

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej
w sprawie C-387/14 komentują Katarzyna Kuźma i Wojciech Hartung
z Kancelarii Domański Zakrzewski Palinka

Uzupełnianie i wyjaśnianie dokumentów – czy i co zmienia wyrok TSUE w sprawie C-387/14 Esaprojekt

Punktem wyjścia do rozważań na temat wyroku w sprawie C-387/14 powinno być przypomnienie, że Trybunał interpretował zapisy nieobowiązującej już dzisiaj dyrektywy 2004/18/WE. Stwierdził wprost, że zgodnie z jej art. 51 w związku z art. 2 nie jest dopuszczalna sytuacja, w której wykonawca po upływie terminu składania wniosków/ofert przekazuje zamawiającemu, w celu wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, dokumenty, których nie zawierał jego wniosek/oferta, takie jak referencje dotyczące podmiotu trzeciego oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji zamówienia.

Nie ulega wątpliwości, że wpływa to radykalnie na nasze krajowe, dotychczasowe postrzeganie przepisów unijnych, które znalazły wyraz w ustawie Prawo zamówień publicznych sprzed nowelizacji z czerwca ubiegłego roku, jak również utrwalonej linii orzeczniczej polskich sądów. Przypomnijmy, że dopuszczalna była bowiem praktyka „wymiany” przedstawionych we wniosku/ofercie oświadczeń lub dokumentów na inne i to nie tylko w zakresie własnym, ale również dotyczącym podmiotu trzeciego, w tym poprzez przedstawienie zupełnie nowego podmiotu.

W tym kontekście rodzi się pytanie o skutki wyroku zapadłego w sprawie C-387/14 na ocenę

prawidłowości przeprowadzanych w Polsce postępowań pod rządami „starych” przepisów, w tym na ewentualne postępowania dotyczące korekt finansowych. Nie to jest jednak przedmiotem niniejszego komentarza.

Jeszcze ciekawsze jest pytanie o to, czy i jeśli tak, to w jakim zakresie, wyrok Trybunału w sprawie Esaprojekt, wpływa na dzisiejsze przepisy i praktykę stosowania ustawy.

W naszej ocenie, aby odpowiedzieć na to pytanie trzeba przede wszystkim dokonać analizy tego, do czego właściwie odnosi się Trybunał, a następnie porównać przepisy dyrektywy 2004/18/WE z obecnie obowiązującą dyrektywą 2014/24/UE. Jeśli bowiem uznamy, że zaistniały w nich zasadnicze zmiany, będzie można twierdzić, że wyrok w tym zakresie ma znaczenie „historyczne”. Inaczej będzie jednak, gdy okaże się, że przepisy są porównywalne.

Ponadto warto zwrócić uwagę na fakt, że przepisy prawa unijnego – zarówno jeśli chodzi o „stare” jak i „nowe” dyrektywy – różnią się w zakresie w jakim dotyczą tzw. zamówień klasycznych i sektorowych¹.

¹ W tym kontekście warto wskazać wyrok TSUE z w sprawie C-131/16 Archus i Gama.

Poniżej skupimy się jednak jedynie na zakresie przepisów dotyczących tzw. zamówień klasycznych.

Zgodnie z ocenianym przez Trybunał art. 51 dyrektywy 2004/18/WE, zamawiający mogą wezwać wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów wykluczenia lub o ich wyjaśnienie. Przepis nie wprowadza przy tym rozróżnienia na dokumenty dotyczące bezpośrednio wykonawcy i te związane z tzw. podmiotem trzecim. Wydaje się zatem, że chodzi generalnie o wszelkie dokumenty i zaświadczenia składane na potrzeby wykazania się przez wykonawcę stosownymi predyspozycjami do wykonania zamówienia.

Kluczowe jest tu stwierdzenie, że chodzi o zaświadczenia i dokumenty przedłożone, a zatem takie, które znajdują się w pierwotnie złożonym wniosku/ofercie.

