

# orzeczenie z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 **Esaprojekt**

WYROK TRYBUNAŁU (piąta izba)

z dnia 4 maja 2017 r. (\*)

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/18/WE – Zasady równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości – Kwalifikacje techniczne lub zawodowe wykonawców – Artykuł 48 ust. 3 – Możliwość polegania na zdolnościach innych podmiotów – Artykuł 51 – Możliwość uzupełnienia oferty – Artykuł 45 ust. 2 lit. g) – Wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na poważne wykroczenie

W sprawie C-387/14

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Krajową Izbę Odwoławczą (Polska) postanowieniem z dnia 25 lipca 2014 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 14 sierpnia 2014 r., w postępowaniu:

**Esaprojekt sp. z o.o.**

przeciwko

**Województwu Łódzkiemu,**

przy udziale

**Konsultant Komputer sp. z o.o.,**

TRYBUNAŁ (piąta izba),

w składzie: J.L. da Cruz Vilaça, prezes izby, A. Tizzano (sprawozdawca), wiceprezes Trybunału, M. Berger, A. Borg Barthet i F. Biltgen, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Bobek,

sekretarz: X. Lopez Bancalari, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 21 września 2016 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Województwa Łódzkiego przez M. Popielarczyk oraz A. Faliszek-Rosiak, radców prawnych, oraz przez P. Krystynowicza i M. Kaczmarczyka, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu polskiego przez B. Majczynę i D. Lutostańską, działających w charakterze pełnomocników,

- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez C. Colelli, avvocato dello Stato,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez J. Hottiaux i A. Tokára, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 24 listopada 2016 r.,

wydaje następujący

## **Wyrok**

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 7, s. 132).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Esaprojekt sp. z o.o. a Województwem Łódzkim (zwanym dalej „instytucją zamawiającą”) w przedmiocie warunków wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Konsultant Komputer sp. z o.o. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę systemów informatycznych w zakładach opieki zdrowotnej w Polsce.

### **Ramy prawne**

#### *Prawo Unii*

- 3 Motyw 46 dyrektywy 2004/18 stanowi:

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

Aby zapewnić przestrzeganie zasady równego traktowania przy udzielaniu zamówień, należy wprowadzić – ustanowiony przez orzecznictwo – obowiązek zapewnienia niezbędnej przejrzystości, umożliwiającej uzyskanie przez wszystkich oferentów wiarygodnych informacji na temat kryteriów i [zasad], które będą stosowane w celu wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty [...]”.

- 4 Artykuł 1 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy brzmi następująco:

„»Zamówienia publiczne« oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu niniejszej dyrektywy”.

- 5 Artykuł 2 tej dyrektywy, zatytułowany „Zasady udzielania zamówień”, stanowi:

„Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty”.

- 6 Artykuł 44 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Weryfikacja predyspozycji i kwalifikacja uczestników oraz udzielanie zamówień”, stanowi:

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

2. Instytucje zamawiające mogą żądać od kandydatów i oferentów spełnienia wymagań dotyczących minimalnych zdolności zgodnie z art. 47 i 48.

Zakres informacji, o których mowa w art. 47 i 48, oraz minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnych zamówień muszą być związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Wspomniane minimalne wymogi określa się w ogłoszeniu o zamówieniu.

[...]”.

- 7 Artykuł 45 tej dyrektywy, zatytułowany „Podmiotowa sytuacja kandydata lub oferenta”, stanowi w ust. 2:

„Z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który:

[...]

- g) jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy.

Zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego, państwa członkowskie określają warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu”.

- 8 Artykuł 48 omawianej dyrektywy, zatytułowany „Kwalifikacje techniczne i/lub zawodowe”, stanowi:

„1. Techniczne i/lub zawodowe kwalifikacje wykonawców są oceniane i weryfikowane zgodnie z ust. 2 i 3.

2. W zależności od charakteru, ilości lub znaczenia, a także przeznaczenia robót budowlanych, dostaw i usług, dowód możliwości technicznych wykonawcy może stanowić jeden lub kilka z poniższych środków:

a) [...]

- ii) wykaz głównych dostaw lub usług zrealizowanych w ciągu ostatnich trzech lat, z podaniem kwot, dat wykonania oraz odbiorców, publicznych lub prywatnych [...].

[...]

3. Wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji dowieść instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów.

