rady 71/305/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. 1971, L 185, s. 1), art. 29 ust. 5. Odniesienie takie znajdowało się w dyrektywie Rady 77/62/EWG z dnia 21 grudnia 1976 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. 1977, L 13, s. 1), art. 25 ust. 5; w dyrektywie Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. 1992, L 209, s. 1), art. 37; w dyrektywie Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. 1993, L 199, s. 12), art. 27; w dyrektywie Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. 1993, L 199, s. 54), art. 30 ust. 4; i w dyrektywie Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. 1993, L 199, s. 84), art. 34. Sformułowania te zostały powtórzone w kolejnych generacjach tego prawodawstwa, jak w dyrektywie 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. 2004, L 134, s. 1), art. 57; dyrektywie 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), art. 55; i w dyrektywie 2014/25/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 243), art. 84.

26. Pytania sądu odsyłającego można, ze względu na ich treść, podzielić na dwie grupy:

– w pierwszych trzech pytaniach chodzi o ustalenie, czy instytucja zamawiająca ma obowiązek zbadania istnienia rażąco niskich ofert, a jeśli tak, to na jakich warunkach i w jakim zakresie;

– pytania czwarte i piąte dotyczą uzasadnienia, jakie musi przedstawić instytucja zamawiająca w odniesieniu do braku wystąpienia rażąco niskiej oferty i sądowej kontroli tej oceny.

B. Obowiązek zbadania istnienia rażąco niskich ofert (pytania prejudycjalne pierwsze, drugie i trzecie)

27. Zdaniem sądu odsyłającego spór ogranicza się jedynie do uprawnienia, które ustawodawca krajowy wykonał, ustalając w art. 72 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych kryterium oceny rażąco niskich ofert [11].

28. Jeśli dobrze rozumiem argumentację sądu odsyłającego, z jego wykładni przepisu krajowego wydaje się wynikać, że *jedynym* kryterium uznania oferty za „rażąco niską" jest to, by cena była niższa o 20% od średniej ceny ofert zaproponowanych przez pozostałych oferentów. W sytuacji gdy nie można zastosować tego kryterium ze względu na istnienie tylko dwóch ofert, instytucja zamawiająca nie może dokonać oceny nieprawidłowości którejkolwiek z nich [12].

29. Zanim zajmę się tym, czy tak interpretowany przepis krajowy [13] jest zgodny z dyrektywami 2009/81 i 2014/24 (w szczególności z art. 49 pierwszej i z art. 69 drugiej), przypomnę, że:

– art. 49 dyrektywy 2009/81 nakłada na instytucję zamawiającą obowiązek monitorowania i weryfikacji powagi ofert; jeżeli oferty wydają się rażąco niskie w stosunku do świadczenia, instytucja ta zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne;

– zgodnie z brzmieniem art. 69 dyrektywy 2014/24 instytucje zamawiające „wymagają od wykonawców wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztów zaproponowanych w ofercie, jeżeli oferta wydaje się rażąco niska w stosunku do odnośnych robót budowlanych, dostaw lub usług".

[11] Punkt 23 postanowienia odsyłającego. Sąd odsyłający po przytoczeniu tego przepisu twierdzi, że kryterium uznania za rażąco niską oferty korzystniejszej o ponad 20% od średniej ceny proponowanej przez pozostałych uczestników „w sposób dorozumiany wymaga istnienia minimum trzech ofert, zaś ocenę danej propozycji przeprowadza się w odniesieniu do średniej ceny pozostałych dwóch".

[12] Rząd bułgarski (pkt 34 jego uwag) jest tego samego zdania: w przypadku gdy są tylko dwie oferty, brakuje obiektywnego kryterium uznania ich za rażąco niskie, tak że instytucja zamawiająca nie jest w stanie nabrać podejrzeń, że jedna z nich ma właśnie taki charakter.

[13] Chociaż wykładnia prawa krajowego należy logicznie do sądu odsyłającego, można by rozważyć, czy w rzeczywistości przepis bułgarski uznaje porównanie ceny jednej oferty ze średnią ceną pozostałych ofert jedynie za zwykły niewyłączny wskaźnik. Z tej perspektywy instytucja zamawiająca mogłaby zastosować inne kryteria pomocnicze, które nawet jeśli nie są wyraźnie określone w tym przepisie, umożliwiłyby jej dostrzeżenie nieprawidłowości istniejących w samej ofercie.

