

Sprawa C-927/19**Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zgodnie z art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości****Data wpływu:**

18 grudnia 2019 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litwa)

Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

17 grudnia 2019 r.

Strona skarżąca i druga strona postępowania kasacyjnego:

„Ecoservice Klaipėda” UAB

Strona przeciwna i strona wnosząca skargę kasacyjną:

„Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras” UAB

Przedmiot postępowania głównego

Postępowanie główne dotyczy wykładni i zastosowania przepisów materialnoprawnych regulujących: ochronę informacji poufnych przedstawianych instytucjom zamawiającym przez dostawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz procedur odwoławczych; ustalenia warunków zamówienia; oraz zaklasyfikowania informacji przedstawionych przez dostawców jako nieprawdziwych.

Przedmiot i podstawa prawna wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

Wykładnia przepisów 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. (zwanej dalej „dyrektywą 89/665”), dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień

publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (zwanej dalej „dyrektywą 2014/24”) oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem (zwanej dalej „dyrektywą 2016/943”), które dotyczą warunków zamówienia oraz różnych aspektów ochrony informacji poufnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak również wyroków Trybunału Sprawiedliwości: z dnia 4 maja 2017 r., Esaprojekt (C-387/14), i z dnia 3 października 2019 r., Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18); oraz art. 267 akapit pierwszy lit. b) i art. 267 akapit trzeci TFUE.

Pytania prejudycjalne

- 1) Czy warunek zamówienia, zgodnie z którym dostawcy mają obowiązek wykazać określony poziom średniego rocznego dochodu operacyjnego uzyskanego z wykonywania działalności związanej jedynie z konkretnymi usługami (gospodarowaniem zmieszanyimi odpadami komunalnymi), wchodzi w zakres art. 58 ust. 3 lub 4 dyrektywy 2014/24?
- 2) Czy od odpowiedzi na pytanie pierwsze zależy metoda oceny zdolności dostawcy przedstawiona przez Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 4 maja 2017 r., Esaprojekt (C-387/14)?
- 3) Czy warunek zamówienia, zgodnie z którym dostawcy mają obowiązek wykazać, że pojazdy niezbędne do świadczenia usług [gospodarowania odpadami] spełniają konkretne wymogi techniczne, w tym wymogi dotyczące emisji zanieczyszczeń (EURO 5), posiadania nadajnika GPS, odpowiedniej ładowności itp., wchodzi w zakres: a) art. 58 ust. 4; b) art. 42 w związku z przepisami załącznika VII; c) art. 70 dyrektywy 2014/24?
- 4) Czy art. 1 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 89/665, w którym określono zasadę skuteczności procedur odwoławczych, i art. 1 ust. 3 i 5 tej dyrektywy, art. 21 dyrektywy 2014/24 i dyrektywę 2016/943, a w szczególności motyw 18 i art. 9 ust. 2 akapit trzeci tejsze dyrektywy (rozpatrywane łącznie lub oddzielnie przy czym bez ograniczenia do tych przepisów), należy interpretować w ten sposób, że jeżeli w przepisach krajowych regulujących zamówienia publiczne przewidziano obowiązkową procedurę rozstrzygnięcia sporów poprzedzającą wniesienie skargi:
 - a) instytucja zamawiająca musi przedstawić dostawcy, z którego inicjatywy wszczęto procedurę odwoławczą, wszystkie szczegółowe informacje dotyczące oferty innego dostawcy (niezależnie od ich poufnego charakteru), jeżeli przedmiotem procedury jest konkretnie zgodność z prawem oceny oferty innego dostawcy, a dostawca, z którego inicjatywy wszczęto procedurę, wprost zwrócił się do

instytucji zamawiającej o ich przedstawienie przed rozpoczęciem procedury;

- b) niezależnie od odpowiedzi na poprzednie pytanie, instytucja zamawiająca, odrzucając odwołanie dostawcy dotyczące zgodności z prawem oceny oferty jego konkurenta, musi w każdym razie udzielić jasnej, kompleksowej i konkretnej odpowiedzi, niezależnie od ryzyka ujawnienia poufnych informacji przetargowych, których jej udzielono?
- 5) Czy art. 1 ust. 1 akapit trzeci, art. 1 ust. 3 i 5 oraz art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 89/665, art. 21 dyrektywy 2014/24 i dyrektywę 2016/943, w szczególności jej motyw 18 (rozpatrywane łącznie lub oddzielnie przy czym bez ograniczenia do tych przepisów) należy interpretować w ten sposób, że decyzja instytucji zamawiającej o nieudzieleniu dostawcy dostępu do poufnych szczegółowych informacji na temat oferty innego uczestnika postępowania jest decyzją, którą można zaskarżyć w odrębnym postępowaniu przed sądem?
- 6) Jeżeli odpowiedź na poprzednie pytanie jest twierdząca, czy art. 1 ust. 5 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że dostawca musi złożyć do instytucji zamawiającej odwołanie od takiej wydanej przez nią decyzji i w razie konieczności wnieść skargę do sądu?
- 7) Jeżeli odpowiedź na poprzednie pytanie jest twierdząca, czy art. 1 ust. 1 akapit trzeci i art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że w zależności od zakresu dostępnych informacji na temat treści oferty innego dostawcy, dostawca może wnieść do sądu skargę dotyczącą wyłącznie odmowy udzielenia mu informacji, nie kwestionując przy tym zgodności z prawem innych decyzji instytucji zamawiającej?
- 8) Niezależnie od odpowiedzi na poprzednie pytania, czy art. 9 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy 2016/943 należy interpretować w ten sposób, że po otrzymaniu przez sąd wniosku strony skarżącej o nakazanie drugiej stronie sporu przedstawienia dowodów i o udostępnienie ich przez sąd stronie skarżącej, sąd ma obowiązek uwzględnić taki wniosek niezależnie od działań podjętych przez instytucję zamawiającą w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia lub procedury odwoławczej?
- 9) Czy art. 9 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy 2016/943 należy interpretować w ten sposób, że po oddaleniu wniosku strony skarżącej w przedmiocie ujawnienia informacji poufnych drugiej stronie sporu, sąd powinien z urzędu dokonać oceny znaczenia danych, co do których wnosi się o uchylenie poufności, i skutków tych danych dla zgodności z prawem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego?
- 10) Czy podstawę wykluczenia dostawców określoną w art. 57 ust. 4 lit. h) dyrektywy 2014/24, w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3 października 2019 r., *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93*, można

zastosować w ten sposób, że sąd, badając spór między dostawcą a instytucją zamawiającą, może z urzędu rozstrzygnąć – niezależnie od oceny instytucji zamawiającej – że dany oferent w wyniku umyślnego działania lub niedbalstwa przedstawił instytucji zamawiającej informacje wprowadzające w błąd, niezgodne ze stanem faktycznym, w związku z czym musi zostać wykluczony z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego?

