



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MICHAŁA BOBEKA
przedstawiona w dniu 24 listopada 2016 r.¹

Sprawa C-387/14

**Esaprojekt sp. z o.o.
przeciwko
Województwu Łódzkiemu**

(wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Krajową Izbę Odwoławczą,
Polska)

Dyrektywa 2004/18/WE — Zasady niedyskryminacji i przejrzystości — Przekazanie przez oferenta dodatkowych informacji dotyczących dostaw, których nie wskazano w pierwotnej ofercie — Możliwość sumowania doświadczenia dwóch podmiotów — Możliwość powoływania się na doświadczenie uzyskane podczas działalności jako członek grupy wykonawców — Możliwość sumowania doświadczenia z kilku zamówień — Poważne wprowadzenie w błąd

I – Wprowadzenie

1. Niniejsza sprawa dotyczy zamówienia publicznego na dostawę szpitalnych systemów informatycznych w Polsce. Pierwotnie zamówienie zostało udzielone spółce Komputer Konsult sp. z o.o. (zwanej dalej „KK”). Spółka Esaprojekt sp. z o.o. (zwana dalej „Esaprojektem”), która również złożyła ofertę, wniosła odwołanie do sądów krajowych od decyzji o udzieleniu tego zamówienia. Decyzja ta została unieważniona z uwagi na niewystarczające doświadczenie, na które powoływała się KK. KK wezwano do złożenia wyjaśnień w przedmiocie przedłożonego wykazu zamówień, przy których realizacji zdobyła doświadczenie. W zmienionym wykazie KK powołała się na doświadczenie innego, nowego podmiotu. Zamówienie zostało ponownie udzielone KK. Esaprojekt ponownie wniósł odwołanie, co doprowadziło do wystąpienia w niniejszej sprawie z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

2. Sąd krajowy, po pierwsze, przedłożył Trybunałowi szereg pytań zmierzających do ustalenia, w jakich okolicznościach oferenci mogą dokonywać zmian w swoim wykazie zamówień, przy których realizacji zdobyli doświadczenie, oraz powoływać się na doświadczenie innych podmiotów. Po drugie, sąd krajowy zmierza do sprecyzowania przesłanek, w myśl których informacje przekazane przez oferenta stanowią „wprowadzenie w błąd” w rozumieniu art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18/WE². Po trzecie, sąd krajowy zmierza do ustalenia, czy w celu spełnienia wymogu przetargu można powoływać się na doświadczenie uzyskane przy realizacji odrębnych zamówień, jeżeli instytucja zamawiająca nie wskazała w sposób wyraźny takiej możliwości.

¹ — Język oryginału: angielski.

² — Dyrektywa 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).

II – Ramy prawne

A – Prawo Unii

3. Artykuł 2 dyrektywy 2004/18 (zwanej dalej „dyrektywą”) ustanawia zasadę przejrzystości i niedyskryminacji przy udzielaniu zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.
4. Artykuł 44 ust. 1 stanowi, że zamówień udziela się między innymi na podstawie kryteriów dotyczących wiedzy lub możliwości zawodowych i technicznych, o których mowa w art. 48. Artykuł 44 ust. 2 stanowi, iż wymagane minimalne zdolności „muszą być związane [z przedmiotem zamówienia] i proporcjonalne do [niego]”.
5. Artykuł 45 ust. 2 lit. g), znajdujący się w sekcji zatytułowanej „Kryteria kwalifikacji podmiotowej”, stanowi, że z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który „jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy”, natomiast co się tyczy art. 45 ust. 2 w ogólności – „zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego, państwa członkowskie określają warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu”.
6. Artykuł 48 ust. 2 określa sposoby udowodnienia doświadczenia, które pod lit. a) obejmują w szczególności wykaz wykonanych robót budowlanych oraz wykaz zrealizowanych głównych dostaw lub usług.
7. Artykuł 48 ust. 3 przewiduje, iż wykonawca „może, w stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań”. Musi on w takiej sytuacji dowieść, iż „będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów”.
8. Zgodnie z art. 51 dyrektywy, zatytułowanym „Dokumenty i informacje dodatkowe”, instytucje zamawiające „mogą wezwać wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art. 45–50 lub o ich wyjaśnienie [do ich wyjaśnienia]”.

B – Przepisy prawa krajowego

9. Artykuł 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „ustawą Pzp”) zawiera definicję pojęcia „zamówień publicznych”, które oznaczają „umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane”.
10. Artykuł 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przewiduje wykluczenie wykonawców, którzy „[...] złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania [...]”.
11. Artykuł 26 ustawy Pzp przewiduje możliwość zażądania przez zamawiającego od wykonawcy przekazania brakujących informacji, usunięcia błędów lub udzielenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów.

III – Stan faktyczny, postępowanie oraz pytania prejudycjalne

12. Niniejsza sprawa dotyczy zamówienia publicznego na dostawę systemów informatycznych dla szpitali publicznych w województwie łódzkim (Polska). Mająca znaczenie dla sprawy część zamówienia dotyczy zakupu i dostawy zintegrowanego systemu szpitalnego (HIS) do obsługi części administracyjnej (szarej) oraz do obsługi części medycznej (białej) w Samodzielnym Szpitalu Wojewódzkim im. Mikołaja Kopernika.

13. Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy byli w stanie wykazać między innymi, iż wykonali przynajmniej dwa zamówienia obejmujące (dla każdego ze wskazanych zamówień): dostawę, instalację, konfigurację i wdrożenie zintegrowanego systemu szpitalnego (HIS) w części białej i szarej, dla zakładu opieki zdrowotnej z minimalną liczbą 200 łóżek, o wartości nie mniejszej niż 450 000 PLN brutto.

14. W celu wykazania spełnienia powyższego warunku wykonawcy mieli przedstawić oświadczenie oraz wykaz wykonanych „głównych dostaw” HIS w części białej i szarej.

15. KK w swojej ofercie przedstawiła wykaz, w którym wskazała dwie pozycje dostaw HIS w części białej i szarej dla szpitali w (i) Słupsku (zwaną dalej „dostawą słupską”) i (ii) Nowym Sączu (zwaną dalej „dostawą nowosądecką”). Obie dostawy zostały zrealizowane przez konsorcjum Konsultant IT sp. z o.o. (zwane dalej „KIT”) i KK.

16. Przetarg na zakup i dostawę HIS wygrała KK. Od decyzji tej Esaprojekt wniósł odwołanie, zasadniczo twierdząc, że zamówienia wskazane przez KK nie spełniają wymogów postępowania, jeśli chodzi o doświadczenie w zakresie HIS.

17. Odwołanie zostało uwzględnione. Zamawiający został zobowiązany do wezwania KK w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zakresu zamówień wykazanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

18. W trakcie udzielonych następnie wyjaśnień okazało się, że dostawa słupska w rzeczywistości realizowana była w ramach dwóch postępowań przetargowych i objęta była dwiema odrębnymi umowami, z których jedna nie obejmowała części białej, a druga części szarej. Instytucja zamawiająca stwierdziła, iż dostawa słupska nie spełnia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o których mowa w pkt 13 powyżej niniejszej opinii, bowiem dostawa słupska nie stanowi pojedynczego „zamówienia publicznego” w rozumieniu art. 2 ust. 13 ustawy Pzp. Przeciwnie, zamówienie dotyczyło dwóch odrębnych zamówień. W związku z powyższym zamawiający zażądał od KK uzupełnienia dokumentów dowodzących, iż spełnia ona warunki zamówienia.