Oznacza to, że w świetle przepisów dyrektywy 2004/18/WE możliwe było jedynie uzupełnianie i wyjaśnienie takich informacji, które zamawiający już posiadał w związku ze złożonymi wcześniej wnioskiem lub ofertą. Mogło to zatem dotyczyć przypadków, gdy dane informacje znajdowały się we wniosku/ofercie, ale brakowało np. referencji potwierdzających ich prawdziwość. Pamiętajmy, że w ówczesnym stanie prawnym, wykonawcy byli zobowiązani do przedstawiania wszelkich dokumentów wraz z ofertą lub wnioskiem. Obecnie, po wprowadzeniu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), te dwa etapy są jednoznacznie rozdzielone.

Trybunał we wcześniejszej sprawie dotyczącej art. 51 dyrektywy 2004/18/WE wskazał wyraźnie, iż zasadę równego traktowania należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie wezwaniu wykonawcy przez zamawiającego, po upływie terminu składania wniosku lub oferty, do przedstawienia dokumentów opisujących sytuację wykonawcy, na przykład sprawozdań finansowych, co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem tego terminu². Chodziło w tej sprawie o – jak to ujął sąd duński kierujący pytanie prejudycjalne – niezłączenia do wniosku lub oferty dokumentów uzna-

wanych za „historyczne”, tj. takich które obiektywnie istniały.

Dokonując interpretacji tego wyroku można dojść do wniosku, że uzupełnienie mogło dotyczyć każdego „historycznego” dokumentu niezależnie od tego, czy wiedza o nim została zamawiającemu w jakikolwiek sposób zakomunikowana wraz z wnioskiem lub ofertą. Byłoby to jednak sprzeczne z treścią art. 51 dyrektywy 2004/18/WE, który – przypomnijmy – wyraźnie mówi o informacjach lub dokumentach *przedłożonych* wraz z wnioskiem lub ofertą. Inaczej mówiąc, w przypadku tej regulacji mówimy jedynie o uwiarygodnieniu stanu faktycznego wynikającego z dostarczonych już uprzednio informacji. Przepis ten nie obejmuje zatem np. możliwości wymiany podmiotowej (zastąpienia własnego doświadczenia doświadczeniem podmiotu trzeciego).

Ta „historyczność” powinna się zatem odnosić jedynie do faktu istnienia danej informacji lub dokumentu w dniu składania wniosku lub oferty, jednak dane dotyczące spełnienia warunku, którego ten dokument dotyczy, powinny zostać zamawiającemu przekazane.

Rozstrzygając na podstawie dyrektywy 2004/18/WE Trybunał – inaczej niż polski ustawodawca – traktował wnioski identycznie jak oferty. W obu przypadkach dopuszczał jedynie niewielkie i mało znaczące modyfikacje, sprowadzające się w zasadzie do doprecyzowania lub wyjaśnienia i ewentualnie uzupełnienia zawartych pierwotnie informacji. Wykluczał w obu przypadkach jakiegokolwiek zmiany prowadzące w rzeczywistości do złożenia innego, zmodyfikowanego wniosku lub oferty.

Za taki „inny” wniosek Trybunał w sprawie C-387/14 traktuje sytuację, w której wykonawca wymienia doświadczenia swoje na doświadczenia innego podmiotu,

² TSUE z 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 Manova A/S, pkt 42; wyjątkiem byłaby sytuacja, w której zamawiający zastrzegłby w dokumentacji postępowania, że brak złożenia dokumentów wraz z wnioskiem lub ofertą powoduje automatyczne wykluczenie wykonawcy z postępowania, co nie wydaje się możliwe na podstawie polskich przepisów.

który nie został w jakikolwiek sposób ujawniony w pierwotnym wniosku. Mamy tu zatem do czynienia ze zmianą podmiotową. I choć Trybunał nie posłużył się tu porównaniem, którego użył Rzecznik Generalny Bobek, to wydaje się, że przyświecało mu to samo uzasadnienie.

Rzecznik wskazał, że „**przedstawione przez oferenta informacje i dokumentacja w chwili upływu terminu składania ofert stanowią zdjęcie. Jedyne informacje i dokumenty już mieszczące się w obrębie obrazu mogą być uwzględniane przez instytucję zamawiającą. Nie uniemożliwia to jednak instytucji zamawiającej zbliżenia dowolnych szczegółów obrazu, które są nieco zamazane, bądź zażądania zwiększenia rozdzielczości obrazu w celu bardziej wyraźnego ujżenia danego szczegółu. Zarazem podstawowe informacje winny już znaleźć się w pierwotnej migawce, choć w mniejszej rozdzielczości**”.