- 11) Czy art. 57 ust. 4 lit. h) dyrektywy 2014/24 stosowany w związku z zasadą proporcjonalności określoną w art. 18 ust. 1 tej dyrektywy należy interpretować i stosować w ten sposób, że jeżeli prawo krajowe przewiduje (poza wykluczeniem z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego) dodatkowe kary za przedstawienie nieprawdziwych informacji, kary te można stosować wyłącznie w ramach odpowiedzialności osobistej, w szczególności, gdy informacje niezgodne ze stanem faktycznym zostały przedłożone wyłącznie przez część grupy podmiotów występujących wspólnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (przykładowo jednego z kilku partnerów)?

Przywołane przepisy prawa Unii

Artykuł 1 ust. 1 akapit trzeci, art. 1 ust. 3 i 5 oraz art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 89/665

Artykuł 18 ust. 1, art. 21, art. 42 w związku z załącznikiem VII, art. 57 ust. 4 lit. h), art. 58 ust. 3 i 4 oraz art. 70 dyrektywy 2014/24

Motyw 18 i art. 9 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy 2016/943

Przywołane przepisy prawa krajowego

Artykuł 1.116 (Tajemnica handlowa i zawodowa) Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas (kodeksu cywilnego Republiki Litewskiej, zwanego dalej „kodeksem cywilnym”)

Artykuł 10 ust. 1–4 (Publiczny dostęp do akt) i art. 10¹ ust. 1–5 (Szczególne właściwości ochrony tajemnic handlowych) Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodeksas (kodeksu postępowania cywilnego Republiki Litewskiej, zwanego dalej „kodeksem postępowania cywilnego”)

Artykuł 2 ust. 34 (Główne pojęcia zastosowane w ustawie), art. 17 ust. 1 (Najważniejsze zasady zamówień), art. 20 ust. 1–5 (Poufność), art. 37 ust. 1, 3 i 4 (Specyfikacja techniczna), art. 45 ust. 1 i 3 (Ogólne zasady oceny dostawcy oraz złożonych przez niego wniosku o dopuszczenie do udziału i oferty), art. 46 ust. 4 pkt 4 i 5 oraz art. 46 ust. 5, 7 i 8 (Podstawy wykluczenia dostawcy), art. 47 ust. 1 pkt 1–3 oraz art. 47 ust. 6 (Weryfikacja kwalifikacji dostawcy), art. 52 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 52 ust. 2 i 3 (Zatajenie informacji, podanie nieprawdziwych

informacji lub niedostarczenie dokumentów), art. 55 ust. 9 (Ocena i porównanie ofert) i art. 58 ust. 3 i 5 (Informowanie o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (ustawy Republiki Litewskiej o zamówieniach publicznych, zwanej dalej „ustawą o zamówieniach publicznych”)

Zwięzłe przedstawienie stanu faktycznego i przebiegu postępowania głównego

- 1 W dniu 27 września 2018 r. strona przeciwna (zwana dalej również „instytucją zamawiającą”) ogłosiła międzynarodowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie nieograniczonym na usługi związane ze zbiórką odpadów komunalnych w rejonie neryńskim i ich transportowaniem do zakładów utylizacji odpadów na regionalnym składowisku odpadów w Klaipėdzie (zwane dalej „postępowaniem o udzielenie zamówienia”).
- 2 Oferty złożyło trzech dostawców: strona skarżąca – „Ecoservice Klaipėda” UAB (zwana dalej również „stroną skarżącą” lub „oferentem A”); „Ekonovus” UAB; oraz grupa wykonawców (zwana dalej „oferentem B”), do której należały: „Klaipėdos autobusų parkas” UAB, „Parsekas” UAB i „Klaipėdos transportas UAB” działające na podstawie umowy wspólnego przedsięwzięcia.
- 3 W dniu 29 listopada 2018 r. instytucja zamawiająca powiadomiła uczestników postępowania o ocenie ofert i ostatecznych wynikach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: zwyciężkim oferentem był oferent B, a strona skarżąca znalazła się na drugim miejscu.
- 4 W dniu 10 grudnia 2018 r. strona skarżąca złożyła odwołanie do instytucji zamawiającej, w którym zakwestionowała wyniki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stwierdzając, że kwalifikacje oferenta B nie spełniają kryteriów. Zgodnie z informacjami dostępnymi stronie skarżącej „Parsekas” UAB nie mogła realizować zamówień związanych ze zbiórką i transportowaniem zmieszanych odpadów komunalnych o łącznej wartości 200 000 EUR (bez VAT) w ciągu ostatnich trzech lat (czego wymagano w ramach warunków zamówienia w części zatytułowanej „Zdolność finansowa i ekonomiczna”), ponieważ w kontekście innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego spółka ta często uczestniczy we wspólnych przedsięwzięciach jako główny partner, który otrzymuje wynagrodzenie za świadczenie usług, ale faktycznie nie prowadzi działalności w zakresie gospodarowania zmieszanyimi odpadami komunalnymi. Ponadto strona skarżąca twierdziła, że również oferent B nie spełnia kryteriów zdolności technicznej, ponieważ pojazd, o którym mowa w dokumentach złożonych przez „Parsekas” UAB w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie odpowiada różnym obowiązkowym parametrom technicznym określonym w warunkach zamówienia (specyfikacji technicznej).
- 5 W dniu 17 grudnia 2018 r. po przeanalizowaniu odwołania strony skarżącej instytucja zamawiająca oddaliła je na tej podstawie, że oferent B, potwierdzając

spełnienie wymogu dotyczącego zrealizowanych zamówień przedstawił – zgodnie z warunkami zamówienia – dowód umów zawartych w związku z gospodarowaniem zmieszanyimi odpadami komunalnymi, w których wartość zamówień odpowiada wymaganej kwocie, jak również przedstawił informacje techniczne dotyczące zadeklarowanego pojazdu.