19. W ramach uzupełnienia dokumentów KK przedstawiła nowy wykaz dostaw. Jak poprzednio, w wykazie tym KK umieściła dostawę nowosądecką. Ponadto do wykazu zostały dopisane dwie nowe dostawy, które zostały zrealizowane przez inny podmiot, Medinet Systemy Informatyczne sp. z o.o. (zwany dalej „Medinetem”) (zwane dalej „dostawami zrealizowanymi przez Medinet”). KK przedstawiła także zobowiązanie Medinetu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów przy wykonywaniu zamówienia oraz do uczestniczenia w realizacji zamówienia w charakterze doradcy i konsultanta.

20. Zamawiający zaakceptował zmienioną ofertę złożoną przez KK. Esaprojekt ponownie wniósł odwołanie od decyzji Województwa Łódzkiego do Krajowej Izby Odwoławczej. W tych okolicznościach sąd ten postanowił zawiesić postępowanie i przedłożyć Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:

„Pytanie pierwsze:

Czy art. 51 w związku z deklarowaną w art. 2 [dyrektywy 2004/18] zasadą równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasadą przejrzystości zezwalają na to, aby wykonawca w ramach wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów mógł wskazać inne realizacje (tj. wykonane dostawy) niż wskazał w wykazie dostaw załączonym do oferty, a w szczególności czy może wskazać realizacje innego podmiotu, na korzystanie z zasobów którego nie wskazywał w ofercie?

Pytanie drugie:

Czy w świetle orzeczenia Trybunału z 10 października 2013 r. w sprawie Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), z którego wynika, że »zasadę równego traktowania należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie wezwaniu kandydata przez instytucję zamawiającą, po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do przedstawienia dokumentów opisujących sytuację kandydata, na przykład sprawozdań finansowych, co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu zgłoszeń, o ile w materiałach dotyczących zamówienia nie zawarto wyrażnie wymogu przedstawienia takich dokumentów pod rygorem wykluczenia kandydata«, art. 51 [dyrektywy 2004/18] należy interpretować w ten sposób, że uzupełnianie dokumentów jest możliwe jedynie w zakresie dokumentów, co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czy też że Trybunał wskazał tylko jedną z możliwości, a uzupełnianie dokumentów możliwe jest także w innych przypadkach, np. poprzez dołączenie dokumentów, które nie istniały przed tym terminem, lecz które w sposób obiektywny mogą potwierdzić spełnienie warunku?

Pytanie trzecie:

W przypadku odpowiedzi na pytanie 2 wskazującej, że możliwe jest uzupełnianie także dokumentów innych niż wskazane w orzeczeniu C-336/12 Manova – czy możliwe jest uzupełnianie dokumentów sporządzanych przez wykonawcę, podwykonawców lub inne podmioty, na których zdolności wykonawca się powołuje, w przypadku gdy nie zostały one przedstawione wraz z ofertą?

Pytanie czwarte:

Czy art. 44 [dyrektywy 2004/18] w związku z [jej] art. 48 ust. 2 lit. a) oraz z deklarowaną w art. 2 [dyrektywy 2004/18] zasadą równego traktowania wykonawców zezwala na takie powoływanie się na zasoby innego podmiotu, o których mowa w art. 48 ust. 3, w ramach którego nastąpi sumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch podmiotów, które pojedynczo nie posiadają wymaganej przez instytucję zamawiającą wiedzy i doświadczenia, w przypadku gdy doświadczenie to jest niepodzielne (tzn. warunek udziału w postępowaniu musi być spełniony przez wykonawcę w całości) oraz wykonanie zamówienia jest niepodzielne (stanowi jedną całość)?

Pytanie piąte:

Czy art. 44 [dyrektywy 2004/18] w związku z [jej] art. 48 ust. 2 lit. a) oraz z deklarowaną w art. 2 [dyrektywy 2004/18] zasadą równego traktowania wykonawców zezwala na takie powoływanie się na doświadczenie grupy wykonawców, że wykonawca, który realizował zamówienie jako jeden z grupy wykonawców, może się powoływać na realizację wykonaną przez tę grupę niezależnie od tego, jaki był jego udział w realizacji tego zamówienia, czy też może powoływać się jedynie na swoje własne, realnie uzyskane doświadczenie, które zdobył realizując daną część zamówienia, która została mu przypisana w ramach grupy?

Pytanie szóste:

Czy art. 45 ust. 2 lit. g) [dyrektywy 2004/18], wskazujący, że z postępowania można wykluczyć wykonawcę winnego poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, można interpretować w ten sposób, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, uznając, że winą we wprowadzeniu w błąd jest samo przekazanie instytucji zamawiającej informacji niezgodnych ze stanem faktycznym, a mających wpływ na decyzję instytucji zamawiającej w zakresie wykluczenia wykonawcy (i odrzucenia jego oferty) niezależnie od tego, czy wykonawca dokonał tego umyślnie i celowo, czy też z winy nieumyślnej, poprzez lekkomyślność, niedbalstwo lub niezachowanie należytej staranności? Czy za »winnego poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji« można uznać tylko wykonawcę, który przedstawił informacje nieprawdziwe (niezgodne ze stanem faktycznym), czy [również] wykonawcę, który co prawda przedstawił informacje prawdziwe, lecz przedstawił je w taki sposób, by instytucja zamawiająca powzięła przekonanie, że wykonawca spełnia postawione przez nią wymogi, pomimo że ich nie spełnia?

Pytanie siódme:

Czy art. 44 [dyrektywy 2004/18] w związku z [jej] art. 48 ust. 2 lit. a) oraz z deklarowaną w art. 2 [dyrektywy 2004/18] zasadą równego traktowania wykonawców zezwala na takie powoływanie się przez wykonawcę na posiadane doświadczenie, w ramach którego wykonawca powoła się łącznie na dwie lub więcej umów jako jedno zamówienie, pomimo że zamawiający w ogłoszeniu ani specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazał takiej możliwości?”

21. Uwagi na piśmie przedłożyły rządy polski i włoski oraz Komisja. Rząd polski, Komisja oraz Województwo Łódzkie, strona pozwana w postępowaniu głównym, wzięły udział w rozprawie, która odbyła się w dniu 21 września 2016 r.

IV – Ocena

A – W przedmiocie pytania pierwszego (oraz drugiego i trzeciego)

22. Poprzez pytanie pierwsze sąd odsyłający w istocie zmierza do ustalenia, czy w świetle art. 2 i 51 dyrektywy oferent może po upływie terminu składania ofert powołać się na doświadczenie innego podmiotu, którego nie wskazał w pierwotnej ofercie.

23. Poprzez pytania drugie i trzecie sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy w świetle wyroku Manova³ oferent może po upływie terminu składania ofert przedstawić dokumenty dowodzące, że może polegać na doświadczeniu tego innego podmiotu (w niniejszej sprawie przedsiębiorstwa Medinet).