Z punktu widzenia regulacji i praktyki polskiej sprzed nowelizacji z czerwca 2016 r. jest to stanowisko wręcz rewolucyjne. Dla toczących się jeszcze postępowań (niewiele, ale jednak) może to mieć poważne konsekwencje.

Choć i tu trzeba będzie sprawdzać, czy postępowanie zostało wszczęte przed czy po upływie terminu na transpozycję nowych dyrektyw, co może mieć wpływ na możliwość interpretacji zachowania zamawiającego przez pryzmat regulacji zawartych w dyrektywie 2014/24/UE.

Powstaje pytanie o wpływ wyroków w sprawie Esaprojekt na postępowania toczące się pod rządami nowej dyrektyw, tj. dyrektywy 2014/24/UE oraz znowelizowanej ustawy PZP.

Odpowiednikiem art. 51 dyrektywy 2004/18/WE jest art. 59 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym zamawiający może zwrócić się do wykonawców o uzupełnienie lub wyjaśnienie zaświadczeń otrzymanych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia lub spełniania warunków udziału w postępowaniu. Trzeba podkreślić, że odnosi się on jedynie do dokumentów otrzymanych na potwierdzenie informacji zawartych w Jednolitym Europejskim Dokumentie

Zamówienia (JEDZ). Nie chodzi tu zatem o wyjaśnianie lub uzupełnianie (o zmianie nie wspominając) informacji zawartych w samym JEDZ-u.

Jednak dyrektywa 2014/24/UE zawiera również inne postanowienia w tym zakresie, jak się wydaje, daleko wykraczające poza to, co przewidywała dyrektywa 2004/18/WE.

Przed wszystkim art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE przyznaje zamawiającym uprawnienie do żądania od wykonawcy złożenia, uzupełnienia, doprecyzowania lub skompletowania informacji lub dokumentacji w odpowiednim terminie, pod warunkiem że takie żądanie zostanie złożone przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości. Przepis ten stanowi zasadę ogólną zawartą na początku sekcji 3 dyrektywy poświęconej wyborowi wykonawców oraz wyborowi oferty. Ma zatem znacznie szerszy zakres przedmiotowy niż wskazany wyżej art. 59 ust. 4. Co niezwykle istotne i godne podkreślenia, dotyczy on również wszelkich elementów merytorycznych składanej oferty, a nie jedynie odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu i podstaw wykluczenia.

Ponadto, przepis ten uprawnia zamawiających nie tylko do żądania wyjaśnień lub uzupełnienia wiadomości przekazanych, ale również do przedstawienia niepodanych uprzednio informacji lub dokumentów. Wskazuje się w nim bowiem jednoznacznie, że chodzi o informacje lub dokumentację, które są lub wydają się *niekompletne lub błędne*, lub w ogóle *brakujące*.

Trzeba pamiętać, że przepis zastrzega możliwość korzystania z niego przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości. W tym zakresie w pełni aktualne pozostają uwagi Trybunału przedstawione w sprawie Manova i dotyczące „historyczności” przedstawianych na wezwanie informacji lub dokumentów.

Przy dokumentach nie chodzi jednak o to, aby koniecznie były one wystawione przed datą przedstawienia pierwotnej informacji (lub braku jej przedstawienia), tj. wniosku lub oferty, ale aby z dokumentu wynikało, że zawarta w nim informacja potwierdzała stan faktyczny istniejący przed tą datą.

Na pierwszy rzut oka może się wydawać, że pomiędzy art. 56 ust. 3 a art. 59 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE zachodzi pewna sprzeczność. Otóż wydaje się, że art. 59 ust. 4, który można by określić jako swego rodzaju *lex specialis* ma węższy zakres niż *lex generalis*, którym miałby być art. 56 ust. 3.