30. Jak już wcześniej wskazałem, lektura tych przepisów musi odbywać się w świetle orzecznictwa Trybunału, ponieważ ustawodawca unijny nie zdefiniował pojęcia rażąco niskiej oferty ani nie przewidział szczególnej metody obliczania progu *odchylenia* [14]. Stąd też nalegam na znaczenie wykładni orzeczniczej, która z biegiem czasu zachowała niezwykłą ciągłość [15].

31. Trybunał orzekł:

– w odniesieniu do dyrektywy 92/50, że „do państw członkowskich, a w szczególności do instytucji zamawiających należy określenie metody obliczania progu odchylenia stanowiącego »rażąco niską ofertę« […]” [16];

– w odniesieniu do dyrektywy 93/37, że instytucja zamawiająca nie może uchylać się od obowiązku „zidentyfikowani[a] podejrzanych ofert”, a w przypadku ich wystąpienia – zastosowania odpowiedniego (kontradyktoryjnego) postępowania sprawdzającego [17];

– w odniesieniu do dyrektywy 2004/18 [18], że „[…] zamiarem prawodawcy Unii było *ustanowienie względem instytucji zamawiających wymogu, by dokonywały one weryfikacji* składowych elementów rażąco niskich ofert, poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne” [19].

32. W zakresie art. 69 dyrektywy 2014/24 Trybunał stwierdził, że:

– w przypadku gdy oferta wydaje się rażąco niska, instytucje zamawiające *wymagają* od oferenta wyjaśnień odnośnie do ceny lub kosztów zaproponowanych w ofercie, które to wyjaśnienia mogą w szczególności dotyczyć elementów, o których mowa w ust. 2 tego artykułu [20];

– instytucja zamawiająca powinna ocenić dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem i może ona odrzucić taką ofertę wyłącznie w przypadku, gdy dostarczone dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów [21].

33. Innymi słowy, przepisy unijne w każdym przypadku nakładają na instytucje zamawiające obowiązek weryfikacji, czy którakolwiek ze złożonych ofert nie wydaje się *prima facie* rażąco niska.

[14] Podkreśla to Komisja w swoich Wytycznych dotyczących udziału oferentów z państw trzecich w unijnym rynku zamówień publicznych oraz wprowadzania na ten rynek towarów z państw trzecich, komunikat z dnia 24 lipca 2019 r., C(2019) 5494 final, pkt 2.1.

[15] Ciągłość ta jest widoczna zwłaszcza w wyrokach: z dnia 22 czerwca 1989 r., Fratelli Costanzo (103/88, EU:C:1989:256; zwanym dalej „wyrokiem Fratelli Costanzo”); z dnia 27 listopada 2001 r., Lombardini i Mantovani (C-285/99 i C-286/99, EU:C:2001:640; zwanym dalej „wyrokiem Lombardini i Mantovani”); z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in. (C-599/10, EU:C:2012:191); z dnia 18 grudnia 2014 r., Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466); z dnia 19 października 2017 r., Agriconsulting Europe/Komisja, (C-198/16 P, EU:C:2017:784); z dnia 10 września 2020 r., Tax-Fin-Lex (C-367/19, EU:C:2020:685; zwanym dalej „wyrokiem Tax-Fin-Lex”).

[16] Wyrok z dnia 18 grudnia 2014 r., Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466, pkt 49).

[17] Wyrok Lombardini i Mantovani, pkt 55.

[18] Której art. 55 ust. 1 odpowiada art. 49 ust. 1 dyrektywy 2009/81.

[19] Wyrok z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in. (C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 28). Wyróżnienie moje.

[20] Wyrok Tax-Fin-Lex, pkt 32.

[21] Ibidem, pkt 33.

34. W tym celu nie ma znaczenia, że nie jest możliwe „zastosowanie przyjętego w prawie krajowym kryterium oceny oferty z rażąco niską ceną" i że inne kryterium wybrane przez instytucję zamawiającą nie zostało wcześniej ujawnione. Instytucja zamawiająca, powtarzam, nie może odstąpić od weryfikacji, czy oferta (wszystkie oferty) jest podejrzana o brak powagi.

35. Nie ma również znaczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia wzięło udział tylko dwóch kandydatów: każda z tych dwóch ofert musi zostać zbadana przez instytucję zamawiającą, która oceni jej ewentualnie podejrzany charakter.