4. Na tych samych warunkach grupa wykonawców, o której mowa w art. 4, może przedstawiać zdolności innych członków tej grupy lub innych podmiotów.

[...]”.

9 Artykuł 51 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Dokumenty i informacje dodatkowe”, ma następujące brzmienie:

„Instytucje zamawiające mogą wezwać wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art. 45–50 lub o ich wyjaśnienie”.

*Prawo polskie*

10 Dyrektywa 2004/18 została transponowana do polskiego porządku prawnego mocą ustawy – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity, Dz.U. z 2013 r., poz. 907, 984, 1047, 1473, i Dz.U. z 2014 r., poz. 423; zwanej dalej „ustawą PZP”).

11 Artykuł 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy PZP ma następujące brzmienie:

„Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy:

3) złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;

4) nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu”.

12 Artykuł 26 ust. 2b i 4 tej ustawy stanowi:

„2b. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

[...]

4. Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1”.

13 Artykuł 93 ust. 1 pkt 7 omawianej ustawy stanowi:

„Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli [...] postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

- 14 Paragraf 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r., poz. 231), ma następujące brzmienie:

„Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy [PZP], polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy [PZP], zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać:

- 1) w przypadku warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy [PZP] – dokumentów, o których mowa w ust. 1 pkt 9–11, a także innych dokumentów, dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) dokumentów dotyczących w szczególności:
  - a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
  - b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
  - c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
  - d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia”.

### **Postępowanie główne i pytania prejudycjalne**

- 15 Z postanowienia odsyłającego wynika, że instytucja zamawiająca ogłosiła przetarg publiczny na „modernizację istniejących oraz wdrożenie nowych systemów informatycznych w zakładach opieki zdrowotnej podległych Samorządowi Województwa Łódzkiego w ramach projektu Usługi Regionalnego Systemu Informacji Medycznej (RSIM-Usługi)”. Postępowanie zostało ogłoszone w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* z dnia 29 listopada 2013 r. pod numerem 2013/S 232-402292.
- 16 Instytucja zamawiająca zdecydowała się udzielić zamówienia w procedurze otwartej i podzieliła przedmiot zamówienia na części obejmujące poszczególne zakłady opieki zdrowotnej. Dopuszcza tym samym składanie przez wykonawców ofert nie tylko na realizację całego zamówienia, lecz także na jego część.
- 17 Spór w postępowaniu głównym dotyczy w szczególności części 3, której przedmiotem jest zakup i dostawa zintegrowanego systemu szpitalnego do obsługi części administracyjnej (szarej) oraz do obsługi części medycznej (białej) w Szpitalu Wojewódzkim im. Mikołaja Kopernika w Piotrkowie Trybunalskim. Przedmiotem zamówienia jest standardowe oprogramowanie, które ma zostać dostarczone, zainstalowane i skonfigurowane przez wykonawcę w ramach realizacji umowy.