³ — Wyrok z dnia 10 października 2013 r. (C-336/12, EU:C:2013:647).

24. Co się tyczy pytania pierwszego, uważam, iż co do zasady nie istnieje możliwość wskazania dodatkowych referencji, z przyczyn omówionych poniżej. W świetle tej odpowiedzi szczegółowa analiza pytania drugiego i trzeciego jest zbędna.

25. Artykuł 51 dyrektywy stanowi, że instytucje zamawiające mogą wezwać oferentów do „uzupełnienia lub wyjaśnienia” przedłożonych przez nich dokumentów. Wyrazy te, „uzupełnić” lub „wyjaśnić”, niewątpliwie są pojęciami elastycznymi. Zgodnie jednak z utrwalonym orzecznictwem⁴ zasada równego traktowania oraz obowiązek przejrzystości sprzeciwiają się wszelkim negocjacjom pomiędzy instytucją zamawiającą a oferentem w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika stąd ogólna zasada, że instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną z technicznymi wymogami specyfikacji zamówienia, ani nawet sprawiać wrażenia, że dopuszcza możliwość zmiany oferty⁵.

26. Niezależnie od powyższego dyrektywa „nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub poprawienia oczywistych błędów materialnych”, pod warunkiem że nie doprowadzi to do przedstawienia w istocie nowej oferty⁶. Można oczekiwać dochowania należytej staranności ze strony oferentów⁷, należy jednak unikać nadmiernego formalizmu⁸. Ma to szczególne znaczenie z uwagi na konieczność zapewnienia otwartości i konkurencyjności przetargów.

27. Możliwość przedstawiania informacji uzupełniających po upływie terminu składania ofert uważana jest zatem za wyjątkową, ale nie jest wykluczona. Powstaje w związku z powyższym pytanie, w którym dokładnie miejscu należałoby wytyczyć granicę.

28. Moim zdaniem podejście Trybunału można najlepiej ująć w formie pewnej metafory: przedstawione przez oferenta informacje i dokumentacja w chwili upływu terminu składania ofert stanowią zdjęcie. Jedynie 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 ujrzenia danego szczegółu. Zarazem podstawowe informacje winny już znaleźć się w pierwotnej migawce, choć w mniejszej rozdzielczości.

29. Kierując się powyższą logiką, uważam, iż co do zasady nie można zezwalać oferentowi na wykazanie, że spełnia on wymogi techniczne i zawodowe zamówienia w drodze powołania się na doświadczenie osób trzecich, które nie zostało wskazane przed upływem terminu składania ofert. Informacje te po prostu nie znalazły się w obrębie pierwotnego obrazu.

30. W związku z powyższym powoływanie się na inny podmiot w wyżej opisany sposób nie stanowi jedynie wyjaśnienia lub formalności. Jest to faktycznie znacząca zmiana oferty. Tym sposobem ulega zmianie sama tożsamość podmiotów realizujących prace, a przynajmniej tożsamość podmiotu, na którego doświadczeniu się polega. Jest to istotna zmiana mająca wpływ na kluczowy element postępowania⁹. Co więcej, jak wskazała Komisja, zmiana taka może prowadzić do zażądania przez instytucję zamawiającą dalszej weryfikacji, a nawet może mieć wpływ na wybór kandydatów zaproszonych do złożenia oferty.

4 — Zobacz wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in. (C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 36); z dnia 10 października 2013 r., Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 31); z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 62).

5 — Wyrok z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in. (C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 41).

6 — Zobacz wyroki: z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 63, 64); z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in. (C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 40); z dnia 10 października 2013 r., Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 32–36).

7 — Wyrok z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in. (C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 38).

8 — Wyrok z dnia 6 listopada 2014 r., Cartiera dell’Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 45).

9 — Zobacz analogicznie wyrok z dnia 6 listopada 2014 r., Cartiera dell’Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 45), w którym zmiana tożsamości osoby wyznaczonej na dyrektora technicznego nie została uznana za wyłącznie formalną i w związku z tym stanowiła wystarczającą podstawę wykluczenia oferenta.

31. Ujmując rzecz w bardziej ogólny sposób: dopuszczenie takich zmian może z pewnością mieć wpływ na mechanizm konkurencji. Decyzja oferenta, czy polegać na własnym doświadczeniu, czy też powołać się na doświadczenie innego podmiotu, musi zostać podjęta w określonym momencie na podstawie posiadanych w tym czasie przez niego informacji. Danie oferentowi drugiej szansy podjęcia takiej decyzji gospodarczej po upływie pewnego czasu z pewnością może przysporzyć mu przewagi, która kłóci się z wymogiem równego traktowania. Na przykład wiedza o liczbie lub tożsamości konkurentów startujących w przetargu albo spowolnienie na rynku mogą stanowić dla oferenta zachętę do poszukiwania partnera z większym doświadczeniem w celu zwiększenia swoich szans¹⁰.

32. Wniosek ten znajduje dalsze potwierdzenie przez analogię ze sprawami dotyczącymi zmiany składu uczestniczącej w składaniu ofert grupy wykonawców po upływie terminu składania ofert. Ostatnio w sprawie Højgaard grupa złożona z dwóch spółek została wybrana w preselekcji i złożyła ofertę w ramach przetargu publicznego, jednakże następnie uległa rozwiązaniu zanim zostało udzielone zamówienie. Jedna ze spółek, Aarsleff, ubiegała się o zajęcie miejsca grupy jako wybrany w postępowaniu w ramach preselekcji oferent. Zmiana ta została zaakceptowana, a następnie Aarsleff wygrał przetarg. Od decyzji w tym przedmiocie wniesione zostało odwołanie do sądów krajowych, a następnie Trybunałowi zostało przedłożone pytanie prejudycjalne w przedmiocie zgodności zmiany w składzie konsorcjum z zasadą równego traktowania.

33. W swoim wyroku Trybunał stwierdził, iż unormowanie zagadnienia zmian w składzie konsorcjum w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy na ogół do właściwości państw członkowskich¹¹. Jednak zapewnienie poszanowania zasady równego traktowania wymaga, aby Aarsleff sam spełniał kryteria preselekcji¹².

34. Podobnie jeżeli instytucja zamawiająca zażąda od oferenta skreślenia pozycji z wykazu zamówień, przy których realizacji zdobyli doświadczenie, to może on oczywiście powoływać się na pozostałe pozycje. Nie może on jednak dopisywać do wykazu nowych przykładów doświadczenia nabytego przez inne podmioty¹³.

35. Proponuję wobec powyższego na pytanie pierwsze sądu krajowego udzielić odpowiedzi w ten sposób, że wykonawca nie może powoływać się po raz pierwszy na doświadczenie innego podmiotu po upływie terminu składania ofert. Z uwagi na niniejszą odpowiedź drugie i trzecie pytanie sądu krajowego (dotyczące warunków, w jakich dowody na okoliczność doświadczenia innego podmiotu mogą być przedstawiane) stają się zasadniczo bezprzedmiotowe. W rzeczy samej jeżeli wykonawca w ogóle nie może polegać na innym podmiocie, to przedstawianie zobowiązań lub dowodów na okoliczność doświadczenia tego innego podmiotu nie miałyby najmniejszego sensu.