36. Jak już wyjaśniłem, co do zasady do państw członkowskich i instytucji zamawiających należy określenie progu odchylenia decydującego o „rażąco niskiej ofercie". Prawo Unii zawiera w każdym razie wytyczne dotyczące określenia przedmiotu szczegółów wymaganych od składającego podejrzaną ofertę [22].

37. Rząd bułgarski utrzymuje, że wykrycie rażąco niskich ofert może opierać się wyłącznie na obliczeniach arytmetycznych, takich jak przyjęte w przepisach krajowych. Jego zdaniem rozwiązanie to gwarantuje obiektywność, której nie można zapewnić, jeżeli identyfikacja podejrzanych ofert opiera się na subiektywnej ocenie instytucji zamawiającej [23].

38. Nie podzielam tego argumentu. Instytucja zamawiająca musi zidentyfikować oferty widocznie podejrzane (podlegające z tego względu kontradyktoryjnemu postępowaniu sprawdzającemu) w świetle ogółu specyfikacji przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia. Porównanie z resztą złożonych ofert, mimo że w niektórych przypadkach przydatne do wykrycia odchylenia, nie może stać się *jedynym* kryterium stosowanym przez instytucję zamawiającą. Badanie wszystkich elementów oferty, jako takich, pozwoli na ustalenie, czy wbrew pozorom i dystansowi do cen pozostałych oferentów [24] podejrzana oferta jest wystarczająco poważna.

39. Ponadto Trybunał orzekł już, że zastosowanie czysto matematycznego kryterium może stać w sprzeczności z rozwojem skutecznej konkurencji w dziedzinie zamówień publicznych. Tak było w przypadku spraw rozstrzygniętych wyrokami Fratelli Costanzo i Lombardini i Mantovani:

– w wyroku w pierwszej sprawie przepis włoski uznawał za nieprawidłowe i wykluczał z postępowania „oferty, które zawierały obniżenie ceny przekraczające o jeden procent średnią z procentów dopuszczonych ofert, powiększony o procent wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu". Zgodnie z brzmieniem tego ostatniego automatycznie wykluczane były oferty, które nie przekraczały szacowanej wartości o co najmniej 9,48% [25];

– w wyroku w drugiej sprawie procent, od którego uzależniony był obowiązek poddania nieprawidłowej oferty postępowaniu sprawdzającemu przez instytucję zamawiającą, został ustalony na „miarę równą średniej arytmetycznej rozbieżności procentowych wszystkich

[22] Zgodnie z art. 49 dyrektywy 2009/81 szczegóły te mogą dotyczyć: 1) ekonomiczności danej metody budowania, procesu produkcyjnego lub świadczonych usług; 2) technicznych lub wszelkich wyjątkowo korzystnych warunków, którymi dysponuje oferent, do realizacji robót budowlanych albo dostawy produktów lub usług; 3) oryginalności robót budowlanych, dostaw lub usług proponowanych przez oferenta; 4) zgodności z obowiązującymi przepisami dotyczącymi ochrony zatrudnienia i warunków pracy w miejscu, w którym roboty budowlane, usługi lub dostawy mają być realizowane; 5) możliwości uzyskania przez oferenta pomocy państwa. Postanowienia art. 69 dyrektywy 2014/24 są zasadniczo identyczne.

[23] Punkt 18 uwag na piśmie rządu bułgarskiego.

[24] W wyroku Tax-Fin-Lex Trybunał nie wykluczył, że w określonych okolicznościach nawet oferta „po cenie zero" może być dopuszczalna (czyli nie jest rażąco niska), niezależnie od tego, jak bardzo różni się od pozostałych przedstawionych.

[25] Wyrok Fratelli Costanzo, pkt 6–10.

dopuszczonych ofert, powiększoną o średnią arytmetyczną rozbieżności procentowych obniżeń cen, które przekraczają wskazaną wyżej średnią”[26].

40. Trybunał orzekł, że „kryterium matematyczne, na podstawie którego uznaje się za rażąco niskie, a tym samym za wykluczone z postępowania o udzielenie zamówienia, oferty, które zawierają zwiększenie ceny niższe niż 10% średniego zwiększenia ceny wzrostu w stosunku do szacowanej wartości projektu wszystkich dopuszczonych ofert, pozbawia tych oferentów, którzy złożyli szczególnie niskie oferty, możliwości wykazania ich powagi, przez co stosowanie takiego kryterium jest sprzeczne z celem dyrektywy 71/305, jakim jest wspieranie rozwoju efektywnej konkurencji w dziedzinie zamówień publicznych”[27].