- 6 W dniu 27 grudnia 2018 r. strona skarżąca wniosła skargę do Klaipėdos apygardos teismas (sądu okręgowego w Kłajpedzie, Litwa).
- 7 Wyrokiem z dnia 15 marca 2019 r., którym oddalono skargę strony skarżącej, sąd pierwszej instancji uznał, że oferent B spełniał wymogi dotyczące kwalifikacji przewidziane dla dostawców.
- 8 W następstwie apelacji wniesionej przez stronę skarżącą Lietuvos apeliacinis teismas (sąd apelacyjny, Litwa) wyrokiem z dnia 30 maja 2019 r. uchylił wyrok sądu pierwszej instancji, uwzględnił skargę strony skarżącej, uchylił decyzję strony przeciwnej w przedmiocie klasyfikacji ofert i nakazał instytucji zamawiającej dokonanie powtórnej oceny ofert. Sąd orzekł, że oferent B spełnił wymóg dotyczący zrealizowanych zamówień, ale nie wykazał własnej zdolności technicznej, ponieważ nie wszystkie pojazdy zadeklarowane w późniejszej dacia były pierwotnie zawarte w ofercie.
- 9 Strona przeciwna wniosła skargę kasacyjną, a strona skarżąca złożyła odpowiedź na tę skargę.
- 10 Ponadto w postępowaniu głównym strona skarżąca i strona przeciwna nie zgadzały się w kwestii tego, jakie szczegółowe informacje pochodzące z wybranej oferty mogą zostać upublicznione, a jakie z nich stanowią informacje poufne, do których stronie skarżącej nie można udzielić dostępu.
- 11 W dniu 4 grudnia 2018 r. strona skarżąca wniosła do instytucji zamawiającej o udzielenie dostępu do oferty oferenta B, a w dniu 6 grudnia 2018 r. zapoznała się ze szczegółami oferty, które nie stanowiły informacji poufnych.
- 12 W toku postępowania przed sądem pierwszej instancji strona skarżąca wniosła do sądu o nakazanie stronie przeciwnej przedstawienia dodatkowych dokumentów oraz o udzielenie dostępu do wszystkich informacji zawartych w ofercie oferenta B (z wyłączeniem jedynie szczególnie chronionych informacji handlowych), jak również nakazania „Parsekas” UAB przedstawienia zaklasyfikowanych jako poufne danych dotyczących zrealizowanych przez oferenta zamówień w przedmiocie gospodarowania odpadami.
- 13 Po przedstawieniu dodatkowych dokumentów sądowi strona przeciwna z kolei wniosła o odmowę udzielenia stronie skarżącej dostępu do podanych przez oferenta B szczegółowych informacji poufnych zawartych w ofercie i zaklasyfikowanie ich w aktach sprawy jako materiał niejawnny.

- 14 Postanowieniem z dnia 30 stycznia 2019 r. sąd pierwszej instancji uwzględnił wspomniany wniosek strony przeciwnej, a w dniu 14 lutego i 21 lutego 2019 r. oddalił wspomniane wnioski strony skarżącej.
- 15 W dniu 26 lipca 2019 r. strona skarżąca, przed wniesieniem odpowiedzi na skargę kasacyjną, zwróciła się do sądu kasacyjnego – Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (sądu najwyższego, Litwa) – o udzielenie jej dostępu do dokumentów poufnych przedłożonych przez stronę przeciwną sądowi pierwszej instancji z utajnieniem faktycznie szczególnie chronionych informacji handlowych.

Zwięzłe uzasadnienie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

- 16 W niniejszej sprawie między stronami zaistniał spór co do tego, czy kwalifikacje grupy wykonawców uznanej za zwycięskiego oferenta są zgodne z wymogami określonymi przez instytucję zamawiającą.
- 17 Sąd kasacyjny powinien co do zasady orzekać jedynie w kwestiach podniesionych przez stronę przeciwną w skardze kasacyjnej, a mianowicie – w przedmiocie zgodności zdolności technicznej oferenta B. Niemniej jednak w niniejszej sprawie sąd kasacyjny rozważa wykroczenie z własnej inicjatywy poza zakres skargi kasacyjnej i wydanie rozstrzygnięcia co do innych aspektów sporu między stronami, powołując się nie tylko na ochronę interesu publicznego, ale również mając na względzie konkretną sytuację zaistniałą w niniejszej sprawie, w której stronie skarżącej na etapie poprzedzającym wniesienie skargi i w toku postępowania zasadniczo odmówiono wszystkich informacji, których udostępnienia się domagała.
- 18 Niezależnie od tego, że kwestia konieczności dokonania wykładni prawa Unii została podniesiona przez sąd krajowy z urzędu, w czym wykroczył on poza zakres sporu między stronami, Trybunał Sprawiedliwości jest właściwy, by przedstawić sądowi wykładnię, której dotyczy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym (zob. przykładowo wyroki: z dnia 5 kwietnia 2017 r., Borta, C-298/15, EU:C:2017:266; z dnia 25 października 2018 r., Roche Lietuva, C-413/17, EU:C:2018:865).
- 19 W niniejszym postępowaniu sąd odsyłający zwraca się do Trybunału Sprawiedliwości z kwestiami dotyczącymi (a) zgodności z prawem niektórych warunków zamówienia; (b) różnych aspektów ochrony informacji poufnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz (c) oceny potencjalnie nieprawdziwych oświadczeń zwycięskiego oferenta, a także konsekwencji takich działań.