- 18 Zgodnie z pkt 6.1 ppkt 6.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w celu wykazania doświadczenia kandydaci składający ofertę na część 3 musieli legitymować się wykonaniem przynajmniej dwóch zamówień obejmujących (dla każdego ze wskazanych zamówień): dostawę, instalację, konfigurację i wdrożenie zintegrowanego systemu szpitalnego (HIS) w częściach białej i szarej, dla zakładu opieki zdrowotnej z minimalną liczbą łóżek 200, o wartości nie mniejszej niż 450 000,00 złotych polskich (PLN) (około 101 676,08 EUR) brutto ( z podatkiem od wartości dodanej -VAT).
- 19 W tym celu wykonawcy mieli przedstawić w szczególności wykaz wykonanych głównych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert lub, odpowiednio, w krótszym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, wartości, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz z załączeniem dowodów, że dostawy te zostały wykonane należycie.
- 20 Wykonawca Konsultant Komputer przedstawił w swojej ofercie wykaz dostaw, w którym wskazał dwie pozycje, dotyczące dostawy, instalacji, konfiguracji i wdrożenia dwóch zintegrowanych systemów szpitalnych, zrealizowanych dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Korczaka w Słupsku oraz dla Szpitala Specjalistycznego im. J. Śniadeckiego w Nowym Sączu przez konsorcjum złożone z Konsultant IT Sp. z o.o. i Konsultant Komputer.
- 21 Instytucja zamawiająca wybrała ofertę Konsultant Komputer, uznając ją za najkorzystniejszą dla części 3.
- 22 Jako kandydat wykluczony z rozpatrywanego postępowania Esaprojekt zaskarżył decyzję instytucji zamawiającej o wyborze oferty Konsultant Komputer do Krajowej Izby Odwoławczej. Esaprojekt zarzucał instytucji zamawiającej w istocie brak stwierdzenia, że wspomniana oferta jest oparta na nieprawdziwych informacjach i nie spełnia warunków określonych w przytoczonym ppkt 6.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferta ta powinna być zostać w związku z tym odrzucona, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP.
- 23 W orzeczeniu z dnia 7 kwietnia 2014 r. Krajowa Izba Odwoławcza nakazała instytucji zamawiającej unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 3 oraz wezwanie Konsultant Komputer w trybie art. 26 ust. 4 ustawy PZP do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zakresu zamówień wskazanych w ofercie. Instytucja zamawiająca unieważniła wówczas swą decyzję i wezwała Komputer Konsultant do uzupełnienia dokumentów w sposób pozwalający wykazać spełnienie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, wskazanego w ppkt 6.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
- 24 W odpowiedzi na to wezwanie pismem z dnia 29 kwietnia 2014 r. Konsultant Komputer wskazał, po pierwsze, że omawiane zamówienie dotyczyło funkcjonalności określonych przez instytucję zamawiającą jako część szara, a po drugie, że załączone do oferty referencje dotyczą realizacji dwóch umów, to jest umowy nr 51/2/2010 z dnia 5 października 2010 r. oraz umowy nr 62/2010 z dnia 6 grudnia 2010 r.
- 25 Jednak ze złożonych przez Konsultant Komputer wyjaśnień wynikało, że świadczenia dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Korczaka w Słupsku realizowane były w rzeczywistości w ramach dwóch odrębnych zamówień, z których jedno nie obejmowało części białej, a drugie części szarej.
- 26 W świetle tych wyjaśnień instytucja zamawiająca uznała, że zamówienia zrealizowane na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Korczaka w Słupsku nie spełniają warunku z ppkt 6.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie

z którym każde zamówienie powinno obejmować wszystkie elementy wymienione w owym podpunkcie, czyli dostawę, instalację, konfigurację i wdrożenie zintegrowanego systemu szpitalnego (HIS) w częściach białej i szarej. W związku z tym instytucja zamawiająca wezwała Komputer Konsultant do uzupełnienia odnośnych dokumentów.

- 27 W tym celu Komputer Konsultant przedstawił nowy wykaz dostaw, w którym powołał się na doświadczenie innego podmiotu, to jest Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o., w zakresie realizacji dwóch dostaw: dla Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Janowie Lubelskim oraz dla Okręgowego Szpitala Kolejowego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Lublinie. Przedstawił on także zobowiązanie spółki Medinet Systemy Informatyczne do oddania do dyspozycji, jako doradca i konsultant, zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia oraz ponownie wskazał dostawę zrealizowaną dla Szpitala Specjalistycznego im. J. Śniadeckiego w Nowym Sączu.
- 28 Instytucja zamawiająca uznała odpowiedź za zadowalającą i ponownie wybrała ofertę spółki Komputer Konsultant, gdyż była ona najkorzystniejsza dla części 3.
- 29 Esaprojekt wniósł skargę do Krajowej Izby Odwoławczej o stwierdzenie nieważności decyzji instytucji zamawiającej oraz o przeprowadzenie ponownej oceny ofert i wykluczenie spółki Konsultant Komputer z uwagi na to, że przedstawiła ona nieprawdziwe informacje i nie wykazała spełnienia warunków uczestnictwa w przetargu, w szczególności tych określonych w ppkt 6.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
- 30 Krajowa Izba Odwoławcza uważa, że sprawa główna rodzi w pierwszej kolejności pytanie, czy art. 2 i 51 dyrektywy 2004/18 stoją na przeszkodzie powoływaniu się przez wykonawcę – gdy uzupełnia on na wniosek instytucji zamawiającej dokumenty – na dostawy inne niż te, które wykazał on w swojej pierwotnej ofercie, oraz możliwości powoływania się przez owego wykonawcę w tym względzie na zamówienia zrealizowane przez inny podmiot, na którego zasoby nie powołał się on w pierwotnej ofercie.
- 31 W drugiej kolejności sąd ten ma wątpliwości, czy wykonawca może powoływać się, w okolicznościach sprawy głównej, na przewidziane w art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 prawo polegania na zdolnościach podmiotów trzecich, gdy samodzielnie nie spełnia on minimalnych warunków uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia na usługi.
- 32 Krajowa Izba Odwoławcza zastanawia się ponadto, w jakich okolicznościach wykonawca może zostać uznany za winnego poważnego wykroczenia i wykluczony przez to z udziału w przetargu w rozumieniu art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18.
- 33 W tych okolicznościach Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
  - „1) Czy art. 51 [dyrektywy 2004/18] w związku z deklarowaną w art. 2 [tej dyrektywy] zasadą równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasadą przejrzystości zezwalają na to, aby wykonawca w ramach wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów mógł wskazać realizacje (tj. wykonane dostawy) inne niż te, które 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?