41. Na podstawie tych przesłanek można wyciągnąć wniosek, że nie jest zgodny z prawem Unii przepis krajowy, zgodnie z którym *jedynym* kryterium oceny, czy oferta jest rażąco niska, jest to, że wskazana w niej cena jest o 20% niższa niż średnia cen wskazanych w ofertach złożonych przez innych oferentów.

42. Celem obowiązku weryfikacji powagi *wszystkich* złożonych ofert jest zapewnienie poszanowania zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania, zgodnie z którymi musi być dokonywane udzielanie zamówień publicznych[28].

43. Cel ten zostałby naruszony, gdyby przepisy krajowe ograniczały do parametrów czysto procentowych (w stosunku do pozostałych oferentów) przypadki, w których dana oferta może zostać zakwalifikowana jako „rażąco niska”, czyniąc bezskutecznymi tym samym przepisy art. 49 dyrektywy 2009/81 i art. 69 dyrektywy 2014/24.

C. Uzasadnienie i sądowa kontrola oceny instytucji zamawiającej odnośnie do ewentualnego występowania rażąco niskiej oferty (pytania prejudycjalne czwarte i piąte)

44. Artykuł 55 ust. 2 dyrektywy 2009/81 ustanawia prawo do odwołania się od decyzji instytucji zamawiającej[29]. Przepis ten jest zgodny z systemem dyrektywy 89/665/EWG[30] i, jak podkreśla Komisja, gwarantuje poszanowanie praw określonych w art. 47 karty[31].

45. Ogólnie rzecz biorąc i zgodnie z art. 55 ust. 4 dyrektywy 2009/81, państwa członkowskie są zobowiązane zapewnić „dostępność procedur odwoławczych […] 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”.

[26] Wyrok Lombardini i Mantovani, pkt 8.

[27] Wyrok Lombardini i Mantovani, pkt 47, z cytatem z wyroku Fratelli Costanzo, pkt 18. Ten ostatni stwierdza, że przepisy Unii w dziedzinie zamówień publicznych, takie jak te omawiane w niniejszej sprawie, ze względu na swoją treść, bezwarunkowość i precyzję wywołują bezpośredni skutek.

[28] W odniesieniu do dyrektywy 2009/81 znajduje to odzwierciedlenie w jej motywie 69.

[29] „Państwa członkowskie podejmują niezbędne środki, aby zapewnić możliwość skutecznego, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje/podmioty zamawiające, […] z powodu naruszenia przez te decyzje prawa [Unii] w dziedzinie zamówień lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo”.

[30] Dyrektywa Rady 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). Artykuł 55 ust. 2 dyrektywy 2009/81 powtarza brzmienie art. 1 ust. 1 akapit czwarty dyrektywy 89/665, umożliwiając zastosowanie, w drodze analogii, wyroków Trybunału dotyczących tej ostatniej dyrektywy.

[31] Komisja odnosi się do motywu 36 dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.U. 2007, L 335, s. 31). Zgodnie z tym motywem dyrektywa „ma na celu zapewnienie pełnego poszanowania prawa do skutecznego środka odwoławczego i dostępu do bezstronnego sądu, zgodnie z art. 47 akapit pierwszy i drugi karty”.

46. W odniesieniu do rażąco niskich ofert odpowiedź na tę drugą grupę pytań musi zostać udzielona z podwójnej perspektywy:

– po pierwsze, w zależności od wyraźnego lub dorozumianego charakteru decyzji instytucji zamawiającej dotyczącej wagi którejkolwiek z konkurujących ofert;

– po drugie, w zależności od sądowej kontroli oceny instytucji zamawiającej.

1. Charakter (i ewentualne uzasadnienie) decyzji instytucji zamawiającej

47. Odnosząc się do rażąco niskich ofert, art. 49 dyrektywy 2009/81 nie nakłada na instytucję zamawiającą bezwzględnego obowiązku *wypowiedzenia się w sposób wyraźny* odnośnie do tej cechy danej oferty.

48. Z kolei obowiązek ten został przewidziany, gdy „w przypadku danego zamówienia" instytucja zamawiająca uzna, że „oferty" wydają się „rażąco niskie w stosunku do świadczenia".