Trzeba tu jednak zauważyć, że w przypadku art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE decyzja o jego zastosowaniu leży, przynajmniej w pewnym zakresie, w gestii państw członkowskich. Mogą one bowiem *postanowić inaczej* niż przewiduje to ten przepis. Tymczasem, treść art. 59 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE jednoznacznie wskazuje na określone uprawnienie zamawiającego, którego ustawodawca krajowy nie powinien ograniczać w przepisach wewnętrznych.

Dodatkowo, dyrektywa 2014/24/UE zawiera również specyficzną regulację dotyczącą podmiotów trzecich. Zgodnie z jej art. 63 ust. 1 zamawiający wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub podlega obowiązkowym przesłankom wykluczenia. Ponadto, ustawodawca krajowy może zobowiązać zamawiającego lub pozostawić do jego decyzji wymaganie, by wykonawca zastąpił podmiot, wobec którego istnieją nieobowiązkowe podstawy wykluczenia.

Tym samym, w sposób jednoznaczny przesądono w prawie unijnym pewien element zmian w strukturze podmiotowej wykonawcy, który dopuszcza odstępianie od postulowanego przez Rzecznika ujęcia wniosku lub oferty wykonawcy jako „zdzjęcia”.

Oczywiście i tu może powstać pewna wątpliwość co do rozumienia słowa „zastąpić”. Z jednej strony można bowiem wskazywać, że chodzi zarówno o zastąpienie innym podmiotem jak i samym wykonawcą. Tak ten przepis został zapisany w art. 22a ust. 6 Prawa zamówień publicznych. Z drugiej jednak strony może tu chodzić jedynie o zastąpienie przez wykonawcę, co zbliżałoby nas zarówno do teorii „zdzjęcia” jak i do konkluzji Trybunału wyrażonych w orzeczeniu w sprawie MT Højgaard A/S³.

Co prawda zostało ono wydane pod rządami dyrektywy 2004/18/WE i dotyczyło zmian w składzie konsorcjum, jednak w dalszym ciągu opierało się na podstawowych zasadach prowadzenia postępowania, w tym na zasadzie równego traktowania wykonawców. Trybunał wskazał w nim wyraźnie, że „zamawiający nie narusza tej zasady, kiedy zezwala jednemu z dwóch wykonawców, którzy wchodzili w skład grupy przedsiębiorstw zaproszonej jako taka przez ten podmiot do składania ofert, na zastąpienie tej grupy w następstwie jej rozwiązania i na udział, we własnym imieniu, w postępowaniu (...), o ile zostało wykazane, po pierwsze, że wykonawca ten sam spełnia wymogi określone przez wspomniany podmiot, a po drugie, że jego dalszy udział w tym postępowaniu nie wiąże się z pogorszeniem sytuacji konkurencyjnej innych oferentów”⁴.

W przypadku, gdy uznamy, że dopuszcza się zmiany podmiotowe po stronie wykonawcy, gdy posługuje się on podmiotami trzecimi (tj. zastępuje jeden podmiot trzeci innym), to powstaje pytanie, czy takie zmiany nie powinny być dopuszczone również w odniesieniu do wykonawcy pragnącego zastąpić zasoby własne zasobami podmiotu trzeciego. Z przepisów dyrektywy to jednak jednoznacznie nie wynika. Wykluczenie takich podmiotów może budzić jednak uzasadnione wątpliwości ze względu na zróżnicowane traktowanie wykonawców startujących samodzielnie w stosunku do wykonawców wspomagających się podmiotami trzecimi.

Podsumowując, wyrok TSUE w sprawie Esaprojekt nie rozwiązuje niestety uzasadnionych wątpliwości odnoszących się do zastosowania przepisów zarówno prawa unijnego przewidzianych w dyrektywie 2014/24/UE, jak i sposobu ich transpozycji do prawa krajowego... Konieczna wydaje się zatem ponowna refleksja na zarysowane wyżej tematy, ale tym razem w świetle przepisów dyrektywy 2014/24/UE.

**Katarzyna Kuźma
Wojciech Hartung**

³ TSUE z 24 maja 2016 r. w sprawie C-396/14 MT Højgaard A/S.

⁴ Ibidem, pkt 44.