Zgodność z prawem czynności instytucji zamawiającej przy ocenie spełnienia warunków dotyczących kwalifikacji przez oferenta B

- 20 Zgodnie z orzecznictwem sądu kasacyjnego przy rozstrzygnięciu sporów między instytucjami zamawiającymi a dostawcami znaczenie ma zasadniczo treść

warunku, a nie oznaczenie nadane mu przez instytucję zamawiającą. Właściwa klasyfikacja warunków zawartych w dokumentach przetargowych będzie skutkować właściwym zastosowaniem przepisów ustawy o zamówieniach publicznych, które obejmują różne postępowania o udzielenie zamówienia, a przez to odpowiednim rozstrzygnięciem sporu.

(a) treść i stosowanie wymogu zdolności finansowej i ekonomicznej

- 21 Warunek zdolności finansowej i ekonomicznej dotyczący średniego rocznego dochodu uzyskanego przez dostawców z działalności związanej z gospodarowaniem zmieszanyimi odpadami komunalnymi, określony w warunkach zamówienia, nawiązuje zasadniczo do art. 58 ust. 3 dyrektywy 2014/24, w którym przewidziano możliwość zastosowania wymogu, aby wykonawcy mieli określony minimalny roczny obrót, w tym określony minimalny obrót w obszarze objętym zamówieniem. Niemniej jednak sąd odsyłający rozważa, czy może to również stanowić nawiązanie do wymogów zdolności zawodowej określonych w art. 58 ust. 4 tej dyrektywy.
- 22 Należy przy tym zauważyć, że z brzmienia art. 58 ust. 3 dyrektywy 2014/24 (mianowicie z wyrażenia „w tym”) wynika, że określony minimalny obrót w obszarze objętym zamówieniem nie ma zastosowania w całości jako rozwiązanie alternatywne w tym znaczeniu, że jeżeli stosuje się wymóg obrotu, to, po pierwsze, należy dokonać oceny obrotu ogółem, a po drugie, obrót w konkretnym obszarze ustala się według uznania instytucji zamawiającej. Innymi słowy, taka wykładnia brzmienia art. 58 ust. 3 dyrektywy 2014/24 prowadzi do wniosku, że obrót w konkretnym obszarze nie może być ustalony niezależnie, bez jednoczesnego określenia wymogu obrotu ogółem.
- 23 Ponadto określenie „w obszarze objętym zamówieniem” nie jest w pełni jasne. W zasadzie zgodnie z rozpatrywanym warunkiem zamówienia dostawcy musieli wykazać zdolność konkretnie w zakresie usług związanych ze zbiórką i transportowaniem zmieszanych odpadów komunalnych, których dotyczyło postępowanie o udzielenie zamówienia, a nie w obszarze gospodarowania odpadami ogółem. Sąd odsyłający skłania się ku przyjęciu szerszej (bardziej abstrakcyjnej) wykładni tego określenia: w zaistniałym sporze określenie to oznaczałoby, że zgodnie z art. 58 ust. 3 dyrektywy 2014/24 strona przeciwna, dążąc do narzucenia konkretnie wymogu zdolności finansowej, musiała, po pierwsze, ustalić ogólny roczny obrót, a po drugie, jednocześnie ustalić, jaką część takiego obrotu stanowi obrót uzyskany w obszarze nieokreślonych usług gospodarowania odpadami.
- 24 Powyższe kwestie dotyczące właściwej klasyfikacji warunku zamówienia, które sąd kasacyjny podnosi z urzędu, dotyczą nie tylko możliwej zgodności z prawem takiego wymogu zamówienia, ale również jego właściwego zastosowania. Należy zauważyć, że strona skarżąca przez cały tok postępowania wyrażała pogląd, że spółka „Parsekas” UAB, jeden z podmiotów oferenta B, nie może przedstawiać instytucji zamawiającej do oceny umów, których, część, po pierwsze, nie została

zrealizowana przez nią samodzielnie, ale wspólnie z innymi partnerami, w tym z samą stroną skarżącą, a po drugie, których przedmiot nie ogranicza się do gospodarowania zmieszanyimi odpadami komunalnymi.

- 25 Wbrew twierdzeniu sądów sąd odsyłający uważa, że sam fakt, iż zgodnie z warunkami zamówienia należało wykazać zdolność finansową i ekonomiczną dostawców poprzez złożenie przez uczestników oświadczenia w dowolnej formie, nie oznacza, że inni dostawcy nie mogą zakwestionować tych oświadczeń lub wiarygodności danych w nich zawartych.
- 26 Należy przy tym przypomnieć, że strona przeciwna, oferent B i sądy interpretowały sporny wymóg dotyczący kwalifikacji dostawców w taki sposób, że warunki zamówienia nie przewidywały wymogu wykazania przez wykonawcę spełnienia wymogu dotyczącego kwalifikacji w postaci uzyskiwania dochodu wyłącznie we własnym imieniu lub na własny rachunek (a więc nie w roli głównego partnera) i wyłącznie w odniesieniu do gospodarowania zmieszanyimi odpadami komunalnymi w przypadku realizacji zamówienia złożonego (obejmującego odpady różnego rodzaju). Sąd kasacyjny nie ma całkowitej pewności w kwestii metody potwierdzenia omawianej kwalifikacji zgodnie z orzecznictwem Trybunału.
- 27 W wyroku z dnia 4 maja 2017 r., Esaprojekt (C-387/14, EU:C:2017:338), Trybunał Sprawiedliwości stwierdził między innymi, że jeżeli wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego; wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału.
- 28 Należy przy tym zauważyć, że w powołanym wyroku pytanie prejudycjalne i odpowiedź na nie dotyczyły art. 48 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18, który przewiduje konkretnie metodę oceny wymogu dotyczącego kwalifikacji zawodowych.
- 29 Gdyby wspomniany warunek zamówienia miał być nadal klasyfikowany jako wymóg zdolności finansowej i ekonomicznej, dla którego istotna byłaby wykładnia przepisów dokonana przez Trybunał Sprawiedliwości w odniesieniu do oceny spełnienia warunków kwalifikacji zawodowych, pojawiłoby się pytanie o rozdzielenie i właściwe stosowanie takich wymogów dotyczących kwalifikacji.