49. Jak już wskazałem powyżej, obowiązkiem, który ciąży na „instytucj[i] zamawiającej […], [jest], po pierwsze, zidentyfikowa[nie] podejrzan[ych] ofert[…]"[32] w świetle wszystkich specyfikacji przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia oraz, w stosownych przypadkach, w świetle związku istniejącego pomiędzy daną specyfikacją a pozostałymi.

50. Jeśli instytucja zamawiająca uzna, że żadna z tak ocenionych ofert nie jest rażąco niska, nie jest ona zobowiązana do wydania w tym zakresie orzeczenia ad hoc. Zgadzam się w tej kwestii z Mühlbauerem i z rządem francuskim: samo przyjęcie oferty przez instytucję zamawiającą domyślnie świadczy o jej przekonaniu, że oferta nie jest rażąco niska.

51. Orzeczenie ad hoc jest niezbędne tylko wtedy, gdy instytucja zamawiająca poinformowana o możliwości, że dana oferta jest rażąco niska, dała składającemu tę ofertę (zgodnie z art. 49 ust. 1 dyrektywy 2009/81) możliwość wykazania jej powagi, zwracając się o podanie szczegółów, które uważa za istotne.

52. Po zakończeniu tego postępowania kontradyktoryjnego zgodnie z orzecznictwem Trybunału instytucja zamawiająca musi rozstrzygnąć co do „znaczenia dostarczonych przez zainteresowane podmioty wyjaśnień" w celu wydania „decyzji o przyjęciu bądź odrzuceniu […] ofert" początkowo podejrzanych[33]. Decyzja ta, logicznie, musi być wystarczająco uzasadniona.

53. W związku z tym po nabraniu podejrzeń co do rażąco niskiego charakteru oferty i po przeprowadzeniu odpowiedniego kontradyktoryjnego postępowania sprawdzającego instytucja zamawiająca musi *rozstrzygnąć*, czy przyjmie, czy odrzuci ofertę. Działając w ten sposób, w celu poszanowania praw zainteresowanego podmiotu, instytucja zamawiająca musi odzwierciedlić swoje rozstrzygnięcie w uzasadnionej decyzji[34].

[32] Wyrok Lombardini i Mantovani, pkt 55.

[33] Wyrok Lombardini i Mantovani, pkt 55.

[34] Jak Trybunał przypomniał w postanowieniu z dnia 14 lutego 2019 r., Cooperativa Animazione Valdocco (C-54/18, EU:C:2019:118), pkt 33, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, „skuteczność kontroli sądowej gwarantowanej w art. 47 karty wymaga, by zainteresowany miał możliwość zapoznania się z powodami decyzji wydanej w stosunku do niego, czy to poprzez lekturę samej decyzji, czy to dzięki poinformowaniu go o tych powodach na jego żądanie, co pozwoli mu na obronę swoich praw w najlepszych możliwych warunkach oraz na w pełni świadome podjęcie decyzji, czy celowe jest wniesienie sprawy do właściwego sądu, a sądowi w pełni umożliwi dokonanie kontroli zgodności z prawem danej decyzji krajowej".

54. Wynika to z art. 35 dyrektywy 2009/81, na mocy którego instytucja zamawiająca musi informować „[t]ak szybko jak to możliwe […] kandydatów i oferentów o podjętych decyzjach dotyczących udzielenia zamówienia”.

55. Z drugiej strony, jeśli instytucja zamawiająca nie uzna prima facie, że którakolwiek z ofert może być rażąco niska, kontradyktoryjne postępowanie sprawdzające nie zostanie przeprowadzone ani nie zostanie wydana wyraźna decyzja w tym zakresie.

56. W takiej sytuacji decyzja kończąca postępowanie o udzielenie zamówienia będzie w sposób dorozumiany zawierać decyzję o nieuznaniu żadnej z przedstawionych ofert za rażąco niską. Uzasadnieniem tej ostatniej decyzji jest nic innego, jak brak wskazówek, które czyniłyby koniecznym przeprowadzenie w danym konkretnym przypadku oceny podejrzanej oferty.

2. Sądowa kontrola decyzji o rażąco niskim charakterze oferty

57. W celu wskazania, w jaki sposób dokonywana jest bezwzględna sądowa kontrola decyzji instytucji zamawiającej, należy odróżnić dwa wyżej wskazane przypadki: albo instytucja zamawiająca wyraźnie orzekła co do podejrzeń, które wzbudziła dana oferta, albo zrobiła to domyślnie, rozstrzygając ostatecznie postępowanie o udzielenie zamówienia bez wyrażania jakichkolwiek wątpliwości odnośnie do powagi jednej z ofert.