- 2) Czy w świetle orzeczenia Trybunału z dnia 10 października 2013 r., 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 wyraźnie 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?
- 3) W przypadku odpowiedzi na pytanie drugie wskazującej, że możliwe jest uzupełnianie także dokumentów innych niż wskazane w orzeczeniu z dnia 10 października 2013 r., Manova [(C-336/12, EU:C:2013:647)]: 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?
- 4) Czy art. 44 [dyrektywy 2004/18] w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) [tej dyrektywy] oraz z deklarowaną w art. 2 [tej dyrektywy] zasadą równego traktowania wykonawców zezwala na takie powoływanie się na zasoby innego podmiotu, o których mowa w art. 48 ust. 3 [tej dyrektywy], 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)?
- 5) Czy art. 44 [dyrektywy 2004/18] w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) [tej dyrektywy] oraz z deklarowaną w art. 2 [tej dyrektywy] 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?
- 6) 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?

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

## **W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

### *W przedmiocie pytań prejudycjalnych od pierwszego do trzeciego*

- 34 W pytaniach od pierwszego do trzeciego, które należy rozpatrzyć łącznie, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 51 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, iż stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa w sprawie zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia.
- 35 Aby odpowiedzieć na te pytania, należy przypomnieć, że zgodnie z motywem 46 i art. 2 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające powinny zapewnić równe traktowanie wykonawców w sposób niedyskryminacyjny i przejrzysty (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 60).
- 36 W związku z tym z jednej strony zasady równego traktowania i niedyskryminacji wymagają, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Z drugiej strony obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 61 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 37 Ponadto z orzecznictwa wynika już, że zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta. Wynika stąd, że instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego

ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 62 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 38 Trybunał zaznaczył jednak, że art. 2 dyrektywy 2004/18 nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistej omyłki (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 63 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 39 W tym celu instytucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, żeby żądanie wyjaśnienia oferty nie prowadziło do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 64 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 40 Ponadto, korzystając z przysługującego jej swobodnego uznania w zakresie możliwości zwrócenia się do kandydatów o wyjaśnienie ofert, instytucja zamawiająca ma obowiązek traktować kandydatów w sposób równy i lojalny, tak by żądania wyjaśnień nie można było uznać po zakończeniu procedury wyboru ofert i w świetle jego wyniku za nieuzasadnione bardziej lub mniej korzystne traktowanie kandydata lub kandydatów, do których żądanie takie skierowano (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 65 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 41 W niniejszym przypadku Konsultant Komputer przedłożył instytucji zamawiającej po upływie terminu zgłoszeń do udziału w rozpatrywanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumenty, które nie znajdowały się w jego pierwotnej ofercie. W szczególności, jak wskazano w pkt 27 niniejszego wyroku, wykonawca ten wskazał zamówienie zrealizowane przez podmiot trzeci oraz dostarczył zobowiązanie tego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji zamówienia rozpatrywanego w postępowaniu głównym.
- 42 Takie wyjaśnienia z pewnością zaś nie są jedynie zwykłym wyjaśnieniem szczegółów lub sprostowaniem oczywistej omyłki w rozumieniu orzecznictwa przypomnianego w pkt 38 niniejszego wyroku i stanowią de facto istotną i znaczącą zmianę pierwotnej oferty, przypominającą raczej przedstawienie nowej oferty.
- 43 Jak bowiem wskazał w istocie rzecznik generalny w pkt 30 opinii, takie uzupełnienie dokumentów ma bezpośredni wpływ na kluczowe elementy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż warunkuje samą tożsamość wykonawcy, któremu zostanie ewentualnie udzielone zamówienie, oraz na wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy, a zatem jego zdolności do zrealizowania rozpatrywanego zamówienia w rozumieniu art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18.
- 44 W tych okolicznościach, gdyby instytucja zamawiająca dopuściła, by dany wykonawca złożył omawiane dokumenty w celu uzupełnienia swej pierwotnej oferty, w sposób nieuzasadniony potraktowałaby tego wykonawcę korzystniej w stosunku do innych kandydatów i tym samym naruszyłaby zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców, a także wynikający z nich obowiązek przejrzystości, którym podlegają zgodnie z art. 2 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające.
- 45 Z powyższego wynika, że odpowiedź na pytania od pierwszego do trzeciego powinna brzmieć tak, iż art. 51 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca

przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia.