36. W świetle powyższego proponuję udzielić następującej odpowiedzi na pierwsze trzy pytania sądu krajowego:

Artykuł 51 dyrektywy 2004/18 w związku z deklarowaną w art. 2 tej dyrektywy zasadą równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasadą przejrzystości nie zezwalają na to, aby wykonawca w ramach wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów mógł wskazać przykłady realizacji zamówień przez inne podmioty, których nie wskazał w wykazie dostaw załączonym do oferty, ani na to, by przedstawił zobowiązanie takiego podmiotu do oddania oferentowi do dyspozycji zasobów.

10 — Zobacz w drodze analogii opinia rzecznika generalnego P. Mengozziego w sprawie MT Højgaard i Züblin (C-396/14, EU:C:2015:774, pkt 80 i nast.).

11 — Wyrok z dnia 24 maja 2016 r., MT Højgaard i Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, pkt 35).

12 — Zobacz również wyrok z dnia 23 stycznia 2003 r., Makedoniko Metro i Michaniki (C-57/01, EU:C:2003:47). W tej sprawie grupa wykonawców składająca ofertę dążyła do poszerzenia swojego składu po złożeniu ofert. Zostało to formalnie uniemożliwione przepisami prawa krajowego. Trybunał orzekł, iż zakaz taki jest zgodny z dyrektywą Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącą się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. 1992, L 209, s. 1) (poprzedniczką dyrektywy 2004/18).

13 — Pomimo iż nie jest to przedmiotem sporu w niniejszej sprawie, nie wykluczam możliwości, że oferentowi można by zezwolić na wskazanie innych *własnych* doświadczeń.

B – W przedmiocie pytania czwartego

37. Pytanie czwarte dotyczy okoliczności, iż w postępowaniu głównym specyfikacja istotnych warunków zamówienia nałożyła na oferentów wymóg zrealizowania „przynajmniej dwóch zamówień”, z których każde powinno obejmować część białą i szarą, jak przedstawiono w pkt 13 powyżej niniejszej opinii. W trakcie udzielonych na żądanie instytucji zamawiającej wyjaśnień KK umieściła na wykazie dwie dostawy zrealizowane przez Medinet i dostawę nowosądecką.

38. W tym kontekście sąd krajowy w istocie zmierza do ustalenia, czy jest zgodne z art. 44 i art. 48 ust. 2 lit. a) dyrektywy oraz z zasadą równego traktowania wyrażoną w art. 2 dyrektywy poleganie na doświadczeniu wynikającym z dostaw Medinetu i dostawy nowosądeckiej w celu spełnienia wymogu zrealizowania „przynajmniej dwóch zamówień”.

39. Z brzmienia dyrektywy jasno wynika, iż w kontekście zamówień publicznych wykonawcy mogą w zasadzie polegać na zdolnościach innych podmiotów¹⁴. Zasada ta jest zgodna z celem otwarcia zamówień publicznych na konkurencję¹⁵ i Trybunał wielokrotnie potwierdzał jej obowiązywanie¹⁶. Zdolności, na których wykonawca polega, mogą zatem zostać „rozdrobnione” lub „podzielone” pomiędzy szereg podmiotów, oczywiście pod warunkiem że wykonawca będzie faktycznie miał do swojej dyspozycji niezbędne zasoby tych innych podmiotów¹⁷.

40. Tym niemniej w celu zapewnienia spełnienia „wymagań dotyczących minimalnych zdolności”¹⁸ poleganie na innych podmiotach może w wyjątkowych sytuacjach zostać ograniczone. Tak jest w przypadku „szczególnych robót budowlanych, które wymagają pewnych kwalifikacji niemożliwych do uzyskania poprzez połączenie niższych kwalifikacji wielu podmiotów”. Wszelkie takie wymogi powinny być „związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego”¹⁹.

41. W niniejszej sprawie specyfikacja istotnych warunków zamówienia wymaga „przynajmniej dwóch zamówień” w zakresie konkretnej dziedziny (HIS). Z omówionych powyżej punktów wynika, iż wymóg ten może zostać przewidziany jako minimum, a tym samym wykluczać poleganie na innych podmiotach, pod warunkiem że jest on „związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do niego”.

42. Czy tak istotnie jest, pozostaje zagadnieniem stanu faktycznego, którego ustalenie należy do sądu krajowego.

43. Sąd krajowy zdaje się jednak sugerować, iż zachodzi jakościowa różnica pomiędzy istotnymi specyfikacjami zamówienia, które z jednej strony wymagają łącznego i powtarzalnego doświadczenia w zakresie jednego obszaru, a z drugiej strony doświadczenia w zakresie szeregu odrębnych dziedzin.

14 — Zobacz w szczególności art. 4 ust. 2 (grupy wykonawców), art. 25 (podwykonawstwo) oraz art. 48 ust. 3 (poleganie na innych podmiotach) dyrektywy.

15 — Zobacz wyrok z dnia 10 października 2013 r., Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 34 i przytoczone tam orzecznictwo).

16 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 10 października 2013 r., Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 30–32); z dnia 2 grudnia 1999 r., Holst Italia SpA (C-176/98, EU:C:1999:593, pkt 26, 27), z dnia 18 marca 2004 r., Siemens i ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, pkt 43).

17 — Artykuł 48 ust. 3 dyrektywy.

18 — Zobacz art. 44 ust. 2 dyrektywy.

19 — Wyrok z dnia 10 października 2013 r., Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C: 2013: 646, pkt 35), odzwierciedlający brzmienie art. 44 ust. 2 dyrektywy.

44. Podzielam pogląd, iż intuicja podpowiada, że taka różnica istotnie zachodzi. Łączenie doświadczeń z różnych sektorów nie zawsze jest możliwe – doświadczenie międzybranżowe bądź pełne doświadczenie w zakresie zintegrowanych systemów może być nie do zastąpienia. Takie interdyscyplinarne połączenia są jednak zasadniczo mniej problematyczne niż po prostu sumowanie lat doświadczenia lub pojedynczych zamówień. Spółka realizująca drugie zamówienie w zakresie tej samej dziedziny czyni to w kontekście swoich wcześniejszych doświadczeń, a potencjalnie z nowym, odmiennym zrozumieniem²⁰.

45. W ostateczności jednak zasada prawna jest identyczna w obydwu przypadkach. Możliwość zastąpienia doświadczenia jednego wykonawcy, który zrealizował dwa zamówienia, doświadczeniem dwóch wykonawców, którzy zrealizowali po jednym zamówieniu, jest zagadnieniem stanu faktycznego, którego ustalenie należy do sądu krajowego.

46. W swoim pytaniu sąd krajowy stwierdza wprost, że odpowiednie doświadczenie i realizacja zamówienia „są niepodzielne”. Sugeruje to, że sąd krajowy już doszedł do wniosku, że: a) możliwość wspólnego powoływania się na doświadczenie została wykluczona oraz b) wykluczenie to „związane jest z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego”. Jeśli istotnie taki jest stan rzeczy, przepisy dyrektywy przywołane przez sąd krajowy pozwalają instytucji zamawiającej na wykluczenie polegania na zasobach innego podmiotu poprzez sumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch podmiotów.