58. Pomimo że dyrektywa 2009/81 ma bezpośrednie zastosowanie, będę się odnosić do orzecznictwa Trybunału dotyczącego dyrektywy 89/665[35], ponieważ, jak już wskazałem, dyrektywa ta w zakresie składania odwołań zawiera system podobny do owej dyrektywy.

59. Kontrola, do której odnosi się przepis ogólny zawarty w art. 1 ust. 1 akapit ostatni dyrektywy 89/665, obejmuje wszystkie decyzje instytucji zamawiającej stosującej prawo Unii w tej dziedzinie[36].

60. Takie decyzje instytucji zamawiającej, które mogą być przedmiotem kontroli, obejmują, logicznie rzecz biorąc, decyzje o udzieleniu zamówienia poprzez wybór jednej z ofert, lecz również inne decyzje o odmiennym charakterze, mające wpływ na sytuację prawną osób, których one dotyczą[37].

61. Dyrektywa 89/665 „formalnie nie określa chwili, od której przysługuje środek odwoławczy, o którym mowa w art. 1 ust. 1 tej dyrektywy”[38]. Trybunał opowiada się za tym, aby zapewnić możliwość skutecznego, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania się od decyzji instytucji zamawiających[39].

[35] Rozważania w poniższych punktach (59–64) obejmują te, które przedstawiłem w opinii w sprawie Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:295).

[36] Wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r., Marina del Mediterráneo i in. (C-391/15, EU:C:2017:268; zwany dalej „wyrokiem Marina de Mediterráneo”), pkt 26: „brzmienie art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 wymaga, z racji użycia zwrotu »w odniesieniu do zamówień«, by każda decyzja instytucji zamawiającej podlegająca normom wywodzącym się z prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, która może je naruszać, podlegała kontroli sądowej, o której mowa w art. 2 ust. 1 lit. a) i b) tejże dyrektywy”.

[37] Ibidem, pkt 27. Trybunał przyjmuje zatem „szerokie rozumienie pojęcia »decyzji« instytucji zamawiającej[,] [które] znajduje potwierdzenie w fakcie, że przepis art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 nie przewiduje żadnych ograniczeń co do charakteru i treści decyzji, których dotyczy”.

[38] Ibidem, pkt 31.

[39] Wyrok z dnia 12 grudnia 2002 r., Universale-Bau i in. (C-470/99, EU:C:2002:746, pkt 74).

62. Prawodawca Unii powierzył państwom członkowskim zadanie ustanowienia „szczegółowych przepisów" dotyczących procedur odwoławczych od decyzji instytucji zamawiających (art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665) [40].

63. Państwa członkowskie mogą zatem co do zasady uregulować środki odwoławcze od decyzji instytucji zamawiającej, przewidując, że mogą one być wnoszone zarówno w sposób łączny, jak i odrębny (od głównego środka zaskarżenia). Dyrektywa 89/665 nie narzuca ani nie wyklucza żadnego z tych dwóch mechanizmów.

64. Jeżeli państwa członkowskie, korzystając ze swej autonomii proceduralnej, zdecydują się na środek zaskarżenia o charakterze łączonym, będą musiały ustanowić go, nie naruszając celów dyrektywy 89/665 w zakresie niezbędnej skuteczności i szybkości. Ponadto muszą one wziąć pod uwagę, że:

– dyrektywa „nie upoważnia państw członkowskich do uzależnienia skorzystania z tego prawa od formalnego osiągnięcia przez dane postępowanie w sprawie udzielania zamówienia publicznego określonego etapu" [41];

– w zależności od swoich cech przepisy krajowe, które „wymagają w każdym wypadku, by oferent zaczekał na decyzję o udzieleniu spornego zamówienia, zanim będzie mógł wnieść środek odwoławczy na dopuszczenie innego oferenta, naruszają przepisy dyrektywy 89/665" [42].

65. Nie należy jednak zapominać, że zasada ochrony pewności prawa „byłaby zagrożona, gdyby pozwolono kandydatom i oferentom na powoływanie się na naruszenia reguł przetargowych na dowolnym etapie postępowania przetargowego, zmuszając w ten sposób instytucję zamawiającą do powtórzenia całego postępowania w celu naprawienia tych naruszeń" [43].

66. Doktryna wynikająca z tego ostatniego wyroku jest powiązana z orzecznictwem Trybunału w kontekście przewidzianej w art. 263 TFUE skargi o stwierdzenie nieważności.