*W przedmiocie pytania czwartego*

- 46 W pytaniu czwartym sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców zapisaną w art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że dopuszcza on, by wykonawca polegał na zdolnościach innego podmiotu w rozumieniu art. 48 ust. 3 omawianej dyrektywy poprzez sumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch podmiotów, które samodzielnie nie mają wymaganej zdolności do realizacji określonego zamówienia, w przypadku gdyby instytucja zamawiająca uznała, że dane zamówienie jest niepodzielne i musi zostać zrealizowane przez jednego i tego samego wykonawcę.
- 47 W celu udzielenia odpowiedzi na to pytanie należy na wstępie przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 przyznają każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z nimi powiązań, o ile instytucji zamawiającej zostanie wykazane, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania zamówienia (zob. wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 48 Jednakże, jak orzekł już Trybunał, przepisy dyrektywy 2004/18 nie sprzeciwiają się temu, aby korzystanie z prawa ustanowionego w art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 tej dyrektywy było ograniczone w wyjątkowych okolicznościach (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 49 Nie można bowiem wykluczyć, że szczególne prace wymagają pewnych kwalifikacji niemożliwych do uzyskania poprzez połączenie niższych kwalifikacji wielu podmiotów. W takiej sytuacji instytucja zamawiająca może zatem w uzasadniony sposób wymagać, aby minimalny poziom kwalifikacji został osiągnięty przez jednego wykonawcę lub, stosownie do okoliczności, przez skorzystanie z usług ograniczonej liczby wykonawców, na mocy art. 44 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18, o ile wymóg ten jest związany z przedmiotem danego zamówienia i jest w stosunku do niego proporcjonalny (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 50 W niniejszym przypadku, jak wskazano w pkt 18 niniejszego wyroku, specyfikacja rozpatrywanego zamówienia publicznego wymagała od oferentów wykazania się realizacją przynajmniej dwóch zamówień w konkretnej dziedzinie.
- 51 Na wezwanie instytucji zamawiającej, aby wykazał posiadanie kompetencji niezbędnych do realizacji rozpatrywanego w postępowaniu głównym zamówienia publicznego, Konsultant Komputer powołał się na doświadczenie innego podmiotu, na które składały się dwie dostawy, opisane w pkt 27 niniejszego wyroku, zrealizowane przez Medinet Systemy Informatyczne.
- 52 Jednak, jak rzecznik generalny wskazał w pkt 46 opinii, punktem wyjścia dla pytania prejudycjalnego jest weryfikowane przez sąd odsyłający założenie, że rozpatrywane

w postępowaniu głównym zamówienie publiczne jest niepodzielne, czyli że minimalny poziom zdolności musi być spełniony przez jednego wykonawcę, a nie poprzez powołanie się na zdolności większej liczby wykonawców. Ponadto, jak wynika z postanowienia odsyłającego, Krajowa Izba Odwoławcza uważa, że wykluczenie możliwości polegania na doświadczeniu większej liczby wykonawców jest związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do niego.

- 53 W tych okolicznościach oraz w świetle orzecznictwa przytoczonego w pkt 48 i 49 niniejszego wyroku dany wykonawca nie mógł polegać na zdolności podmiotu trzeciego w celu wykazania, że posiada on zdolności wymagane do realizacji rozpatrywanego w postępowaniu głównym zamówienia publicznego.
- 54 W związku z tym odpowiedź na pytanie czwarte powinna brzmieć tak, iż art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca polegał na zdolnościach innego podmiotu w rozumieniu art. 48 ust. 3 omawianej dyrektywy poprzez sumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch podmiotów, które samodzielnie nie mają wymaganej zdolności do realizacji określonego zamówienia, w przypadku gdy instytucja zamawiająca uzna, że dane zamówienie jest niepodzielne, czyli że musi zostać zrealizowane przez jednego i tego samego wykonawcę, oraz że wykluczenie możliwości polegania na doświadczeniu większej liczby wykonawców jest związane z przedmiotem danego zamówienia, które musi więc zostać zrealizowane przez jednego wykonawcę, oraz proporcjonalne do niego.