(b) treść i stosowanie wymogu zdolności technicznej i zawodowej

- 30 Sąd kasacyjny wyraża również wątpliwości co do zaklasyfikowania wymogu dotyczącego zdolności technicznej dostawców określonego w warunkach zamówienia, zgodnie z którymi dostawcy muszą wykazać zgodność poprzez

zapewnienie pojazdów (pojazdów do zbiórki odpadów) o odpowiedniej charakterystyce technicznej.

- 31 Zgodnie z orzecznictwem sądu kasacyjnego oferenci dysponują dużo większą swobodą w odniesieniu do korekty danych dotyczących kwalifikacji dostawców niż informacji dotyczących przedmiotu zamówienia, jego charakterystyki technicznej, oferowanej oceny, obowiązków umownych itd. Powodem takiego rozróżnienia praw dostawców do korekty danych jest fakt, że – w ocenie sądu kasacyjnego – kwalifikacje dostawców stanowią kategorię obiektywną dotyczącą okoliczności przeszłych i teraźniejszych, a kwalifikacje albo istnieją, albo nie istnieją. Zgodnie z obowiązującymi obecnie przepisami krajowymi regulującymi zamówienia publiczne istnieją różnice w zakresie prawa dostawców do korekty danych dotyczących kwalifikacji i szczegółów oferty.
- 32 Podobne stanowisko wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości. W ocenie sądu kasacyjnego od podlegających zawężającej wykładni rygorystycznych zasad dotyczących korekty szczegółów oferty, określonych w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in. (C-599/10, EU:C:2012:191), istnieje pewien wyjątek związany z oceną danych dotyczących kwalifikacji. Trybunał Sprawiedliwości w pkt 39 wyroku z dnia 10 października, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), stwierdził, że instytucja zamawiająca może zażądać poprawienia lub uzupełnienia w szczegółach informacji przedstawionych w zgłoszeniu, pod warunkiem że dotyczy to informacji lub danych, jak publikowane sprawozdania finansowe, co do których można obiektywnie ustalić, że pochodzą sprzed daty upływu terminu zgłoszeń.
- 33 Sąd kasacyjny ma również wątpliwości co do zgodności z prawem wymogu dotyczącego zdolności technicznej dostawców. Chociaż w wyroku z dnia 10 maja 2012 r., Komisja/Niderlandy (C-368/10, EU:C:2012:284), Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że pewne wymogi mogą zostać ustalone zarówno w charakterze specyfikacji technicznej, jak i kryterium udzielenia zamówienia lub warunku realizacji zamówienia, dla sądu kasacyjnego nie jest do końca jasne, czy taka sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie.
- 34 Należy przypomnieć, że przez długi czas Trybunał Sprawiedliwości przyjmował, że ocenę kwalifikacji dostawców i ocenę ich ofert regulowały odmienne wymogi (zob. wyrok z dnia 24 stycznia 2008 r., Lianakis, C-532/06, EU:C:2008:40). Zgodnie z tym orzecznictwem kwalifikacji dostawców nie można było postrzegać jako kryterium udzielenia zamówienia.
- 35 Niemniej jednak, dokonując wykładni odpowiednich przepisów dyrektywy 2004/18, Trybunał Sprawiedliwości następnie złagodził nieco to stanowisko, stwierdzając, że umiejętności i doświadczenie członków zespołu wyznaczonego do realizacji zamówienia publicznego można uwzględnić jako kryterium udzielenia zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacjach przetargowych, ponieważ zdolność do wykonania zamówienia publicznego może

zależać w znacznym stopniu od „zawodowej wartości” osób zobowiązanych do wykonania, na którą to wartość składają się doświadczenie zawodowe i wykształcenie tych osób (wyrok z dnia 26 marca 2015 r., Ambisig, C-601/13, EU:C:2015:204).

- 36 *Ratio decidendi* w tej sprawie, jak wyjaśnił następnie Trybunał Sprawiedliwości, polega na tym, że instytucja zamawiająca dokonała w tym przypadku rzeczywistego porównania dopuszczalnych ofert w celu wyłonienia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie; doświadczenie zespołu technicznego było bowiem nieodzowną cechą oferty, a nie stanowiło tylko kryterium oceny zdolności oferentów do realizacji zamówienia (wyrok z dnia 1 marca 2018 r., Tirkkonen, C-9/17, EU:C:2018:142). Ostatecznie taką zasadę wykładni prawnej określono również w art. 67 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2014/24. W każdym razie – poza wspomnianym przepisem stanowiącym wyjątek od reguły – ramy regulacyjne w dalszym ciągu przewidują model oddzielający kwalifikacje i kryteria (udzielenia zamówienia).
- 37 Należy przyjąć, że jeżeli kwalifikacje dostawców nie mogą zazwyczaj być wykorzystane do porównania ofert, wówczas nie należy ustalać postanowień technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia jako wymogów odnoszących się do zdolności dostawców.
- 38 Zgodnie z warunkami zamówienia instytucja zamawiająca wymagała od dostawców wykazania, że ich pojazdy wykorzystywane do świadczenia usług będą spełniać określone parametry techniczne. Zapisy te są skorelowane między innymi z odpowiednim warunkiem określonym w specyfikacji technicznej. Należy przyjąć, że takie wymogi wykraczają poza to, co należy ustalić w weryfikacji zdolności technicznej dostawców.
- 39 Artykuł 58 ust. 4 dyrektywy 2014/24 stanowi między innymi, że instytucje zamawiające mogą nałożyć wymogi zapewniające posiadanie przez wykonawców niezbędnych zasobów ludzkich i technicznych oraz doświadczenia umożliwiającego realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W niniejszej sprawie konkretne i precyzyjne wymogi techniczne dla pojazdów sugerują, że dla instytucji zamawiającej ważne było nie ogólne potwierdzenie zdolności dostawców do prawidłowej realizacji zamówienia związanego z usługami gospodarowania odpadami, ale ustalenie konkretnego sposobu realizacji zamówienia, zakładającego spełnienie celów środowiskowych (norma EURO 5), możliwości śledzenia realizacji zobowiązań umownych (sprzęt GPS) itd.
- 40 W tej dziedzinie orzecznictwo sądu kasacyjnego ma charakter zindywidualizowany w zależności od poszczególnych spraw; nie określa ono jasnych zasad prawa regulujących kwestię tego, kiedy wymóg ma być postrzegany jako warunek zdolności technicznej, a kiedy jest już elementem specyfikacji technicznej. W ocenie sądu odsyłającego powinna co do zasady istnieć korelacja między kompleksowym charakterem danego warunku