47. W świetle powyższego proponuję udzielenie następującej odpowiedzi na pytanie czwarte sądu krajowego:

Artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z jej art. 48 ust. 2 lit. a) oraz z deklarowaną w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasadą równego traktowania nie zezwala na to, by wykonawca powoływał się na wiedzę i doświadczenie innego podmiotu w rozumieniu art. 48 ust. 3 tej dyrektywy, gdy takie powoływanie się zostało wyraźnie wykluczone przez instytucję zamawiającą. Wykluczenie takie musi jednak być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego.

C – W przedmiocie pytania piątego

48. W swoim pytaniu piątym sąd krajowy zwraca się o wyjaśnienie, w jakich okolicznościach wykonawca może powoływać się na wcześniejsze doświadczenie grupy spółek, do której należał. Pytanie to dotyczy wskazanej w postępowaniu głównym okoliczności, iż dostawa nowosądecka i dostawa słuńska zostały zrealizowane przez grupę dwóch spółek, KK i KIT. Rozumiem zatem, iż sąd krajowy zmierza do ustalenia, czy KK może powoływać się na to doświadczenie w sposób bezwarunkowy na poparcie swojej oferty bądź też czy istotna jest rola odegrana przez KK przy realizacji dostawy²¹.

49. W rzeczy samej uważam, że konkretna rola i związane z nią doświadczenie podmiotu należącego do grupy wykonawców ma kluczowe znaczenie.

20 — Aby zilustrować tę kwestię: jeżeli zamierzam zaangażować prawnika z dziewięcioletnim doświadczeniem w zakresie prawa podatkowego, prawa spółek i prawa handlowego, mogę zaangażować trzech prawników, przy czym każdy z nich posiada dziewięcioletnie doświadczenie odpowiednio w zakresie prawa podatkowego, prawa spółek i prawa handlowego. Mogę jednak wahać się co do angażowania trzech prawników z trzyletnim doświadczeniem we wszystkich trzech połączonych dziedzinach. Wreszcie, z pewnością nie zaangażuję dziewięciu prawników, z których każdy posiada roczne doświadczenie.

21 — Z wniosku jasno wynika, że KK w żaden sposób nie zmierza do polegania na doświadczeniu KIT jako „innego podmiotu” w rozumieniu art. 48 ust. 3 dyrektywy, natomiast przedstawia doświadczenia uzyskane w grupie wykonawców jako własne.

50. Artykuł 44 i art. 48 ust. 2 lit. a) dyrektywy przewidują ocenę ofert na podstawie między innymi doświadczenia udokumentowanego w wykazach robót budowlanych i dostaw zrealizowanych w ostatnich latach. Jest oczywiste, iż posiadanie doświadczenia niezbędnego do realizacji zamówienia nie jest tożsame ze posiadaniem wśród znanych osób kogoś, kto doświadczenie takie posiada. Podobnie doświadczenia nie nabywa się przez sam fakt bycia formalnie stroną umowy bądź przynależności do grupy wykonawców.

51. Sąd odsyłający trafnie zilustrował powyższy problem przykładem konsorcjum trzech firm budujących autostradę: banku (finansującego inwestycję), firmy budowlanej (która faktycznie realizuje roboty budowlane) oraz firmy usługowej (zapewniającej obsługę prawną, administracyjną i księgową). Jest oczywiste, iż bank nie nabywa doświadczenia niezbędnego do budowy autostrady w drodze finansowania tej inwestycji.

52. Ostatecznie jednak dokładna rola każdej z firm i zdobywane przez nie doświadczenie zależne są od konkretnych okoliczności. Jest na przykład możliwe, że bank odgrywał wiodącą rolę w zakresie finansowania, natomiast dostawca usług pozostawał blisko związany z tą częścią inwestycji, a tym samym zdobył określone doświadczenie w tej dziedzinie. Takie doświadczenie może być zupełnie odpowiednie i wystarczające w kontekście innego przetargu na inny projekt. Może też ono nie być ani odpowiednie, ani wystarczające. Są to zagadnienia stanu faktycznego.

53. Podobnie dokładna rola odegrana przez KK w realizacji dostawy nowosądeckiej (i słupeckiej)²² oraz to, czy odpowiada ona wymogowi doświadczenia, o którym mowa w ogłoszeniu o przetargu, jest zagadnieniem stanu faktycznego, którego ustalenie należy do sądu krajowego.

54. Wreszcie powyższe uwagi dotyczą sytuacji, w której wykonawca przedstawił dostawy zrealizowane przez grupę wykonawców jako *konkretnie swoje własne doświadczenie*. Uwagi te pozostają bez uszczerbku dla możliwości powołania się na zdolności innych podmiotów w sposób przewidziany na przykład w art. 48 ust. 3 dyrektywy, co zostało szczegółowo omówione w pkt 39 powyżej.

55. W świetle powyższego proponuję udzielenie następującej odpowiedzi na pytanie piąte sądu krajowego:

Artykuł 44 i art. 48 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że wykonawca, który realizował zamówienie jako jeden z grupy wykonawców, jako na własne może powoływać się jedynie na doświadczenie, które sam zdobył realizując dane zamówienie. Wniosek ten pozostaje bez uszczerbku dla możliwości powołania się przez wykonawcę na zdolności innych podmiotów w sposób przewidziany w dyrektywie.

D – W przedmiocie pytania siódmego

56. Pytanie siódme dotyczy okoliczności, iż w postępowaniu głównym dostawa słupecka składała się z dwóch odrębnych zamówień, dających uzupełniające się doświadczenie (w części białej i w części szarej), natomiast w ogłoszeniu o zamówieniu i dokumentacji zamówienia jest mowa o zamówieniach obejmujących swym zakresem jednocześnie część białą i część szarą²³.

57. W związku z powyższym sąd krajowy zmierza do uzyskania wyjaśnienia okoliczności, w których doświadczenie zdobyte w ramach dwóch odrębnych zamówień może zostać wskazane łącznie dla potrzeb spełnienia wymogu, co do którego zamawiający nie wskazał wyraźnie, iż jest on niepodzielny.

22 — Na rozprawie Województwo Łódzkie potwierdziło, że KK zaprzestała powoływania się formalnie na dostawę słupecką.

23 — O ile KK już nie powołuje się na dostawę słupecką, pytanie to można potencjalnie uznać za hipotetyczne. Z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie wynika jednak w sposób oczywisty, iż zaprzestano powoływać się na dostawę słupecką, w związku z czym zachodzi ogólne domniemanie istotności przedmiotowego pytania.

58. Z przyczyn, które szczegółowo omówię w dalszej części opinii, uważam, iż odpowiedź na pytanie to powinna brzmieć, iż wykonawcy powinni co do zasady mieć możliwość scalania takich „rozdrobnionych” doświadczeń. Zupełne wykluczenie takiej możliwości przez instytucję zamawiającą powinno mieć wyjątkowy charakter.

59. Między innymi z odpowiedzi zaproponowanych na pytanie czwarte i pytanie piąte powyżej wynika, że dyrektywa nie określa dokładnie, w jaki sposób i przez kogo powinno być gromadzone stosowne doświadczenie. Tak więc, z zastrzeżeniem określonych warunków, istnieje na przykład na ogół możliwość, aby wykonawca powoływał się na doświadczenie uzyskane: a) w ramach realizacji umów podpisanych przez niego samodzielnie; b) w ramach zamówień podpisanych przez grupę wykonawców, w skład której on wchodzi; lub c) przez inne podmioty.