*W przedmiocie pytania piątego*

- 55 W pytaniu piątym sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, niezależnie od tego, jaki był jego udział w realizacji tego zamówienia.
- 56 Pytanie to odnosi się do okoliczności faktycznej opisanej w pkt 20 niniejszego wyroku, że w postępowaniu głównym dostawy zintegrowanych systemów szpitalnych dla danych szpitali były realizowane przez konsorcjum dwóch przedsiębiorstw, czyli Konsultant Komputer i Konsultant IT.
- 57 Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy na wstępie przypomnieć, że zgodnie z art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18 to instytucje zamawiające sprawdzają predyspozycje kandydatów lub oferentów zgodnie z kryteriami, o których mowa w art. 47–52 tej dyrektywy.
- 58 Ponadto na mocy art. 44 ust. 2 wskazanej dyrektywy 2004/18 instytucja zamawiająca może żądać od wykonawców spełnienia wymagań dotyczących minimalnych zdolności w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, a także kwalifikacji technicznych i zawodowych zgodnie z art. 47 i 48 tej dyrektywy.
- 59 W szczególności art. 48 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 stanowi, że dowód kwalifikacji technicznych lub zawodowych wykonawców może stanowić, w zależności od charakteru i znaczenia świadczenia, wykaz robót budowlanych wykonanych w ciągu ostatnich pięciu lat oraz wykaz głównych dostaw lub usług zrealizowanych w ciągu ostatnich trzech lat.

- 60 W myśl orzecznictwa przytoczonego w pkt 47 niniejszego wyroku art. 48 ust. 3 omawianej dyrektywy przyznaje wykonawcom prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innego podmiotu, takiego jak grupa wykonawców, której był on członkiem, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że wykonawca ten będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tego podmiotu, które to zasoby są niezbędne do wykonania zamówienia.
- 61 W tym kontekście zdobyte przez wykonawcę doświadczenie stanowi szczególnie istotne kryterium kwalifikacji podmiotowej tego wykonawcy, gdyż umożliwia instytucji zamawiającej sprawdzenie, zgodnie z art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18, predyspozycji kandydatów lub oferentów do realizacji danego zamówienia.
- 62 Tym samym, gdy 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.
- 63 Jak bowiem słusznie podniósł rząd polski w uwagach na piśmie, wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców.
- 64 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.
- 65 W świetle powyższego odpowiedź na piąte pytanie powinna brzmieć tak, iż art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.

*W przedmiocie pytania szóstego*

- 66 W pytaniu szóstym sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18, umożliwiający wykluczenie z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy winnego w szczególności poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania żądanych przez instytucję zamawiającą informacji, należy interpretować w ten sposób, że przepis ten można zastosować, jeżeli informacje te mogą mieć wpływ na wynik postępowania przetargowego, niezależnie od tego, czy wykonawca działał umyślnie.
- 67 W celu udzielenia odpowiedzi na to pytanie należy przypomnieć, że art. 45 dyrektywy 2004/18 wskazuje w ust. 1 i 2 szereg podstaw wykluczenia oferenta – odpowiednio, obowiązkowego i fakultatywnego – z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dotyczących jego sytuacji podmiotowej.
- 68 W szczególności w rozumieniu art. 45 ust. 2 lit. g) omawianej dyrektywy z udziału w zamówieniu można wykluczyć wykonawcę, który „jest winny poważnego” wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą.