67. Jak wskazał rząd francuski, jedynymi aktami lub decyzjami, które mogą być przedmiotem skargi o stwierdzenie nieważności, są środki wywołujące wiążące skutki prawne naruszające interesy skarżącego poprzez istotną zmianę ich sytuacji prawnej [44].

68. W przypadku aktów lub decyzji, których opracowanie ma miejsce na różnych etapach, zaskarżalne są środki, które określają w sposób definitywny stanowisko organu wydającego decyzję „po zakończeniu postępowania administracyjnego i które zmierzają do wywołania wiążących skutków prawnych […], z wyłączeniem aktów tymczasowych służących przygotowaniu wydania ostatecznej decyzji […]" [45].

[40] Wyrok Marina del Mediterráneo, pkt 32: „W braku uregulowań Unii określających chwilę, od której powinien przysługiwać środek odwoławczy, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem to prawo krajowe powinno uregulować zasady postępowania sądowego mającego zapewnić ochronę praw przysługujących jednostkom na podstawie prawa Unii", z zastrzeżeniem ograniczeń nieodłącznie związanych z zasadami skuteczności i równoważności.

[41] Ibidem, pkt 31.

[42] Ibidem, pkt 34.

[43] Wyrok z dnia 12 marca 2015 r. eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), pkt 51 i przytoczone w nim orzecznictwo. Nie można jednak oddzielić zasady bezpieczeństwa od wymogu skuteczności dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych.

[44] W ten sposób między innymi wyrok z dnia 26 stycznia 2010 r., Internationaler Hilfsfonds/Komisja (C-362/08 P, EU:C:2010:40, pkt 51).

[45] Między innymi wyrok z dnia 17 lipca 2008 r., Athinaïki Techniki/Komisja (C-521/06 P, EU:C:2008:422, pkt 42).

69. Zdaniem Trybunału pojęcie „decyzji podjętych przez instytucje zamawiające" w rozumieniu art. 1 ust. 1 akapit czwarty dyrektywy 89/665 należy interpretować szeroko, ponieważ brzmienie tego przepisu – które „odnosi się […] ogólnie do decyzji instytucji zamawiającej, bez ich rozróżnienia ze względu na treść lub chwilę przyjęcia, i nie przewiduje żadnych ograniczeń co do charakteru i treści decyzji, których dotyczy" – „powoduje […], że […] każda decyzja instytucji zamawiającej, która podlega przepisom Unii w dziedzinie zamówień publicznych i która może je naruszyć, podlega kontroli sądowej" [46].

70. Taka wykładnia decyzji podlegających zaskarżeniu skłoniła Trybunał do uznania za zaskarżalną decyzję o dopuszczeniu wykonawcy do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego [47].

71. Niemniej jednak *szeroki zakres* tej wykładni [48] został w każdym razie ograniczony do rozstrzygnięć pozytywnych, *faktycznie podjętych* przez instytucję zamawiającą. To znaczy do decyzji wiążących się z aktem woli instytucji zamawiającej, w którym zajmuje ona stanowisko, w przypadku gdy z przepisu wynika obowiązek podjęcia decyzji.

72. Jak już wskazałem, należy dokonać rozróżnienia pomiędzy:

– decyzjami, w których instytucja zamawiająca wyraźnie orzeka w przedmiocie podejrzeń, które wzbudziła określona oferta, kończąc kontradyktoryjne postępowanie sprawdzające w celu ustalenia, czy jest (lub nie jest) ona rażąco niska; moim zdaniem decyzja ta, bez względu na kierunek rozstrzygnięcia, wpływa na interesy oferentów, a w szczególności na interesy tego oferenta, którego oferta została odrzucona ze względu na jej rażąco niski charakter; zmiana sytuacji oferentów w postępowaniu oraz autonomia trybu postępowania, w którym orzekła instytucja zamawiająca, przemawiają za uznaniem tego orzeczenia za decyzję ostateczną i podlegającą kontroli sądowej od momentu jej wydania;

– dorozumianymi decyzjami instytucji zamawiającej, które w przypadku braku wątpliwości co do powagi ofert stanowią część umowy o udzielenie zamówienia; zaskarżenie ich w drodze sądowej musi zostać dokonane w drodze złożenia stosownego środka zaskarżenia przeciwko owej ostatecznej umowie.