60. Zasadnicze znaczenie ma to, czy ogół doświadczenia, na które wykonawca może się autentycznie powoływać, niezależnie czy jest to jego własne doświadczenie, czy doświadczenie innego podmiotu, jest wystarczające dla potrzeb realizacji zamówienia.

61. W konsekwencji okoliczność, iż doświadczenie zostało formalnie uzyskane w wyniku zawarcia dwóch lub więcej umów zamiast w wyniku zawarcia jednej umowy, powinna być bez znaczenia. Jeżeli zsumowane doświadczenie jest wystarczające do zrealizowania zamówienia, to powinno to być zadowalające.

62. Wymagania zamówienia mogą bowiem zostać spełnione poprzez połączenie zdolności lub doświadczenia rozdzielonego pomiędzy *różnymi wykonawcami*. Tym bardziej byłoby wręcz nielogiczne wykluczenie co do zasady możliwości łączenia zdolności lub doświadczenia uzyskanego przez *tego samego wykonawcę* w związku z *odrębnymi zamówieniami*.

63. Ograniczenia w zakresie sumowania doświadczenia różnych wykonawców mogą zostać narzucone w sytuacji, gdy są one „związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego”²⁴. Moim zdaniem takie rozumowanie i przedmiotowe ograniczenia mogą być stosowane w drodze analogii względem podziału doświadczenia pomiędzy odrębnymi zamówieniami zrealizowanymi przez tego samego wykonawcę. Tak więc na przykład instytucja zamawiająca może co do zasady stwierdzić, że określone wymogi związane z doświadczeniem mogą być spełnione jedynie poprzez poleganie na poszczególnych zamówieniach, z których każde wiąże się z doświadczeniem z rozmaitych dziedzin. Taki wymóg musi jednak być również niezbędny, proporcjonalny i związany z przedmiotem zamówienia.

64. Do sądu odsyłającego należy stwierdzenie, czy żądane doświadczenie w ramach konkretnego przetargu będącego przedmiotem sporu spełnia te warunki. Warto jednak podkreślić przedstawione poniżej ogólne wskazówki.

65. Po pierwsze, zamówienia publiczne powinny zasadniczo być otwarte na konkurencję²⁵. W świetle tego celu wykluczenie możliwości polegania na doświadczeniu innych podmiotów stanowi wyjątek. Wykluczenie „rozdrobnionego” doświadczenia również powinno mieć wyjątkowy charakter. W konsekwencji jeżeli w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia takie wykluczenie nie występuje, to nie należy go po prostu domniemywać. Musi ono być w jasny sposób wyrażone.

24 — Zobacz pkt 40 powyżej.

25 — Zobacz pkt 25 powyżej.

66. Po drugie, sąd krajowy wyraźnie nawiązuje do art. 2 dyrektywy, w którym została również określona zasada równego traktowania. Moim zdaniem nie powinna ona budzić obaw odnośnie do łącznego powoływania się na doświadczenie uzyskane przy odrębnych zamówieniach, o ile: a) *dowolny* wykonawca składający ofertę może co do zasady powoływać się na takie zamówienia; lub b) nie wolno tego czynić *żadnemu* wykonawcy (jeżeli instytucja zamawiająca wykluczyła taką możliwość).

67. Po trzecie, jeśli łączne powoływanie się na doświadczenie nie zostało wykluczone, to do instytucji zamawiającej należy – z zastrzeżeniem kontroli sprawowanej przez sądy krajowe – stwierdzenie, czy zsumowane doświadczenie z dwóch lub więcej zamówień jest w konkretnym przypadku wystarczające do spełnienia wymogów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nawet jeżeli można bowiem co do zasady połączyć dwa zamówienia, to w konkretnym przypadku ogólne doświadczenie może być po prostu nieodpowiednie. Przy dokonywaniu takiej oceny należy uwzględnić wszystkie mające znaczenie elementy, w tym np. relację zachodzącą pomiędzy poszczególnymi zamówieniami²⁶ oraz konkretne wymogi²⁷.

68. W świetle powyższego proponuję udzielenie następującej odpowiedzi na pytanie siódme sądu krajowego:

Artykuł 44 i art. 48 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 w związku z deklarowaną w art. 2 tej dyrektywy zasadą równego traktowania zezwala na takie powoływanie się przez wykonawcę na posiadane doświadczenie, w ramach którego wykonawca powoła się łącznie na dwie lub więcej umów jako jedno zamówienie, chyba że zamawiający wyraźnie wykluczył taką możliwość. Wszelkie takie wykluczenia powinny być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego.

E – W przedmiocie pytania szóstego

69. W pytaniu szóstym sąd krajowy zwraca się z zapytaniem, czy można wykluczyć oferenta jako „winnego poważnego wprowadzenia w błąd” (w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji) na podstawie art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy, niezależnie od jego intencji. Sąd krajowy zapytuje również, czy przepis ten zezwala na wykluczenie oferty, jeżeli oferent faktycznie nie spełnia wymogów zamówienia, lecz przedstawił w tendencyjny sposób informacje, które są formalnie poprawne, by instytucja zamawiająca powzięła przekonanie, że spełnia on przedmiotowe wymogi.

70. Brzmienie art. 45 ust. 2 lit. g) stwarza państwom członkowskim możliwość²⁸ wykluczenia oferentów w określonych przypadkach wprowadzenia w błąd. Tak rozumiane wprowadzenie w błąd może mieć miejsce w przypadku przekazania lub nieprzekazania informacji „wymaganych” dla – na przykład – udowodnienia swoich zdolności.

71. Zgodnie ze zwyczajnym znaczeniem słów art. 45 ust. 2 lit. g) dotyczy więc sytuacji, gdy wykonawca nie przekaze określonych informacji lub je przekaze, co będzie skutkowało nieprawidłowym zrozumieniem jego zdolności przez instytucję zamawiającą.

72. Nie każde wprowadzenie w błąd stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy. Użycie wyrazów „poważne” bądź „poważnie” sugeruje, że przekazanie informacji po prostu nieścisłej nie jest wystarczające do zastosowania art. 45 ust. 2 lit. g) i że powinno ono być w określonym stopniu znaczące.

26 — Wszelkie formalne powiązania pomiędzy zamówieniami oraz podobieństwa co się tyczy zakresu, klienta lub okresu realizacji itp.

27 — Zintegrowany charakter żądanej usługi, czasokres dostawy oraz wszelkie odpowiadające im minimalne wymogi zdolności itp.

28 — „Z udziału w zamówieniu *można* wykluczyć każdego wykonawcę [...]” (podkreślenie moje).

73. Nie jest jednak oczywiste, w jaki sposób należy określać wagę danego wprowadzenia w błąd. Porównanie poszczególnych wersji językowych prowadzi tylko do mnożenia wieloznaczności w tym zakresie. W niektórych wersjach językowych wyraz oznaczający powagę bądź wagę powiązany jest z wyrazem „winny”²⁹, co można zasadnie rozumieć jako wymóg określonej intencji lub stopnia niedbalstwa. W innych wersjach językowych wyraz oznaczający powagę bądź wagę powiązany jest z wprowadzeniem w błąd, tym samym sugerując, że uwagę należy skupić na samym czynie lub na jego skutkach³⁰.