- 69 Zadając to pytanie, Krajowa Izba Odwoławcza zmierza do ustalenia, czy do celów stosowania tego przepisu niezbędne jest, by oferent działał umyślnie i by podane instytucji zamawiającej informacje miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania przetargowego.
- 70 W tym względzie w pierwszej kolejności należy wskazać, że brzmienie art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18 nie zawiera żadnej wzmianki na temat umyślnego zachowania wykonawcy. W związku z tym stwierdzenia takiego zachowania nie można uznać za element niezbędny do wykluczenia takiego wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
- 71 Przeciwnie, aby uznać, że oferent „jest winny poważnego [wprowadzenia w błąd]” w rozumieniu tego przepisu, i wykluczyć go tym samym z zamówienia publicznego, wystarczy, by dopuścił się on pewnego stopnia niedbalstwa, a mianowicie niedbalstwa mogącego mieć decydujący wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia zamówienia publicznego.
- 72 Zatem aby ukarać wykonawcę, który wprowadził instytucję zamawiającą w błąd, wykluczeniem z udziału w zamówieniu publicznym, instytucja zamawiająca nie musi, wbrew sugestiom w szczególności rządu polskiego oraz Komisji Europejskiej, przedstawić dowodu na umyślne naruszenie przepisów przez tego wykonawcę.
- 73 W drugiej kolejności należy wskazać, że art. 45 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18 stanowi, iż zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego, państwa członkowskie określają warunki wykonania przepisów tego ustępu.
- 74 Wynika z tego, że pojęcia zawarte w tymże art. 45 ust. 2 akapit pierwszy, w tym „winny poważnego [wprowadzenia w błąd]”, mogą zostać objaśnione i uszczegółowione w prawie krajowym, z poszanowaniem wszakże prawa Unii (zob. podobnie wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r., Forposta i ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, pkt 26).
- 75 W niniejszym przypadku art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP przewiduje możliwość wykluczenia z udzielenia zamówienia wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.
- 76 Tymczasem, jak wynika z postanowienia odsyłającego, oświadczenia i informacje dostarczane przez danego wykonawcę faktycznie miały wpływ na wynik rozpatrywanego w postępowaniu głównym postępowania o udzielenie zamówienia. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej to bowiem właśnie na podstawie tych oświadczeń i informacji Konsultant Komputer wygrał przetarg.
- 77 W tych okolicznościach należy stwierdzić, że poprzez dostarczenie takich oświadczeń i informacji dany wykonawca dopuścił się niedbalstwa mogącego mieć decydujący wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia rozpatrywanego zamówienia publicznego, przez co można go uznać za „winnego poważnego [wprowadzenia w błąd]” w rozumieniu art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18. W związku z tym takie zachowanie może uzasadniać decyzję instytucji zamawiającej o wykluczeniu tego wykonawcy z rozpatrywanego postępowania.
- 78 Z uwagi na powyższe odpowiedź na pytanie szóste powinna brzmieć tak, iż art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18, umożliwiający wykluczenie z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy „winnego poważnego” wprowadzenia

w błąd w zakresie przekazania żądanych przez instytucję zamawiającą informacji, należy interpretować w ten sposób, że przepis ten można zastosować, jeżeli dany wykonawca dopuścił się pewnego stopnia niedbalstwa, a mianowicie niedbalstwa mogącego mieć decydujący wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia zamówienia publicznego, bez względu na to, czy stwierdzone zostanie umyślne naruszenie przepisów przez tego wykonawcę.

*W przedmiocie pytania siódmego*

- 79 W pytaniu siódmym sąd odsyłający zapytuje w istocie, czy art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że dopuszcza on, by wykonawca wykazywał swoje doświadczenie, powołując się łącznie na dwie lub większą liczbę umów jako jedno zamówienie, pomimo że instytucja zamawiająca w ogłoszeniu ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazała takiej możliwości.
- 80 Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy na wstępie wskazać, że – jak już przypomniano w pkt 57 niniejszego wyroku – zgodnie z art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18 to instytucje zamawiające powinny sprawdzać predyspozycje kandydatów lub oferentów do wykonania danego zamówienia, zgodnie z wymogami, o których mowa w art. 47–52 tej dyrektywy.
- 81 Z kolei kandydaci lub oferenci powinni wykazać instytucji zamawiającej, że faktycznie dysponują lub będą dysponować zdolnościami niezbędnymi do prawidłowego wykonania danego zamówienia publicznego.
- 82 W tym względzie instytucja zamawiająca może zasadnie wyraźnie wskazać, co do zasady w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wymóg posiadania określonych zdolności i konkretne zasady, zgodnie z którymi oferent powinien wykazać swoją zdolność do otrzymania i wykonania danego zamówienia. Podobnie, w wyjątkowych okolicznościach, z uwagi na charakter danych robót oraz na przedmiot i cele zamówienia, instytucja zamawiająca może wprowadzić ograniczenia, w szczególności z zakresie korzystania z ograniczonej liczby wykonawców, na mocy art. 44 ust. 2 dyrektywy 2004/18 (zob. podobnie wyroki: z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 39–41; z dnia 5 kwietnia 2017 r., Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, pkt 90 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 83 Jednakże jeżeli instytucja zamawiająca postanowi skorzystać z takiej możliwości, musi ona zapewnić, że wprowadzone przez nią szczegółowe zasady są związane z przedmiotem i celami tego zamówienia oraz proporcjonalne względem nich (zob. podobnie wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 40, 56).
- 84 W niniejszym przypadku, jak wynika z postanowienia odsyłającego, wprawdzie instytucja zamawiająca nie przewidziała wyraźnie w dokumentacji przetargowej możliwości powołania się przez oferenta na dwie lub większą liczbę umów jako na jedno zamówienie, niemniej możliwości tej również wyraźnie nie wykluczono ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
- 85 W tych okolicznościach nie można z góry wykluczyć, że doświadczenie niezbędne do wykonania danego zamówienia, zdobyte przez wykonawcę nie przy jednym, lecz przy dwóch różnych zamówieniach lub większej ich liczbie, może zostać uznane przez