73. Jeśli chodzi o niniejsze postępowanie, z dostępnych informacji wynika, że instytucja zamawiająca nie miała wątpliwości, które skłoniłyby ją do nabrania podejrzeń co do rażąco niskiego charakteru którejkolwiek z ofert. W związku z tym instytucja zamawiająca nie uznała się za zobowiązaną do wszczęcia odpowiedniego postępowania sprawdzającego.

[46] Wyrok z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 105).

[47] Ibidem, pkt 106, wraz z cytatem z wyroku Marina del Mediterráneo, pkt 28. Za równie zaskarżalną uznaje się „[…] decyzj[ę], w drodze której instytucja zamawiająca odmawia przekazania danemu wykonawcy przedstawionych przez kandydata lub oferenta informacji uznanych za poufne".

[48] Choć na pierwszy rzut oka mogłoby się wydawać, że jest odwrotnie, to nie uważam, aby taka otwarta wykładnia była niespójna z orzecznictwem, które ze względu na pewność prawa nie pozwala oferentom na powoływanie się na naruszenia reguł przetargowych na dowolnym etapie postępowania przetargowego. Obie linie orzecznicze przecinają się w ramach wyważenia między pewnością prawa z jednej strony a sądową kontrolą zgodności z prawem z drugiej strony. Celem jest osiągnięcie równowagi z kryterium względnej autonomii, jeśli chodzi o ich treść, kolejnych decyzji instytucji zamawiającej. I tak np. wykluczona została możliwość odwołania od „działa[ń] stanowiąc[ych] zwyczajne wstępne badanie rynku lub działa[ń] o charakterze wyłącznie przygotowawczym, które odbywają się w ramach wewnętrznych przygotowań instytucji zamawiającej, mających na celu udzielenie zamówienia publicznego", zgodnie z wyrokiem z dnia 11 stycznia 2005 r., Stadt Halle i RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, pkt 35). Chociaż wszystkie akty postępowania mają charakter *przygotowawczy* wobec ostatecznego udzielenia zamówienia, nie wszystkie mają tę samą *intensywność* treści, przy zastrzeżeniu zaskarżalności tylko wobec tych, które wiążą się z wystarczającym stopniem decyzji, aby powierzyć im określoną autonomię.

74. W ten sposób instytucja zamawiająca nie wydała żadnej *decyzji*, w stosunku do której dyrektywa 2009/81 przewiduje możliwość wniesienia odwołania w odrębny sposób i w odrębnym momencie. Artykuł 49 tej dyrektywy, podkreślam, zobowiązywał instytucję zamawiającą nie tyle do wyraźnego rozstrzygnięcia w przedmiocie rażąco niskiego charakteru wszystkich ofert, ile jedynie do przeprowadzenia określonego postępowania przed odrzuceniem tej oferty, którą owa instytucja „uznałaby" za rażąco niską.

75. Z owego artykułu oraz równolegle z art. 69 dyrektywy 2014/24 w związku z art. 47 karty wynika tylko, jak twierdzi rząd francuski, że w przypadku złożenia odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia przegrany oferent może powołać się na rażąco niski charakter wybranej oferty [49].

V. Wnioski

76. W świetle powyższych uwag proponuję Trybunałowi, by odpowiedział Varhoven administrativen sad (naczelnemu sądowi administracyjnemu, Bułgaria) w następujący sposób:

1) Artykuły 38 i 49 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 instytucje zamawiające są w każdym przypadku zobowiązane do sprawdzenia ewentualnego występowania rażąco niskich ofert. W tym celu nieistotna jest liczba złożonych ofert lub brak możliwości zastosowania kryterium przyjętego w tym zakresie w prawie krajowym, w którym to przypadku instytucje zamawiające będą musiały przestrzegać postanowień art. 49 dyrektywy 2009/81/WE ze względu na jego bezpośredni skutek.

2) Artykuł 55 ust. 2 dyrektywy 2009/81/WE w związku z art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej należy interpretować w ten sposób, że w przypadku gdy instytucja zamawiająca nie ma powodów do wszczęcia postępowania sprawdzającego powagę oferty, jej ocena może być przedmiotem kontroli sądowej w ramach odwołania od ostatecznej decyzji o udzieleniu zamówienia.

[49] Według postanowienia odsyłającego tak właśnie było w niniejszej sprawie, gdyż Veridos mógł zaskarżyć udzielenie zamówienia, powołując się na rażąco niski charakter oferty złożonej przez Mühlbauer.