zamówienia a klasyfikacją jego treści, a więc – im bardziej szczegółowe są kryteria techniczne (formalne), których spełnienie należy wykazać, tym bardziej treść wymogu odbiega od zdolności technicznej w kierunku specyfikacji technicznej lub warunków realizacji zamówienia. Wynika to również jasno z zakresu i kompleksowego charakteru art. 58 ust. 4 dyrektywy 2014/24 i załącznika VII do tej dyrektywy.

Równowaga między ochroną informacji poufnych dostawcy i skutecznością obrony praw innego dostawcy

- 41 Strona skarżąca bezskutecznie domagała się – zarówno na etapie poprzedzającym wniesienie skargi, jak i w toku postępowania – dostępu do oferty oferenta B. Jest to powszechna sytuacja, typowa dla litewskiej praktyki zamówień publicznych, którą sąd kasacyjny systematycznie próbuje ograniczać poprzez rozwijanie orzecznictwa.
- 42 W kontekście niniejszego sporu należy jednak zauważyć, że sama instytucja zamawiająca bardzo aktywnie broniła prawa oferenta B do ochrony informacji poufnych.
- 43 W ocenie sądu odsyłającego główną negatywną konsekwencją takiej rozpowszechnionej praktyki na Litwie jest fakt, że skarżący nie mają możliwości w pełni bronić swoich praw, ponieważ – tak jak w rozpatrywanej sprawie – mają oni do dyspozycji mniej informacji niż pozostałe strony sporu. Ponadto skuteczność obrony praw skarżących zasadniczo zależy od postanowienia sądu o uznaniu odpowiednich informacji, których ujawnienia domagają się skarżący, za poufne (akta niejawne). Jeżeli sąd nie uwzględni żądania strony skarżącej w zakresie przedstawienia informacji, możliwości spełnienia jego żądań ograniczają się do minimum, ponieważ sądy zazwyczaj – jak miało to miejsce również w niniejszej sprawie – nie rozpoznają z urzędu zgodności danych poufnych z wymogami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub z przepisami prawa ani nie oceniają wiarygodności takich danych itp.
- 44 W tym względzie sąd kasacyjny stwierdził między innymi, po pierwsze, że prawo dostawcy do ochrony informacji oznaczonych oddzielnie w jego ofercie jako niepodlegające ujawnieniu, określone w art. 20 ustawy o zamówieniach publicznych, obejmuje wyłącznie dane, które można zaklasyfikować jako tajemnicę handlową (tajemnicę branżową) w rozumieniu art. 1.116 ust. 1 kodeksu cywilnego; sam fakt, że w innych przypadkach określone informacje związane z dostawcą i jego działalnością nie są bezpośrednio dostępne innym wykonawcom, nie oznacza, że podlegają one ochronie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli nie można uznać ich za tajemnicę handlową. Należy przy tym zauważyć, że przepisy art. 1.116 kodeksu cywilnego zasadniczo odpowiadają w tym zakresie przepisom dyrektywy 2016/943.
- 45 Po drugie, prawo dostępu dostawcy do oferty innego dostawcy należy postrzegać zasadniczo jako integralną część ochrony naruszonych praw. Zgodnie

z krajowymi przepisami regulującymi zamówienia publiczne prawo dostępu dostawcy do oferty innego dostawcy stanowi autonomiczne prawo osobiste, które jest wykonywane odrębnie w drodze zastosowania środków prawnych, bez formalnej konieczności wszczęcia przez stronę skarżącą, która nie dysponuje wszystkimi koniecznymi danymi, sporu co do wyniku postępowania o udzielenie zamówienia wraz ze złożeniem w toku postępowania sądowego wniosku o nakazanie instytucji zamawiającej przedstawienia dowodów i o udostępnienie przez sąd dowodów stronie skarżącej, a następnie ewentualnego uzupełnienia lub doprecyzowania roszczeń.

- 46 Niemniej jednak w tej kwestii sąd kasacyjny nie ma pewności co do konkretnej treści obowiązków instytucji zamawiającej w zakresie ochrony poufności informacji powierzonych jej przez dostawców i związku takich obowiązków z obowiązkiem zapewnienia przez instytucję zamawiającą skuteczności obrony praw wykonawców, którzy wszczęli procedurę odwoławczą. Chociaż w wyroku z dnia 14 lutego 2008 r. wydanym w sprawie Varec (C-450/06, EU:C:2008:91) – nieomal jedynym wyroku w tym przedmiocie – Trybunał Sprawiedliwości podkreślił charakter stosunku powiernictwa (stosunku zaufania) między dostawcami a instytucją zamawiającą, z art. 9 ust. 2 dyrektywy 2016/943 akapit trzeci (art. 10¹ ust. 3 kodeksu postępowania cywilnego), który przyjęto później, wynika, że w żadnym razie strony postępowania nie mogą dysponować różnym zakresem informacji, ponieważ w przeciwnym razie naruszona byłby zasada skutecznego środka prawnego i rzetelnego procesu.
- 47 Jeżeli zgodnie z tą zasadą prawną sąd musi zapewnić stronie skarżącej prawo dostępu do tajemnicy handlowej należącej do strony sporu, nie jest jasne, dlaczego to samo prawo nie powinno przysługiwać stronie skarżącej przed rozpoczęciem postępowania sądowego, zwłaszcza że mogłoby to pomóc mu w podjęciu decyzji o wszczęciu procedury odwoławczej.
- 48 Pomijając art. 18, dyrektywa 2016/943 zasadniczo nie zawiera żadnych konkretnych sformułowań odnoszących się w szczególności do procedur udzielania zamówień publicznych. Z drugiej strony jest wątpliwe, czy ochrona informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oferentów powinna różnić się poziomem (być wyższa) w porównaniu do podmiotów gospodarczych funkcjonujących w innych stosunkach prawnych. Również artykuł 21 dyrektywy 2014/24 oraz odpowiednie przepisy dyrektywy 89/665 nie dają w tej kwestii jasnej odpowiedzi.
- 49 Sąd kasacyjny wielokrotnie zauważył, że chociaż instytucje zamawiające nie są organami odwoławczymi, to ze względu na obowiązkowy system rozstrzygania sporów przed wniesieniem skargi, mają one szerokie uprawnienia w zakresie współpracy z dostawcami (żądającymi informacji i dostawcami, których dotyczą żądane informacje), a w niektórych przypadkach również – wynikający z celu skutecznej ochrony praw dostawców – obowiązek podjęcia, stosownie do własnych kompetencji i dostępnych środków, działań koniecznych do zapewnienia, aby dostawcy mieli faktyczną możliwość ochrony wszelkich

interesów, które mogły zostać naruszone. Takie orzecznictwo jest spójne z art. 1 ust. 5 dyrektywy 89/665, który stanowi, że państwa członkowskie mogą wymagać, aby zainteresowany podmiot w pierwszej kolejności wniósł odwołanie do instytucji zamawiającej.

- 50 Ponieważ litewski ustawodawca określił obowiązkową procedurę zgłaszania i rozpatrywania odwołań, a prawo dostępu dostawcy do ofert innych oferentów jest postrzegana przez sądy jako integralna część obrony przysługujących im praw, wykładnia powołanych przepisów prawa Unii, w myśl której dostawcy ci mieliby mieć dostęp do takich informacji jedynie w toku postępowania sądowego, byłaby niespójna.
- 51 Z drugiej strony sąd kasacyjny nie ma pewności co do tego, w jaki sposób należałoby realizować w postępowaniu sądowym informowanie stron postępowania przewidziane w art. 9 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy 2016/943: czy prawo dostępu strony skarżącej do zwycięskiej oferty jest bezwarunkowe; czy – w odniesieniu do etapu poprzedzającego wniesienie skargi – wnioskodawca nie powinien w pierwszej kolejności wystąpić ze stosownym wnioskiem do instytucji zamawiającej; czy charakter sporu dotyczącego wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma znaczenie dla uwzględnienia takiego wniosku; czy w ogóle musi zachodzić brak zgody między stronami co do wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czy też wystarczyłoby po prostu, aby jeden z wykonawców wykonał swoje prawo dostępu do informacji, a w razie naruszenia tego prawa mógłby złożyć skargę do sądu w odrębnym postępowaniu, jak określono w orzecznictwie sądu kasacyjnego.
- 52 Należy przy tym zauważyć, że w niniejszej sprawie strona skarżąca początkowo zwróciła się do instytucji zamawiającej o udzielenie dostępu do oferty oferenta B. Otrzymała jedynie niewielką część dokumentów, nie powołała się na ten fakt i nie zaskarżyła oddzielnie decyzji instytucji zamawiającej, ale złożyła do sądu wniosek proceduralny o nakazanie stronie przeciwnej przedstawienia dowodów i udostępnienia ich przez sąd stronie skarżącej. Mając na uwadze przebieg sporu na etapie poprzedzającym wniesienie skargi, nie jest do końca jasne, czy sąd pierwszej instancji w ogóle powinien rozstrzygać co do zaklasyfikowania danych oferenta B jako informacji poufnych. Z drugiej strony sąd pierwszej instancji i sąd odsyłający – po odmowie ujawnienia stronie skarżącej żądanych danych – wyraźnie nie wyraziły same opinii co do ich treści i znaczenia.

Przedłożenie potencjalnie nieprawdziwych informacji i uprawnienia sądu w tym zakresie

- 53 W niniejszej sprawie sąd odsyłający podnosi z urzędu między innymi kwestię oceny dokonanej na podstawie art. 57 ust. 4 lit. h) dyrektywy 2014/24 działań oferenta B, a więc tego, czy oferent B (czy dokładniej pewni jego członkowie) nie przedstawił (przedstawili) instytucji zamawiającej nieprawdziwych informacji dotyczących spełnienia nałożonych wymogów dotyczących zdolności. Ponadto

nie ma pewności co do skutku ewentualnego niezgodnego z prawem postępowania niektórych partnerów względem innych uczestników wspólnych działań.

- 54 W wyroku Trybunału Sprawiedliwości wydanym w sprawie Esaprojekt (C-387/14), który dotyczył wykładni podobnego przepisu zawartego w art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18, zauważono – po pierwsze – że ustalenie umyślnego postępowania po stronie wykonawcy nie może być postrzegane jako element konieczny do wykluczenia go z uczestnictwa w zamówieniu publicznym, ale wystarczy, by dopuścił się pewnego stopnia niedbalstwa, które może mieć decydujący wpływ na decyzje o wykluczeniu, wyborze lub udzieleniu zamówienia publicznego; *po drugie* – jeżeli informacje podane przez wykonawcę wpłynęły na rezultat postępowania o udzielenie zamówienia, wykonawca, który przedstawił takie informacje w sposób niedbały, może być postrzegany jako winny poważnego wprowadzenia w błąd w rozumieniu art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18, a takie postępowanie po jego stronie może zatem uzasadniać decyzję instytucji zamawiającej o wykluczeniu takiego wykonawcy z danego zamówienia publicznego.
- 55 W niedawno wydanym wyroku w tym względzie (wyrok z dnia 3 października 2019 r., Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826) Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że art. 57 ust. 4 lit. h) dyrektywy 2014/24 faktycznie obejmuje zarówno zachowania czynne, takie jak sfalszowanie, jak i zaniechanie, ponieważ podanie nieprawdziwych informacji, podobnie jako zatajenie prawdziwych informacji, może mieć wpływ na decyzję podejmowaną przez instytucję zamawiającą.
- 56 Na podstawie powyższych wyjaśnień można stwierdzić, że przedstawione przez „Parsekas” UAB informacje dotyczące dochodu uzyskanego z umów o zamówienia – które albo były zawarte i realizowane wspólnie z innymi wykonawcami wykonującymi konkretnie część usług w zakresie gospodarowania zmieszonymi odpadami komunalnymi, które należało wykazać, albo były zawarte i realizowane bez partnerów, ale w tym przypadku dodatkowo względem zmieszanych odpadów gospodarowano również innymi odpadami (przy czym w obydwu przypadkach odpady zmieszane stanowiły mniejszą część wszystkich odpadów) – mogły zasadniczo w świetle okoliczności rozpatrywanych przez Trybunał Sprawiedliwości w sprawie Esaprojekt odpowiadać sytuacji niedbałego udzielenia informacji wpływającego na wyniki postępowania o udzielenie zamówienia.
- 57 Badanie okoliczności faktycznych nie należy do sądu kasacyjnego. Może on jednak z urzędu podnosić kwestie prawne, w tym kwestię zaklasyfikowania informacji jako niezgodnych z prawdą, jak również kwestię oceny dowodów przeprowadzoną przez sądy.
- 58 Z drugiej strony Trybunał Sprawiedliwości zaczął w swoim orzecznictwie dotyczącym przepisów art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24, w którym określono

podstawy wykluczenia, podkreślać szczególny stosunek oparty na wzajemnym zaufaniu między instytucją zamawiającą a danym dostawcą (zob. wyrok z dnia 3 października 2019 r., *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj* 93, C-267/18, EU:C:2019:826, pkt 25–27 i 37). Sąd kasacyjny ma zatem wątpliwości, czy w przypadkach gdy instytucja zamawiająca dokona odmiennej oceny, sąd może uznać, że instytucji zamawiającej przedstawiono informacje nieprawdziwe i wprowadzające w błąd. W tym kontekście należy zauważyć, że skarżący zarówno w odwołaniu do instytucji zamawiającej, jak i w skardze do sądu, wprost wyraził pogląd, że „Parsekas” UAB przedstawiła stronie przeciwnej informacje wprowadzające w błąd; strona przeciwna zajęła jednak inne stanowisko i uznała, że informacje, które jej przedstawiono, potwierdzają spełnienie przez oferenta B wymogów dotyczących kwalifikacji.

- 59 Co się tyczy kwestii spornych sąd odsyłający nie ma pewności między innymi co do możliwych konsekwencji działań wykonawców, którzy przedstawili potencjalnie nieprawdziwe informacje, dla ich partnerów, z którymi wspólnie złożyli ofertę. Zgodnie z przepisami krajowymi regulującymi zamówienia publiczne (art. 46 ust. 4 pkt 4 i art. 52 ustawy o zamówieniach publicznych) wykonawcy, którzy przedstawili nieprawdziwe informacje, muszą zostać wpisani do wykazu dostawców, którzy przedstawili nieprawdziwe informacje, co skutkuje ograniczeniem możliwości ich uczestnictwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez innych zamawiających przez określony czas (jeden rok). Wątpliwości sądu kasacyjnego dotyczą tego, czy wiarygodność przedstawionych informacji nie wpływa na wszystkich członków (partnerów) oferenta B.
- 60 Zgodnie z art. 52 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych wykaz dostawców, którzy przedstawili nieprawdziwe informacje, musi obejmować dostawców w rozumieniu art. 2 ust. 36 ustawy o zamówieniach publicznych (dostawca zdefiniowany jest jako wykonawca będący osobą fizyczną, osobą prawną prawa prywatnego lub publicznego, inną organizacją i jej jednostką lub grupą takich osób, w tym tymczasowym stowarzyszeniem podmiotów gospodarczych, które oferuje realizację robót lub dostaw towarów lub usług na rynku). Należy jednak przyjąć pogląd, że sporny omawiany negatywny (konsekwencja) w odniesieniu do niezgodnych z prawem i zakazanych ustawowo działań co do zasady wiąże się z osobistą odpowiedzialnością danego podmiotu (sankcją). Należy go zatem stosować bez wyjątku jedynie wobec podmiotów, które uczestniczą w dowolny sposób w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych i przedstawiły instytucjom zamawiającym informacje na swój temat we własnym imieniu.
- 61 W tym kontekście nie jest jasne, czy niezgodne z prawem działania polegające na przedstawieniu nieprawdziwych informacji przez niektórych partnerów grupy wspólnie występujących dostawców na własny temat niesie negatywne konsekwencje jedynie dla nich, czy dla wszystkich partnerów łącznie. Drugie stanowisko może znajdować potwierdzenie we wspólnym charakterze interesów i odpowiedzialności wszystkich partnerów. Z drugiej strony budzi wątpliwość, czy taki model współodpowiedzialności nie jest nieproporcjonalny, zważywszy,

że wykonawcy wpisani do wykazu wykonawców, którzy przedstawili nieprawdziwe informacje, są wykluczeni z kolejnych postępowań o udzielenie zamówienia przez okres jednego roku.

- 62 Nie jest kwestią sporną, że wspólne występowanie wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wiąże się z dodatkowym ryzykiem, w tym ryzykiem związanym z koniecznością wykluczenia niektórych partnerów lub brakiem możliwości ich dalszego udziału w postępowaniach (przykładowo z powodu niewypłacalności) (zob. wyrok z dnia 24 maja 2016 r., MT Højgaard and Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347); niemniej jednak tego rodzaju ryzyko i jego potencjalnie negatywne konsekwencje dotyczą wyłącznie konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, a nie zakazu udziału w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia przez określony czas.

DOKUMENT ROBOCI