instytucję zamawiającą za wystarczające i umożliwić temu wykonawcy wygranie rozpatrywanego przetargu.

- 86 Jak bowiem wskazał rzecznik generalny w pkt 62 opinii, jeżeli wymogi danego zamówienia można co do zasady spełnić, sumując zdolności i doświadczenie szeregu wykonawców, tym bardziej nielogiczne byłoby wykluczenie z góry możliwości łączenia zdolności i doświadczenia tego samego wykonawcy, które uzyskał on przy oddzielnych zamówieniach.
- 87 Dlatego też, jeżeli – tak jak w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym – możliwości powołania się na doświadczenie zdobyte przy większej liczbie zamówień nie wykluczono ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, instytucja zamawiająca pod kontrolą właściwych sądów krajowych powinna sprawdzić, czy połączone doświadczenie z dwóch umów lub z większej ich liczby, zważywszy na charakter danych prac oraz na przedmiot i cele danego zamówienia, pozwala zapewnić jego prawidłowe wykonanie.
- 88 W świetle powyższego odpowiedź na pytanie siódme powinna brzmieć tak, iż art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że dopuszcza on, by wykonawca wykazywał swoje doświadczenie, powołując się łącznie na dwie lub większą liczbę umów jako jedno zamówienie, chyba że instytucja zamawiająca wykluczyła taką możliwość na podstawie wymogów związanych z przedmiotem i celami danego zamówienia publicznego oraz proporcjonalnych względem nich.

#### **W przedmiocie kosztów**

- 89 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

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

- 1) **Artykuł 51 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia.**
- 2) **Artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca polegał na zdolnościach innego podmiotu w rozumieniu art. 48**



ust. 3 omawianej dyrektywy poprzez sumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch podmiotów, które samodzielnie nie mają wymaganej zdolności do realizacji określonego zamówienia, w przypadku gdy instytucja zamawiająca uzna, że dane zamówienie jest niepodzielne oraz że takie wykluczenie możliwości polegania na doświadczeniu większej liczby wykonawców jest związane z przedmiotem zamówienia, które musi zatem zostać zrealizowane przez jednego wykonawcę, oraz proporcjonalne do niego.

- 3) Artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.
- 4) Artykuł 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18, umożliwiający wykluczenie z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy „winnego poważnego” wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania żądanych przez instytucję zamawiającą informacji, należy interpretować w ten sposób, że przepis ten można zastosować, jeżeli dany wykonawca dopuścił się pewnego stopnia niedbalstwa, a mianowicie niedbalstwa mogącego mieć decydujący wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia zamówienia publicznego, bez względu na to, czy stwierdzone zostanie umyślne naruszenie przepisów przez tego wykonawcę.
- 5) Artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że dopuszcza on, by wykonawca wykazywał swoje doświadczenie, powołując się łącznie na dwie lub większą liczbę umów jako jedno zamówienie, chyba że instytucja zamawiająca wykluczyła taką możliwość na podstawie wymogów związanych z przedmiotem i celami danego zamówienia publicznego oraz proporcjonalnych względem nich.

Da Cruz Vilaça

Tizzano

Berger

Borg Barthet

Biltgen

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 4 maja 2017 r.

Sekretarz

Prezes piątej izby

A. Calot Escobar

J.L. da Cruz Vilaça

---

\*  
\_ Język postępowania: polski.