74. Ostatni akapit art. 45 ust. 2 zawiera pewne wskazówki. Zobowiązuje on państwa członkowskie do określenia w przepisach prawa krajowego „warunków wykonania” przepisów art. 45 ust. 2. Tym samym art. 45 ust. 2 lit g) może być interpretowany w ten sposób, że określa on minimum przesłanek do stwierdzenia wprowadzenia w błąd na tyle poważnego, że pozwala to na wykluczenie oferenta przez państwo członkowskie. Akapit ten nie zmierza jednak do pełnej harmonizacji tego pojęcia³¹. Wykładnia ta odpowiada również zawężającej wykładni przesłanek wykluczenia i potrzebie oceny sytuacji każdego wykonawcy z osobna.

75. Jaka jest więc minimalna waga wprowadzenia w błąd? Z przyczyn przedstawionych poniżej uważam, iż „waga” powinna odnosić się do (obiektywnych) skutków przekazania bądź nieprzekazania informacji, niezależnie od (subiektywnej) intencji lub zamiaru osoby przekazującej informację.

76. Moim zdaniem *wyłącznie* działania i zaniechania skutkujące przewagą konkurencyjną umożliwiającą wykonawcy pozostanie w przetargu, jeśli w przeciwnym wypadku by z niego odpadł – mogą wchodzić w zakres zastosowania przepisu art. 45 ust. 2 lit. g)³². Innymi słowy jeżeli wprowadzenie w błąd (poprzez przekazanie lub nieprzekazanie informacji) nie może mieć wpływu na rozstrzygnięcie postępowania, to wówczas nie może w sposób uprawniony uzasadniać wykluczenia wykonawcy. W dalszym toku rozumowania nazywam to „przesłanką skutku”.

77. Wersje językowe, które kładą nacisk na wagę wprowadzenia w błąd, potwierdzają taką wykładnię. Można ją postrzegać jako zgodną z wersjami, które kładą nacisk na stopień „winy”. Odzwierciedla ona również cel otwartości na konkurencję oraz jest zgodna z zawężającą wykładnią przesłanek wykluczenia. Jeżeli oferent jest najbardziej odpowiedni do realizacji zamówienia, czy to z uwagi na najlepszą cenę, czy też najbardziej korzystną ofertę³³, to wówczas wykluczenie go byłoby wbrew celowi dyrektywy polegającemu na zapewnieniu, by zamówienia udzielane były na podstawie obiektywnych kryteriów, aby uzyskać jak najlepszy stosunek wartości do ceny³⁴.

78. Z powyższego wynika, że przesłanka skutku jest warunkiem sine qua non wykluczenia na podstawie wprowadzenia w błąd.

79. Uważam ponadto, iż art. 45 ust. 2 lit g) może co do zasady mieć zastosowanie *w każdym przypadku* ziszczenia się przesłanki skutku. Jeżeli bowiem przekazanie bądź nieprzekazanie określonych informacji może mieć wpływ na rozstrzygnięcie postępowania, to już samo jest *poważne*. W tym względzie może zdarzyć się, iż w szczególnych okolicznościach „oczywisty” lub „niewielki” błąd albo

29 — Odpowiednio we francuskiej, włoskiej, hiszpańskiej i duńskiej wersji językowej: „gravement coupable”; „ravamente colpevole”; „gravamente culpable”; „in ernste mate schuldig”.

30 — Odpowiednio w angielskiej, niemieckiej i czeskiej wersji językowej: „guilty of serious misrepresentation”; „in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig”; „který se dopustil vážného zkrselení”. Jednocześnie inne wersje językowe, a w szczególności słowacka wersja językowa, w ogóle nie zawierają żadnego odniesienia do powagi, czy to w odniesieniu do intencji, czy też skutków czynu – „bol uznany vinným zo skresľovanie skutočností”.

31 — Zobacz także art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy, który przewiduje możliwość wykluczenia wykonawcy, jeżeli „jest winny poważnego wykroczenia zawodowego”. Jak zauważa Komisja, orzecznictwo Trybunału w przedmiocie wykładni tego przepisu odnosi się do roli państw członkowskich w zakresie określania tego pojęcia, lecz również do konieczności minimalnego stopnia wagi, zanim przepis może zostać zastosowany.

32 — Które mają istotny wpływ na np. preselekcję lub na udzielenie zamówienia.

33 — Zobacz art. 53 ust. 1 dyrektywy.

34 — Zobacz w szczególności motywy 46 dyrektywy.

„zwykła omyłka pisarska” może wyrzucić nieoczekiwany skutek w postaci istotnej zmiany rozstrzygnięcia przetargu. Takie błędy mogą być zupełnie niezamierzone. Nie są one jednak ani niewielkie, ani banalne z punktu widzenia konkurenta przegrywającego przetarg bądź znajdującego się wskutek nich w bardzo niekorzystnej sytuacji.

80. W związku z powyższym uważam, że samo spełnienie przesłanki skutku jest *wystarczające do wykluczenia* z powodu wprowadzenia w błąd, bez konieczności spełnienia innych przesłanek. Taka wykładnia pojęcia wprowadzenia w błąd, tzn. wolna od jakichkolwiek subiektywnych elementów w postaci zamiaru oferenta, zgodnie z art. 45 ust. 2 lit. g) znajduje potwierdzenie w trzech kolejnych argumentach.

81. Po pierwsze, w art. 45 ust. 2 lit. g) nie ma mowy o intencjach w ogólności ani o zamiarze, lekkomyślności lub niedbalstwie w szczególności, a co dopiero o skonkretyzowaniu tych pojęć. W takiej sytuacji byłoby niewłaściwe podejmowanie próby określenia zakresu stosowania art. 45 ust. 2 lit. g) na podstawie tak złożonych pojęć, które faktycznie musiałyby zostać wyssane z palca. Okoliczność ta sama w sobie skłania do obiektywnej wykładni przedmiotowego przepisu, czyli takiej, jaką zaproponowałem. Ponadto art. 45 ust. 2 jedynie określa podstawowe przesłanki, zgodnie z którymi prawo Unii stwarza *możliwość* wykluczenia oferentów. Tym sposobem prawo Unii odsyła wprost do prawa krajowego w celu określenia warunków wykonania, co mogłoby się wiązać na przykład z pojęciami niedbalstwa lub zamiaru w przepisach prawa krajowego.

82. Po drugie, z powyższym związane jest praktyczne zagadnienie: czy rzeczywiście można zasadnie oczekiwać, aby organ administracji w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, często działający pod ogromną presją czasu, musząc zająć się dużą liczbą obszernych złożonych dokumentów, wnikał w zamiar spółki i ustalał go? Jest oczywiste, że nie jest to dające się praktycznie zastosować rozwiązanie.

