

**Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Krajową Izbę Odwoławczą (Polska) w dniu 29 stycznia 2021 r. – Konsorcjum: ANTEA POLSKA S.A., „Pectore-Eco” sp. z o.o., Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy przeciwko Państwowemu Gospodarstwu Wodnemu Wody Polskie**

(Sprawa C-54/21)

(2021/C 228/19)

Język postępowania: polski

**Sąd odsyłający**

Krajowa Izba Odwoławcza

**Strony w postępowaniu głównym**

*Strona skarżąca:* Konsorcjum: ANTEA POLSKA S.A., „Pectore-Eco” sp. z o.o., Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy

*Strona pozwana:* Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie

**Pytania prejudycjalne**

- 1) Czy wyrażona w art. 18 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE<sup>(1)</sup> (zwanej dalej „dyrektywą 2014/24/UE”) zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości zezwala na taką interpretację art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE i art. 2 pkt 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem<sup>(2)</sup> (zwanej dalej „dyrektywą 2016/943”), w szczególności zawartych w nich określeń „jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne” i „mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą” oraz wskazania, że „instytucja zamawiająca nie ujawnia informacji oznaczonych przez wykonawców jako poufne”, w konsekwencji której wykonawca może zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa dowolną informację, z tego powodu, że nie chce jej ujawniać konkurującym z nim wykonawcom?
- 2) Czy wyrażona w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości zezwala na taką interpretację art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE i art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943, w konsekwencji której wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne mogą zastrzec dokumenty wskazane w art. 59 i art. 60 dyrektywy 2014/24/UE oraz w załączniku XII do dyrektywy 2014/24/UE, w całości lub w części, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności w odniesieniu do wykazu posiadanego doświadczenia, referencji, wykazu osób proponowanych do wykonania zamówienia i ich kwalifikacji zawodowych, nazw i potencjału podmiotów, na których potencjał się powołują lub podwykonawców, jeśli dokumenty te są wymagane w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub dla oceny według kryteriów oceny ofert lub stwierdzenia zgodności oferty z innymi wymaganiami instytucji zamawiającej zawartymi w dokumentacji postępowania (ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia)?
- 3) Czy wyrażona w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości w związku z art. 58 ust. 1, art. 63 ust. 1 i art. 67 ust. 2 lit b dyrektywy 2014/24/UE zezwala na równoczesne przyjęcie przez instytucję zamawiającą deklaracji wykonawcy, iż dysponuje wymaganymi przez instytucję zamawiającą lub deklarowanymi samodzielnie zasobami osobowymi, podmiotami, na których zasobach chce polegać lub podwykonawcami, co, zgodnie z przepisami w udowodnić instytucji zamawiającej, oraz deklaracji, że już samo ujawnienie konkurującym z nim wykonawcom danych dotyczących tych osób lub podmiotów (nazwisk, nazw, doświadczenia, kwalifikacji) może spowodować ich „podkupienie” przez tych wykonawców, przez co niezbędne jest objęcie tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa? W związku z powyższym, czy tak nietrwale więź pomiędzy wykonawcą a tymi osobami i podmiotami można uznać za udowodnienie dysponowania tym zasobem, a w szczególności przyznać wykonawcy dodatkowe punkty w ramach kryteriów oceny ofert?

- 4) Czy wyrażona w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości zezwala na taką interpretację art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE i art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943, w konsekwencji której wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne mogą zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa dokumenty wymagane w celu badania zgodności oferty z wymaganiami zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w tym w opisie przedmiotu zamówienia) albo w celu oceny oferty w ramach kryteriów oceny ofert, w szczególności jeśli dokumenty te odnoszą się do spełnienia wymagań instytucji zamawiającej zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w przepisach prawa lub w innych dokumentach powszechnie dostępnych lub dostępnych zainteresowanym, w szczególności, jeśli ocena ta nie przebiega według obiektywnie porównywalnych schematów oraz mierzalnych i porównywalnych matematycznie lub fizycznie wskaźników, lecz według indywidualnej oceny instytucji zamawiającej? W konsekwencji, czy art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE i art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943 można interpretować tak, że za tajemnicę przedsiębiorstwa danego wykonawcy można uznać złożoną przez niego w ramach oferty deklarację wykonania danego przedmiotu zamówienia według wskazań instytucji zamawiającej zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, kontrolowanych i ocenianych przez instytucję zamawiającą pod względem zgodności z tymi wymaganiami, nawet jeśli to do wykonawcy należy wybór metod zmierzających do osiągnięcia wymaganego przez instytucję zamawiającą efektu (przedmiotu zamówienia)?
- 5) Czy wyrażona w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości w związku z art. 67 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE wskazującym, że kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru, muszą zapewniać możliwość efektywnej konkurencji i umożliwiać skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia, zezwala instytucji zamawiającej na ustanowienie danego kryterium oceny ofert, w szczególności kryterium ocenianego według indywidualnej oceny instytucji zamawiającej, chociaż już w momencie ustanawiania tego kryterium wiadome jest, że wykonawcy część oferty odnoszącą się do tego kryterium obejmą tajemnicą przedsiębiorstwa, czemu instytucja zamawiająca się nie sprzeciwia, przez co konkurujący wykonawcy, nie mogąc zweryfikować ofert konkurentów i porównać ich z własnymi ofertami, mogą odnieść wrażenie zupełnej dowolności badania i oceny ofert przez instytucję zamawiającą?
- 6) Czy wyrażoną w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE zasadę równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości w związku z art. 67 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE wskazującym, że kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru, muszą zapewniać możliwość efektywnej konkurencji i umożliwiać skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia, można interpretować tak, że zezwala ona instytucji zamawiającej na ustanowienie takiego kryterium oceny ofert, jak w niniejszym postępowaniu kryteria „konceptcja opracowania” i „opis sposobu realizacji zamówienia”?
- 7) Czy art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych<sup>(1)</sup>, zwanej dalej „dyrektywą odwoławczą”, nakazujący państwom członkowskim zapewnienie wykonawcom możliwości skutecznego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające oraz dostępności procedur odwoławczych dla podmiotu, który ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia, należy tak tłumaczyć, że stwierdzenie przez organ orzekający, że zastrzeżone przez wykonawców w danym postępowaniu dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, co skutkuje nakazaniem ich ujawnienia przez instytucję zamawiającą i udostępnienia konkurującym wykonawcom – jeżeli taki skutek nie wynika wprost z przepisów prawa – powoduje dla organu orzekającego obowiązek wydania rozstrzygnięcia o treści umożliwiającej temu wykonawcy ponowne wniesienie odwołania – w zakresie wynikającym z treści tych dokumentów, której wcześniej nie znał i z którego to powodu nie mógł skutecznie skorzystać ze środka ochrony prawnej – wobec czynności, co do której odwołanie by nie przysługiwało ze względu na upływ terminu do jego wniesienia, na przykład poprzez unieważnienie czynności badania i oceny ofert, których dotyczą przedmiotowe dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa?

<sup>(1)</sup> Dz. U. 2014, L 94, s. 65.

<sup>(2)</sup> Dz. U. 2016, L 157, s. 1.

<sup>(3)</sup> Dz. U. 2007, L 335, s. 31.