83. Po trzecie, nawet gdyby organ administracji był w stanie ustalić zamiary spółki, to na ile byłoby to w rzeczywistości użyteczne? Na ogół oczekuje się od wykonawców uczestniczących w przetargach dochowania należytej staranności³⁵. Przyjmuje się domniemanie, że podmiot trudniący się zawodowo daną działalnością potrafi działać z należytą ostrożnością. Powyższe sugeruje, że oprócz zamiaru prawdopodobnie uwzględniono by również różne postacie niedbalstwa. Gdyby było tak istotnie, to intencja faktycznie nie stanowiłaby żadnego autentycznego wyróżniającego kryterium.

84. Przesłanka skutku jest zatem warunkiem sine qua non, jak również jest sama w sobie wystarczająca do zastosowania przepisu art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy. Stwarza to państwom członkowskim jednak tylko *możliwość* wykluczenia wykonawcy. Zgodnie z ostatnim akapitem art. 45 ust. 2 dyrektywy to na szczeblu krajowym określone są szczegółowe warunki, na podstawie których w praktyce powinni być wykluczani wykonawcy.

85. Jako uwagę końcową w przedmiocie art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy sąd krajowy wyraźnie podniósł kwestię, czy przepis ten może zostać zastosowany w wyniku przedstawienia *prawdziwej* informacji w sposób tendencyjny – innymi słowy w taki sposób, żeby wyrzucić wrażenie, że wymogi zostały spełnione, pomimo iż spełnione nie zostały. W tym względzie pytanie sądu krajowego obejmuje sytuację, w której wykonawca nie spełnia warunków zamówienia.

86. W takiej sytuacji wykonawca zostałby zazwyczaj wykluczony, po prostu z tej przyczyny, że nie spełnia wymogów zamówienia. Oferent taki mógłby nadal uczestniczyć w postępowaniu jedynie w przypadku zmiany oferty w taki sposób, żeby spełniała ona przedmiotowe wymogi. Tylko i wyłącznie w takim scenariuszu należałoby rozpatrywać wykluczenie na podstawie art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy.

35 — Zobacz wyrok z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in. (C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 38).

87. Jak już stwierdziłem w mojej analizie pytania pierwszego, istnieją oczywiście granice dokonywania zmian w ofercie po upływie terminu składania ofert. Granice takie mogłyby zostać przekroczone, gdyby zmiany takie spowodowały zasadniczą różnicę, tak jak w przedmiotowej sprawie (to znaczy różnicę pomiędzy niespełnieniem wymogów zamówienia przed wprowadzeniem zmiany a spełnieniem tych wymogów po jej wprowadzeniu).

88. Przy założeniu jednak, że wprowadzenie takich zmian jest co do zasady możliwe, czy taki wykonawca mógłby i tak zostać wykluczony z powodu wprowadzenia w błąd swoją pierwotną ofertą?

89. Uważam, że odpowiedź na powyższe pytanie brzmi, iż taki wykonawca mógłby *potencjalnie* zostać wykluczony, a to z tej przyczyny, że a) nie przekazał od początku informacji wymaganych na podstawie art. 48 ust. 2 lit. a) dyrektywy [co stanowi jedną z form wprowadzenia w błąd, o których mowa w art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy], zaś b) nieprzedstawienie tej informacji było istotne w tym znaczeniu, że mogło mieć wpływ na rozstrzygnięcie przetargu (przesłanka skutku).

90. Istota sprawy nie polega więc na tym, że wykonawca stosował „graniczący z nadużyciem marketing” przedstawiając swe rzeczywiste doświadczenie. Polega ona natomiast na tym, iż bez względu na to, w jaki sposób wykonawca upiększył swoje doświadczenie, nie przedstawił on początkowo „wymaganych” na podstawie art. 48 ust. 2 lit. a) dyrektywy informacji, a późniejsze przedstawienie tych informacji miało wpływ na rozstrzygnięcie przetargu.

91. W świetle powyższego proponuję udzielenie następującej odpowiedzi na pytanie szóste sądu krajowego:

Wykonawcę można uznać za winnego poważnego wprowadzenia w błąd w rozumieniu art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18 tylko w przypadkach, w których zarzucane mu wprowadzenie w błąd może mieć wpływ na decyzję instytucji zamawiającej, aby wykonawca ten nadal brał udział w przetargu w sytuacji, gdy inaczej by w nim dalej nie uczestniczył. Zastosowanie tego przepisu uwarunkowane jest przekazaniem lub nieprzekazaniem informacji wymaganej na podstawie rozdziału VII sekcja 2 dyrektywy 2004/18. Zastosowanie art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy nie jest uwarunkowane przekazaniem nieprawdziwej informacji co do okoliczności faktycznych ani żadną konkretną intencją wykonawcy.

V – Wnioski

92. Proponuję, aby Trybunał udzielił na pytania Krajowej Izby Odwoławczej następujących odpowiedzi:

Pytania od pierwszego do trzeciego: Artykuł 51 dyrektywy nr 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 w związku z deklarowaną w art. 2 tej dyrektywy zasadą równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasadą przejrzystości nie zezwalają na to, aby wykonawca w ramach wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów mógł wskazać przykłady realizacji zamówień przez inne podmioty, których nie wskazał w wykazie dostaw załączonym do oferty, ani na to, by przedstawił zobowiązanie takiego podmiotu do oddania oferentowi do dyspozycji zasobów.

Pytanie czwarte: Artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z jej art. 48 ust. 2 lit. a) oraz z deklarowaną w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasadą równego traktowania nie zezwala na to, by wykonawca powoływał się na wiedzę i doświadczenie innego podmiotu w rozumieniu art. 48 ust. 3 tej dyrektywy, gdy takie powoływanie się zostało wyraźnie wykluczone przez instytucję zamawiającą. Wykluczenie takie musi jednak być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego.

Pytanie piąte: Artykuł 44 i art. 48 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że wykonawca, który realizował zamówienie jako jeden z grupy wykonawców, jako na własne może powoływać się jedynie na doświadczenie, które sam zdobył realizując dane zamówienie. Wniosek ten pozostaje bez uszczerbku dla możliwości powołania się przez wykonawcę na zdolności innych podmiotów w sposób przewidziany w dyrektywie.

Pytanie szóste: Wykonawcę można uznać za winnego poważnego wprowadzenia w błąd w rozumieniu art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18 tylko w przypadkach, w których zarzucane mu wprowadzenie w błąd może mieć wpływ na decyzję instytucji zamawiającej, aby wykonawca ten nadal brał udział w przetargu w sytuacji, gdy inaczej by w nim dalej nie uczestniczył. Zastosowanie tego przepisu uwarunkowane jest przekazaniem lub nieprzekazaniem informacji wymaganej na podstawie rozdziału VII, sekcja 2 dyrektywy 2004/18. Zastosowanie art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy nie jest uwarunkowane przekazaniem nieprawdziwej informacji co do okoliczności faktycznych ani żadną konkretną intencją wykonawcy.

Pytanie siódme: Artykuł 44 i art. 48 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 w związku z deklarowaną w art. 2 tej dyrektywy zasadą równego traktowania zezwala na takie powoływanie się przez wykonawcę na posiadane doświadczenie, w ramach którego wykonawca powoła się łącznie na dwie lub więcej umów jako jedno zamówienie, chyba że zamawiający wyraźnie wykluczył taką możliwość. Wszelkie takie wykluczenia powinny być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego.