Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZA-BORDONY
przedstawiona w dniu 15 kwietnia 2021 r. [1]

Sprawa C-927/19

UAB Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras
przy udziale:
UAB Ecoservice Klaipėda,
UAB Klaipėdos autobusų parkas,
UAB Parsekas,
UAB Klaipėdos transportas

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (sąd najwyższy Litwy)]

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2014/24/UE – Artykuły 21, 50 i 55 – Poufność – Uprawnienia instytucji zamawiającej – Dyrektywa (UE) 2016/943 – Stosowanie – Dyrektywa 89/665 – Artykuły 1 i 2 – Skutki odwołania od decyzji stwierdzającej poufny charakter – Uzasadnienie – Samodzielny środek odwoławczy służący przeciwko instytucji zamawiającej – Kontrola sądowa – Zakres uprawnień sądu

1. Dokumentacja przekazywana instytucjom zamawiającym w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może zawierać tajemnice przedsiębiorstwa i inne informacje poufne, których ujawnienie byłoby szkodliwe dla osób, których one dotyczą.

2. W tej dziedzinie krzyżują się dwa sprzeczne interesy:

– po pierwsze, interesy oferenta, który biorąc udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie rezygnuje z ochrony informacji poufnych w sposób uniemożliwiający innym podmiotom nieuczciwe czerpanie korzyści z wysiłków biznesowych innych osób;

– po drugie, interesy oferentów, którzy w ramach wykonywania przysługującego im prawa do odwołania się od decyzji instytucji zamawiającej zabiegają, w celu uzasadnienia swojego odwołania, o dostęp do niektórych informacji przekazanych przez wybranego wykonawcę, które ten uważa za poufne.

[1] Język oryginału: hiszpański.

3. Konflikt wspomnianych interesów leży u podstaw niniejszego odesłania prejudycjalnego, w ramach którego sąd odsyłający wnosi o dokonanie wykładni dyrektyw 89/665/EWG [2], 2014/24/UE [3] i (UE) 2016/943 [4].

I. Ramy prawne

A. Prawo Unii

1. Dyrektywa 2014/24

4. Artykuł 18 („Zasady udzielania zamówień”) stanowi:

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

[…]”.

5. Artykuł 21 („Poufność”) stanowi:

„1. O ile nie przewidziano inaczej w niniejszej dyrektywie lub w przepisach krajowych, którym podlega dana instytucja zamawiająca, w szczególności w przepisach dotyczących dostępu do informacji, a także bez uszczerbku dla obowiązków związanych z podawaniem do wiadomości publicznej informacji o udzielonych zamówieniach oraz z udostępnianiem kandydatom i oferentom informacji określonych w art. 50 i 55, instytucja zamawiająca nie ujawnia informacji przekazanych jej przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne, w tym między innymi tajemnic technicznych lub handlowych [tajemnic przedsiębiorstwa] oraz poufnych aspektów ofert.

2. Instytucje zamawiające mogą nakładać na wykonawców wymogi mające na celu ochronę poufnego charakteru informacji, które te instytucje udostępniają w toku postępowania o udzielenie zamówienia”.

6. Artykuł 50 („Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia”) stanowi:

„[…] Z publikacji można wyłączyć pewne informacje dotyczące udzielenia zamówienia lub zawarcia umowy ramowej, jeżeli ich ujawnienie mogłoby utrudnić egzekwowanie prawa lub w inny sposób byłoby sprzeczne z interesem publicznym, mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym konkretnego wykonawcy publicznego lub prywatnego, bądź mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami”.

[2] Dyrektywa Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. 1989, L 395, s. 33).

[3] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65).

[4] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 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 (Dz.U. 2016, L 157, s. 1).

7. Artykuł 55 („Informowanie kandydatów i oferentów”) ma następujące brzmienie:

„3. Instytucje zamawiające mogą podjąć decyzję o nieudzielaniu pewnych informacji, o których mowa w ust. 1 i 2, dotyczących udzielenia zamówienia, zawarcia umowy ramowej lub dopuszczenia do dynamicznego systemu zakupów, jeżeli ich ujawnienie mogłoby utrudnić egzekwowanie prawa lub byłoby w inny sposób sprzeczne z interesem publicznym, mogłoby szkodzić uzasadnionym interesom handlowym konkretnego wykonawcy publicznego lub prywatnego, bądź mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami”.

2. Dyrektywa 89/665

8. Zgodnie z art. 1 („Zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych”) [5]:

„1. Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do zamówień, o których mowa w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE, chyba że zamówienia te wyłączono zgodnie z art. 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 oraz 37 tej dyrektywy.

[…]

Państwa członkowskie przyjmują niezbędne środki, aby zapewnić – w odniesieniu do zamówień objętych zakresem stosowania dyrektywy 2014/24/UE lub dyrektywy 2014/23/UE – możliwość skutecznego, a zwłaszcza możliwie szybkiego, odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające, zgodnie z warunkami określonymi w art. 2–2f niniejszej dyrektywy, z powodu naruszenia przez te decyzje prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo.

[…]

3. Państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

4. Państwa członkowskie mogą wymagać, aby każdy podmiot, który zamierza skorzystać z procedury odwoławczej, poinformował instytucję zamawiającą o domniemanym naruszeniu oraz o zamiarze wniesienia odwołania, pod warunkiem że nie ma to wpływu na okres zawieszenia typu standstill, zgodnie z art. 2a ust. 2, ani na żadne inne terminy na wniesienie odwołania, zgodnie z art. 2c.

5. Państwa członkowskie mogą wymagać, aby zainteresowany podmiot w pierwszej kolejności wniósł odwołanie do instytucji zamawiającej. W takim przypadku państwa członkowskie czuwają, by wniesienie odwołania powodowało natychmiastowe zawieszenie możliwości zawarcia umowy.

[…]”.

[5] W brzmieniu nadanym przez art. 46 dyrektywy 2014/23/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.U. 2014, L 94, s. 1).

9. Artykuł 2 („Wymogi dotyczące procedur odwoławczych”) stanowi:

„1. Państwa członkowskie zapewniają wprowadzenie do procedur odwoławczych określonych w art. 1 odpowiednich środków obejmujących prawo do:

[…]

b) uchylenia lub doprowadzenia do uchylenia bezprawnych decyzji, w tym usunięcia dyskryminujących warunków technicznych, ekonomicznych lub finansowych zawartych w zaproszeniu do składania ofert, specyfikacji lub we wszelkich innych dokumentach związanych z procedurą udzielania zamówienia;

[…]”.

3. Dyrektywa 2016/943

10. Motyw 18 brzmi:

„[…] W szczególności niniejsza dyrektywa nie powinna zwalniać organów publicznych z obowiązków zachowania poufności, jakie spoczywają na nich w odniesieniu do informacji przekazywanych przez posiadaczy tajemnic przedsiębiorstwa, bez względu na to, czy obowiązki te są określone w prawie unijnym lub krajowym. Takie obowiązki zachowania poufności obejmują, między innymi, obowiązki dotyczące informacji przekazanych organom instytucji udzielających zamówień w kontekście procedur udzielania zamówień publicznych, określonych na przykład w dyrektywie […] 2014/24/UE […]”.

11. Artykuł 1 („Przedmiot i zakres stosowania”) stanowi:

„2. Niniejsza dyrektywa nie wpływa na:

[…]

b) stosowanie przepisów unijnych lub krajowych wymagających od posiadaczy tajemnicy przedsiębiorstwa ujawnienia – z uwagi na interes publiczny – informacji, w tym tajemnic przedsiębiorstwa, organom publicznym, administracyjnym lub sądowym w celu wykonywania obowiązków tych organów;

c) stosowanie unijnych lub krajowych przepisów wymagających lub pozwalających, by instytucje i organy unijne lub krajowe organy publiczne ujawniały informacje dostarczone przez przedsiębiorstwa, które znalazły się w dyspozycji tych instytucji, podmiotów lub organów na podstawie obowiązków i uprawnień określonych w prawie unijnym lub krajowym i zgodnie z tymi obowiązkami i uprawnieniami;

[…]”.

B. Prawo litewskie

1. Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (ustawa o zamówieniach publicznych Republiki Litewskiej; zwana dalej „LCP”)

12. Artykuł 20 stanowi:

„1. Zabrania się instytucji zamawiającej, komisji przetargowej, jej członkom i ekspertom oraz wszelkim innym osobom ujawniania osobom trzecim informacji, które zostały przekazane przez wykonawców jako poufne.

2. Oferta wykonawcy lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie mogą zostać zastrzeżone jako poufne w całości, ale wykonawca może wskazać, że niektóre informacje przedstawione w jego ofercie są poufne. Informacje poufne mogą obejmować między innymi tajemnice przedsiębiorstwa (produkcji) oraz poufne aspekty oferty. Informacje nie mogą być zastrzegane jako poufne:

1) jeżeli narusza to przepisy ustawowe ustanawiające obowiązek ujawnienia informacji lub prawo do uzyskania informacji oraz przepisy wykonawcze wydane na podstawie tych przepisów ustawowych;

2) jeżeli stanowi to naruszenie obowiązków określonych w art. 33 i 58 niniejszej ustawy w odniesieniu do publikacji zawartych umów w sprawie zamówień, informacji o kandydatach i oferentach, w tym wskazanych w przetargu informacji o cenie dostaw, usług lub robót budowlanych, z wyjątkiem ich elementów składowych;

3) jeżeli takie informacje zostały przedstawione w dokumentach potwierdzających, że wobec wykonawcy nie istnieją żadne podstawy wykluczenia, że spełnia on kryteria dotyczące zdolności oraz normy zarządzania jakością i ochrony środowiska, z wyjątkiem informacji, których ujawnienie naruszyłoby przepisy ustawy Republiki Litewskiej o ochronie danych osobowych lub zobowiązania wykonawcy wynikające z umów zawartych z osobami trzecimi;

4) w przypadku gdy informacje te dotyczą wykonawców i podwykonawców, na których zdolności polega wykonawca, z wyjątkiem informacji, których ujawnienie naruszyłoby przepisy ustawy o ochronie danych osobowych. […]

3. Jeżeli instytucja zamawiająca ma wątpliwości co do poufnego charakteru informacji zawartych w ofercie wykonawcy, powinna zwrócić się do niego o wykazanie, że informacje te są poufne.

4. W terminie nieprzekraczającym sześciu miesięcy od daty zawarcia umowy zainteresowani oferenci mogą zwrócić się do instytucji zamawiającej o udzielenie im dostępu do oferty lub do wniosku wybranego wykonawcy (kandydaci – do wniosków innych wykonawców zaproszonych do składania ofert lub udziału w dialogu), jednakże nie mogą zostać ujawnione informacje zastrzeżone przez kandydatów lub oferentów jako poufne bez naruszenia ust. 2 niniejszego artykułu”.

13. Artykuł 58 stanowi:

„3. W przypadkach, o których mowa w ust. 1 i 2 niniejszego artykułu, instytucja zamawiająca nie może udostępnić informacji, których ujawnienie naruszyłoby przepisy dotyczące informacji

i ochrony danych lub byłoby sprzeczne z interesem ogólnym, naruszyłoby uzasadnione interesy handlowe danego wykonawcy lub wpłynęłoby na konkurencję między wykonawcami".

2. Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodeksas (kodeks postępowania cywilnego Republiki Litewskiej)

14. Artykuł 10^1 stanowi:

„2. W przypadku gdy istnieją podstawy do stwierdzenia, że tajemnica przedsiębiorstwa może zostać ujawniona, sąd, na należycie uzasadniony wniosek stron lub z urzędu, wyznacza w drodze uzasadnionego postanowienia osoby, które mogą:

1) uzyskać dostęp do części dokumentacji zawierających informacje, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa lub które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, sporządzać i uzyskiwać wypisy, duplikaty i kopie (kopie cyfrowe);

2) uczestniczyć w przesłuchaniach przy drzwiach zamkniętych, podczas których mogą zostać ujawnione informacje, które stanowią lub mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, oraz uzyskać dostęp do protokołów z takich przesłuchań;

3) uzyskać uwierzytelniony odpis (kopię cyfrową) wyroku lub postanowienia zawierającego informacje, które stanowią lub mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

[…]

4. Stosując ograniczenia określone w ust. 2 niniejszego artykułu, sąd bierze pod uwagę konieczność zagwarantowania prawa do ochrony sądowej i prawa do rzetelnego procesu sądowego, uzasadnione interesy stron i innych osób uczestniczących w postępowaniu oraz szkodę, która mogłaby wyniknąć z zastosowania lub niezastosowania tych ograniczeń".

II. Okoliczności faktyczne, postępowanie główne i odesłanie prejudycjalne

15. W dniu 27 września 2018 r. UAB Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (zwana dalej „instytucją zamawiającą") ogłosiła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi związane ze zbiórką odpadów komunalnych w rejonie neryńskim (Litwa) i ich transportowaniem do zakładów utylizacji odpadów w rejonie Kłajpedy (Litwa) [6].

16. W dniu 29 listopada 2018 r. zamówienie zostało udzielone grupie wykonawców składającej się z UAB Klaipėdos autobusų parkas, UAB Parsekas i UAB Klaipėdos transportas (zwanej dalej „grupą"). UAB Ecoservice Klaipėda (zwana dalej „Ecoservice") zajęła drugie miejsce.

17. W dniu 4 grudnia 2018 r. Ecoservice złożyła do instytucji zamawiającej wniosek o udzielenie dostępu do informacji zawartych w ofercie grupy. W dniu 6 grudnia 2018 r. przekazano jej informacje dotyczące tej oferty, które nie były poufne.

[6] Zgodnie z pkt 3 postanowienia odsyłającego w ogłoszeniu o zamówieniu wskazano, że tymczasowa wartość zamówienia przekracza 750 000 EUR (bez VAT).

18. W dniu 10 grudnia 2018 r. spółka Ecoservice wniosła odwołanie do instytucji zamawiającej, kwestionując końcowy wynik postępowania, gdyż w jej ocenie grupa nie spełniała warunków przetargu [7]. Instytucja zamawiająca oddaliła odwołanie w dniu 17 grudnia 2018 r.

19. W dniu 27 grudnia 2018 r. spółka Ecoservice wniosła skargę na decyzję instytucji zamawiającej do Klaipėdos apygardos teismas (sądu okręgowego w Kłajpedzie, Litwa). Wraz ze skargą złożyła ona wniosek o udostępnienie wszystkich informacji zawartych w ofercie grupy oraz korespondencji między grupą a instytucją zamawiającą.

20. Po wysłuchaniu instytucji zamawiającej, która sprzeciwiła się wnioskowi spółki Ecoservice, w dniu 15 stycznia 2019 r. sąd pierwszej instancji wezwał instytucję zamawiającą do przedstawienia wszystkich dokumentów, których dotyczył wniosek, z wyjątkiem korespondencji z grupą.

21. W dniu 25 stycznia 2019 r. instytucja zamawiająca przedstawiła informacje, zarówno poufne, jak i jawne, zawarte w ofercie grupy. Wniosła ona o uniemożliwienie spółce Ecoservice zapoznania się z informacjami poufnymi, co zostało uwzględnione przez sąd pierwszej instancji.

22. W dwóch kolejnych wnioskach spółka Ecoservice zwróciła się do tego sądu o udostępnienie: a) informacji o ofercie zastrzeżonych jako poufne; oraz b) danych z umów o gospodarowanie odpadami zawartych przez jeden z podmiotów wchodzących w skład grupy. Sąd pierwszej instancji oddalił oba wnioski, wydając dwa postanowienia, które nie podlegały zaskarżeniu.

23. Wyrokiem z dnia 15 marca 2019 r. sąd pierwszej instancji orzekł, że grupa spełnia wymogi dotyczące kwalifikacji wykonawców, i oddalił skargę spółki Ecoservice.

24. Spółka Ecoservice wniosła apelację od wyroku sądu pierwszej instancji do Lietuvos apeliacinis teismas (sądu apelacyjnego, Litwa), który w dniu 30 maja 2019 r. uchylił ten wyrok oraz stwierdził nieważność decyzji instytucji zamawiającej i nakazał dokonanie powtórnej oceny ofert.

25. Instytucja zamawiająca wniosła do Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (sądu najwyższego Litwy) skargę kasacyjną, która miała jedynie na celu podważenie dokonanej przez sąd apelacyjny oceny (braku) zdolności technicznej grupy [8].

26. W dniu 26 lipca 2019 r., przed wniesieniem odpowiedzi na skargę kasacyjną, spółka Ecoservice wniosła o udzielenie dostępu do poufnych dokumentów przedstawionych sądowi pierwszej instancji przez grupę, „zawierających faktycznie szczególnie chronione informacje handlowe, które zostały zastrzeżone”.

[7] Konkretnie twierdziła ona, że: (i) umowy o zbiórkę i transport zmieszanych odpadów komunalnych, wskazane przez grupę w celu wykazania jej sytuacji ekonomicznej i finansowej, nie zostały wykonane bezpośrednio przez podmioty wchodzące w skład tej grupy; oraz (ii) pojazdy wskazane w dokumentach przedstawionych przez grupę nie spełniają wymogów technicznych określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

[8] W postanowieniu odsyłającym (pkt 36 i 37) podkreślono, że skarga kasacyjna nie została wniesiona przez spółkę Ecoservice, lecz przez instytucję zamawiającą, w związku z czym co do zasady Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (sąd najwyższy Litwy) powinien rozstrzygnąć jedynie, czy wybrany wykonawca miał odpowiednią zdolność techniczną, co jest jedyną kwestią podniesioną przez wnoszącą odwołanie. Sąd postanowił jednak wykroczyć z własnej inicjatywy poza zakres skargi kasacyjnej i wydać rozstrzygnięcie w przedmiocie innych aspektów sporu.

27. W związku z tym Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (sąd najwyższy Litwy) kieruje między innymi następujące pytania prejudycjalne:

„4) Czy art. 1 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 89/665, w którym określono zasadę skuteczności procedur odwoławczych, art. 1 ust. 3 i 5 tej dyrektywy, art. 21 dyrektywy 2014/24 i dyrektywę 2016/943, a w szczególności motyw 18 i art. 9 ust. 2 akapit trzeci tejże dyrektywy (rozpatrywane łącznie lub oddzielnie, przy czym bez ograniczenia do tych przepisów), należy interpretować w ten sposób, że jeżeli w przepisach krajowych regulujących zamówienia publiczne przewidziano obowiązkową procedurę rozstrzygania sporów poprzedzającą wniesienie skargi:

a) instytucja zamawiająca musi przedstawić wykonawcy, z którego inicjatywy wszczęto procedurę odwoławczą, wszystkie szczegółowe informacje dotyczące oferty innego wykonawcy (niezależnie od ich poufnego charakteru), jeżeli przedmiotem procedury jest konkretnie zgodność z prawem oceny oferty innego wykonawcy, a wykonawca, z którego inicjatywy wszczęto procedurę, wprost zwrócił się do instytucji zamawiającej o ich przedstawienie przed rozpoczęciem procedury;

b) niezależnie od odpowiedzi na poprzednie pytanie, instytucja zamawiająca, odrzucając odwołanie wykonawcy dotyczące zgodności z prawem oceny oferty jego konkurenta, musi w każdym razie udzielić jasnej, kompleksowej i konkretnej odpowiedzi, niezależnie od ryzyka ujawnienia poufnych informacji przetargowych, których jej udzielono?

5) Czy art. 1 ust. 1 akapit trzeci, art. 1 ust. 3 i 5 oraz art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 89/665, art. 21 dyrektywy 2014/24 i dyrektywę 2016/943, w szczególności jej motyw 18 (rozpatrywane łącznie lub oddzielnie, przy czym bez ograniczenia do tych przepisów), należy interpretować w ten sposób, że decyzja instytucji zamawiającej o nieudzieleniu wykonawcy dostępu do poufnych szczegółowych informacji na temat oferty innego uczestnika postępowania jest decyzją, którą można zaskarżyć w odrębnym postępowaniu przed sądem?

6) Jeżeli odpowiedź na poprzednie pytanie jest twierdząca, czy art. 1 ust. 5 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że wykonawca musi złożyć do instytucji zamawiającej odwołanie od takiej wydanej przez nią decyzji i w razie konieczności wnieść skargę do sądu?

7) Jeżeli odpowiedź na poprzednie pytanie jest twierdząca, czy art. 1 ust. 1 akapit trzeci i art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że w zależności od zakresu dostępnych informacji na temat treści oferty innego wykonawcy wykonawca może wnieść do sądu skargę dotyczącą wyłącznie odmowy udzielenia mu informacji, nie kwestionując przy tym zgodności z prawem innych decyzji instytucji zamawiającej?

8) Niezależnie od odpowiedzi na poprzednie pytania, czy art. 9 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy 2016/943 należy interpretować w ten sposób, że po otrzymaniu wniosku strony skarżącej o nakazanie drugiej stronie sporu przedstawienia dowodów i o udostępnienie ich przez sąd stronie skarżącej sąd ma obowiązek uwzględnić taki wniosek niezależnie od działań podjętych przez instytucję zamawiającą w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia lub procedury odwoławczej?

9) Czy art. 9 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy 2016/943 należy interpretować w ten sposób, że po oddaleniu wniosku strony skarżącej w przedmiocie ujawnienia informacji poufnych drugiej strony sporu sąd powinien z urzędu dokonać oceny znaczenia danych, co do których wnosi się o uchylenie poufności, i skutków tych danych dla zgodności z prawem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego?".

III. Postępowanie przed Trybunałem

28. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wpłynął do Trybunału w dniu 18 grudnia 2019 r.

29. Uwagi na piśmie zostały złożone przez Klaipėdos autobusų parkas [9], Ecoservice, Republikę Austrii, Republikę Litewską i Komisję Europejską.

30. Strony odpowiedziały na piśmie na pytania, które zostały do nich skierowane przez Trybunał w miejsce rozprawy.

IV. Ocena

A. Uwagi wstępne

31. Na wniosek Trybunału przeprowadzę jedynie analizę pytań prejudycjalnych od czwartego do dziewiątego. Pytania te, ze względu na ich przedmiot, można podzielić na trzy grupy:

– w pytaniu czwartym sąd odsyłający wyraża wątpliwości co do zakresu ciążącego na instytucji zamawiającej obowiązku zachowania w tajemnicy informacji zastrzeżonych przez oferenta jako poufne przy rozstrzyganiu odwołania wniesionego przez innego oferenta zamierzającego uzyskać dostęp do tych informacji;

– w ramach pytań od piątego do siódmego wątpliwości dotyczą skargi do sądów na decyzję instytucji zamawiającej odmawiającą jednemu wykonawcy dostępu do poufnych informacji przedstawionych przez innego wykonawcę;

– wreszcie, pytania ósme i dziewiąte dotyczą uprawnienia sądu do ujawnienia poufnych informacji znajdujących się w jego posiadaniu, a w razie potrzeby do dokonania z urzędu oceny zgodności z prawem udzielenia zamówienia.

32. W pierwszej kolejności przeanalizuję wykładnię dyrektyw 2014/24 i 2016/943 w odniesieniu do postępowania z informacjami poufnymi. Następnie przedstawię moją odpowiedź na pytania prejudycjalne, która będzie zawierać odniesienia do dyrektywy 89/665.

[9] Jeden z podmiotów wchodzących w skład grupy.

B. Ochrona informacji poufnych przekazywanych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

33. Zdaniem Trybunału „[p]odstawowy cel przepisów wspólnotowych z dziedziny zamówień publicznych obejmuje otwarcie rynków we wszystkich państwach członkowskich na niezakłóconą konkurencję. […] Aby zrealizować ten cel, ważne jest, by instytucje zamawiające nie ujawniały informacji związanych z postępowaniami przetargowymi, których treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji” [10].

34. Dyrektywa 2014/24 zawiera szereg zasad dotyczących ujawniania informacji będących w posiadaniu instytucji zamawiającej. Wśród nich [11] znajduje się art. 21, który zakazuje instytucji zamawiającej co do zasady [12] ujawniania „informacji przekazanych jej przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne, w tym między innymi tajemnic technicznych lub handlowych [tajemnic przedsiębiorstwa] oraz poufnych aspektów ofert”.

35. Biorąc pod uwagę argumenty stron, należy określić, jakiego rodzaju informacje poufne instytucja zamawiająca (i organy kontrolujące jej decyzje) muszą chronić zgodnie z dyrektywą 2014/24. W dalszej części dokonam ceny wpływu dyrektywy 2016/943 na postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

1. Informacje poufne w rozumieniu dyrektywy 2014/24

36. Z wykładni literalnej i autonomicznej art. 21 dyrektywy 2014/24 wynikałoby, że informacjami poufnymi są po prostu informacje, które wykonawca zastrzega jako takie. Pod pojęciem informacji chronionych należałoby zatem w każdym razie rozumieć te informacje, które zostały „oznaczon[e] przez [wykonawców] jako poufne”.

37. Gdyby przyjąć takie kryterium wykładni, wszelkie [13] informacje, na których ujawnienie nie wyraził zgody wykonawca, który udostępnił je instytucji zamawiającej, niezależnie od ich treści, byłyby automatycznie zablokowane, to znaczy nie mogłyby zostać ujawnione.

38. Nie można przyjąć takiej maksymalistycznej wykładni. Artykuł 21 dyrektywy 2014/24 wymienia bowiem jako przykłady informacji, które można zastrzec jako poufne, „tajemnic[e] techniczn[e] lub handlow[e] [tajemnice przedsiębiorstwa] oraz poufn[e] aspekt[y] ofert”. Wskazuje on zatem, że taka kwalifikacja opiera się na *obiektywnej* podstawie, a nie wyłącznie na *subiektywnej* woli osoby, która przekazuje informacje.

39. Inne przepisy dyrektywy 2014/24 (w szczególności art. 50 ust. 4 i art. 55 ust. 3) pozwalają na potwierdzenie tego argumentu z systemowego punktu widzenia. Zgodnie z tymi przepisami należy odmówić ujawnienia informacji, jeżeli między innymi zaszkodziłoby to „uzasadnionym interesom handlowym konkretnego wykonawcy publicznego lub prywatnego”. Również w tym przypadku przeważają aspekty obiektywne, a nie subiektywne.

[10] Wyrok z dnia 14 lutego 2008 r., Varec (C-450/06, EU:C:2008:91; zwany dalej „wyrokiem Varec”, pkt 34, 35).

[11] W dyrektywie 2014/24 istnieją inne przepisy dotyczące ochrony poufności, do których odniosę się w dalszej części, dotyczące ogłoszeń o udzieleniu zamówienia (art. 50 ust. 4) oraz informacji przekazywanych kandydatom i oferentom (art. 55). Oba te przepisy stanowią, że informacje nie będą udzielane, jeżeli „ich ujawnienie mogłoby utrudnić egzekwowanie prawa lub byłoby w inny sposób sprzeczne z interesem publicznym, mogłoby szkodzić uzasadnionym interesom handlowym konkretnego wykonawcy publicznego lub prywatnego, bądź mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami”.

[12] Chyba że sama dyrektywa lub prawo krajowe stanowią inaczej. Z art. 20 LCP nie wynika, aby istniał przepis krajowy stanowiący inaczej.

[13] Nie dotyczy to przepisu litewskiego, ponieważ zakazuje on, aby *całość* oferty była zastrzegana jako poufna.

40. Uważam zatem, że art. 21 dyrektywy 2014/24, odczytywany w jego kontekście, nie przyznaje *wyłącznie* wykonawcy zadania określenia według własnego uznania, jakie informacje należy zakwalifikować jako poufne. Jego uzasadniony wniosek w tym względzie – który jest niezbędny, jeśli zamierza on ograniczyć publikację informacji, które sam przekazuje – podlega późniejszej decyzji instytucji zamawiającej (i ewentualnie decyzji organu, który kontroluje decyzję instytucji zamawiającej).

41. Cel przepisu prowadzi do tego samego rezultatu. Jeżeli, tak jak w przypadku pozostałych przepisów dyrektywy 2014/24, służy on zapobieganiu zakłóceniom konkurencji [14], logiczne jest, że przyznaje się instytucji zamawiającej, a nie jednostronnie danemu wykonawcy, uprawnienie do określenia, jakie zagrożenia dla konkurencji wynikałyby z ujawnienia rzekomo poufnych informacji. Obowiązek bezstronności i obiektywizmu wobec różnych oferentów sprawia, że instytucja zamawiająca jest właściwym podmiotem do dokonania takiej oceny.

42. W ten sposób instytucja zamawiająca jest ponadto w stanie zapewnić „równe i niedyskryminacyjne" traktowanie wszystkich wykonawców zgodnie z zasadami dotyczącymi udzielania zamówień publicznych.

2. Stosowanie dyrektywy 2016/943

43. Sąd odsyłający wnosi o dokonanie wykładni art. 9 dyrektywy 2016/943 w związku z motywem 18 tej dyrektywy na tej podstawie, że decydujące znaczenie dla udostępnienia określonych informacji ma okoliczność, czy informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa [15].

44. Przypominam jednak, że zgodnie z art. 21 dyrektywy 2014/24 ochrona nie jest ograniczona do „tajemnic handlowych [przedsiębiorstwa]", lecz obejmuje również między innymi „poufn[e] aspekt[y] ofert". Przepis ten może zatem obejmować informacje, których nie można zakwalifikować ściśle jako tajemnicę przedsiębiorstwa: oba te pojęcia nie są równoważne.

45. W każdym razie dyrektywa 2016/943, której celem jest ochrona „niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem", dotyczy sytuacji odwrotnej do tej, która jest przedmiotem niniejszej sprawy. Ten ostatni przypadek dotyczy właśnie nieujawnienia pewnych informacji poufnych, których przekazania instytucja zamawiająca odmawia wykonawcy, który o nie wystąpił.

46. Zgadzam się zatem z Komisją [16], że art. 9 dyrektywy 2016/943 nie ma zastosowania w niniejszej sprawie, ponieważ przepis ten dotyczy postępowań sądowych dotyczących *bezprawnego* pozyskania, wykorzystywania lub ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa [17].

47. Ponadto dyrektywa 2014/24 stanowi lex specialis regulującą ujawnianie informacji przekazywanych przez wykonawców w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

[14] Zobacz pkt 33 niniejszej opinii.

[15] Punkt 64 i nast. postanowienia odsyłającego.

[16] Punkty 70–75 jej uwag na piśmie.

[17] Wynika to również z motywów 13 i 24 dyrektywy 2016/943.

48. Potwierdza to motyw 18 dyrektywy 2016/943, który odnosi się do ciążących na organach publicznych obowiązków zachowania poufności „informacji przekazanych organom instytucji udzielających zamówień w kontekście procedur udzielania zamówień publicznych, określonych na przykład w dyrektywie 2014/24 […]”.

49. To zatem sama dyrektywa 2016/943 odsyła do systemu dyrektywy 2014/24 w zakresie postępowania z zasadami ochrony informacji poufnych w tej dziedzinie. Gdyby w ramach zgodnego z prawem wykonywania swoich uprawnień instytucja zamawiająca ujawniła tego rodzaju informacje, na podstawie upoważnienia z dyrektywy 2014/24, mielibyśmy do czynienia z jednym z przypadków niestosowania dyrektywy 2016/943 przewidzianych w art. 1 ust. 2 i art. 3 ust. 2 tej dyrektywy.

50. Odpowiedź na pytania sądu odsyłającego dotyczące ochrony poufności powinna zatem opierać się na wykładni dyrektywy 2014/24. Ponieważ dyrektywa 2016/943 dotyczy podobnej dziedziny, może być stosowana jako pomocnicze odniesienie, ale nie jako akt rozstrzygający.

C. W przedmiocie czwartego pytania prejudycjalnego

51. W ramach tego pytania sąd odsyłający zmierza do ustalenia:

– po pierwsze [lit. a)], czy instytucja zamawiająca musi przekazać oferentowi, który wnosi do niej odwołanie kwestionujące ocenę ofert, *wszystkie* informacje zawarte w ofercie złożonej przez wybranego wykonawcę, jeżeli wnoszący odwołanie zwrócił się wcześniej o wspomniane informacje do tej samej instytucji zamawiającej;

– po drugie [lit. b)], czy w przypadku oddalenia wniesionego odwołania instytucja zamawiająca powinna „udzielić jasnej, pełnej i konkretnej odpowiedzi”, nawet ryzykując ujawnienie poufnych informacji dotyczących oferty, które zostały jej przekazane.

52. Sąd odsyłający wyjaśnia, że prawo krajowe ustanawia „obowiązkową procedurę administracyjną rozstrzygania sporów, poprzedzającą wniesienie skargi”, która jest prowadzona przez samą instytucję zamawiającą.

1. Litera a)

53. Jak już wspomniałem, instytucja zamawiająca musi ustalić, które z informacji przekazanych jej przez oferenta, spośród tych, które zastrzegł on jako poufne, są rzeczywiście poufne. To samo uprawnienie przysługuje organowi odpowiedzialnemu na etapie postępowania odwoławczego za kontrolę działania instytucji zamawiającej.

54. Ochrona informacji poufnych i tajemnic przedsiębiorstwa musi być tak stosowana, by dało się ją pogodzić „z wymogami skutecznej ochrony prawnej i poszanowaniem prawa do obrony stron sporu […], tak by zagwarantować, że w całym postępowaniu przestrzegane jest prawo do rzetelnego procesu” [18].

[18] Wyrok Varec, pkt 52.

55. Utrzymanie tej równowagi oznacza przede wszystkim, że wniosek lub wniesienie odwołania do instytucji zamawiającej nie sprawia, że instytucja zamawiająca powinna automatycznie przekazać wnoszącemu odwołanie wszystkie informacje zawarte w ofercie wybranego wykonawcy [19]. Nie sprawia również, że należy odmówić przekazania owych informacji co do zasady [20]. Instytucja zamawiająca musi podjąć decyzję w świetle uzasadnienia wniosku lub, w stosownych przypadkach, odwołania oraz charakteru informacji, których dotyczy wniosek.

56. Pragnę powtórzyć, że uprawnienia instytucji zamawiającej obowiązują zarówno wtedy, gdy działa ona w odpowiedzi na uzasadniony wniosek o ujawnienie informacji poufnych, jak i wtedy, gdy podejmuje decyzję w przedmiocie odwołania (w rozumieniu art. 1 ust. 5 dyrektywy 89/665) [21] od decyzji o zezwoleniu na takie ujawnienie lub na odmowę takiego ujawnienia, bądź na decyzję o udzieleniu zamówienia po dokonaniu oceny ofert.

57. Czwarte pytanie prejudycjalne lit. a) sądu odsyłającego dotyczy roli instytucji zamawiającej w „procedurze odwoławczej". Podejmując decyzję w ramach tej procedury, instytucja zamawiająca powinna zapewnić równowagę między ochroną poufności a prawem do skutecznego środka odwoławczego w rozumieniu dyrektywy 89/665.

58. W związku z tym instytucja zamawiająca powinna ocenić interes i powody, jakie kierują osobą wnioskującą o udostępnienie poufnych informacji (przekazanych przez innego oferenta w przetargu), biorąc pod uwagę konieczność zachowania poufności tych informacji. W razie potrzeby może ona zwrócić się do danego wykonawcy o wyjaśnienie, dlaczego zastrzeżenie niektórych informacji jako poufne powinno zostać utrzymane w całości lub w części.

59. Odpowiedź instytucji zamawiającej na to *odwołanie*, również wówczas, gdy kwestionuje ono „zgodność z prawem oceny tej oferty", powinna zawierać uzasadnienie jej decyzji. Powtarzam, że odpowiedź ta niekoniecznie musi polegać na przekazaniu wnoszącemu odwołanie „wszystkich" informacji zawartych w ofercie innego oferenta. Przeciwnie, będzie ona zależeć od tego, czy instytucja zamawiająca uzna w całości lub w części, że zachowanie poufności udostępnionych jej informacji jest uzasadnione.

2. Litera b)

60. Sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy oddalając odwołanie oferenta kwestionującego wynik oceny, instytucja zamawiająca powinna udzielić „jasnej, pełnej i konkretnej odpowiedzi, niezależnie od ryzyka ujawnienia poufnych informacji dotyczących oferty, które zostały jej przekazane".

61. Odpowiedź na te wątpliwości można wywnioskować z odpowiedzi udzielonej na lit. a) tego samego pytania prejudycjalnego.

[19] Ibidem, pkt 40: „zwykłe odwołanie dawałoby wgląd w informacje, które mogłyby zostać wykorzystane do zakłócania konkurencji lub szkodzenia prawowitym interesom podmiotów gospodarczych, które brały udział w danym przetargu. Możliwość taka mogłaby nawet skłaniać podmioty gospodarcze do wnoszenia odwołań wyłącznie w celu uzyskania dostępu do tajemnic handlowych [przedsiębiorstwa] konkurencji".

[20] Zgodnie z postanowieniem odsyłającym, na Litwie typowa praktyka „w dziedzinie zamówień publicznych, którą sąd kasacyjny systematycznie próbuje ograniczać", polega na odmowie udzielenia wnioskującym dostępu do informacji przekazanych przez oferentów.

[21] Artykuł 1 ust. 5 dyrektywy 89/665 zezwala, aby w prawie krajowym państwa ustanowiono taki środek *odwoławczy*, który jest w rzeczywistości procedurą ponownej oceny prowadzoną przez samą instytucję zamawiającą. Zgodnie z postanowieniem odsyłającym na Litwie procedura ta ma charakter administracyjny.

62. Uzasadniając decyzję oddalającą wniesione do niej odwołanie, instytucja zamawiająca musi przestrzegać praw zarówno wnoszącego odwołanie, jak i drugiej strony (wybranego wykonawcy, o którym informacje zamierza uzyskać jego konkurent). Musi ona przedstawić powody swojego działania, ułatwiając w ten sposób późniejszą kontrolę jej decyzji.

63. Jakkolwiek decyzja instytucji zamawiającej musi być rzeczywiście „jasna i konkretna", nie oznacza to, że musi ona koniecznie i automatycznie zawierać *wszystkie* poufne informacje przekazane w ofercie. Będzie to miało miejsce jedynie w przypadku, gdy po wyważeniu interesów [22], jakiego ma dokonać instytucja zamawiająca, zdecyduje ona, że jeden z nich przeważa nad drugim.

D. W przedmiocie pytań prejudycjalnych piątego, szóstego i siódmego

64. Spośród tych trzech pytań prejudycjalnych, które należy rozpatrzyć łącznie, piąte dotyczy ewentualnego „zaskarżenia w odrębnym postępowaniu" decyzji instytucji zamawiającej o odmowie udzielenia dostępu do informacji poufnych. Wydaje się, że pytania szóste i siódme są oparte na tym samym założeniu.

65. Właściwie z postanowienia odsyłającego [23] nie wynika jasno, że spółka Ecoservice wniosła ten *odrębny* (lub samodzielny) środek zaskarżenia, gdy instytucja zamawiająca postanowiła przekazać jej jedynie jawne informacje zawarte w ofercie grupy [24].

66. Z przedstawionego w tym postanowieniu opisu okoliczności faktycznych wynika, że działanie spółki Ecoservice polegało na wystąpieniu zarówno do instytucji zamawiającej, jak i później do sądu pierwszej instancji (w tym przypadku łącznie ze skargą) o nakazanie ujawnienia w całości informacji przekazanych przez grupę. Wątpliwe jest zatem, czy taki wniosek można uznać za *samodzielny* środek odwoławczy w rozumieniu wskazanym powyżej.

67. Okoliczność ta nie musi jednak oznaczać niedopuszczalności pytań piątego, szóstego i siódmego, którym przysługuje domniemanie znaczenia dla sprawy, jakie Trybunał przyznaje wnioskom o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

68. Dopuszczalność tych pytań może zostać utrzymana, jeżeli sąd odsyłający dokona wykładni, zgodnie z którą spółka Ecoservice zaskarżyła lub mogła lub powinna była zaskarżyć do instytucji zamawiającej i do sądu pierwszej instancji odrębnie decyzję o odmowie udzielenia jej informacji.

69. Biorąc pod uwagę powyższe założenie:

– piąte pytanie dotyczy tego, czy możliwe jest odrębne zaskarżenie do sądu decyzji instytucji zamawiającej o odmowie ujawnienia informacji poufnych;

– pytanie szóste, zakładając powyższą możliwość, dotyczy „obowiązku" wniesienia przez wykonawcę „odwołania do instytucji zamawiającej" od decyzji tej instytucji zamawiającej, oddalającej jego wniosek o udzielenie dostępu do informacji poufnych;

[22] Równowagi między ochroną poufności informacji a ochroną sądową dotyczy również art. 9 dyrektywy 2016/943.

[23] W pkt 64–76 tego postanowienia sąd odsyłający wyjaśnia powody, dla których zadał pytania od czwartego do dziewiątego. Faktycznie powody te nie zawsze odpowiadają dokładnie brzmieniu odpowiednich pytań.

[24] Podkreśla to Klaipėdos autobusų parkas w swoich uwagach na piśmie, pkt 81 i 82.

– wreszcie, w przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na poprzednie pytania, w pytaniu siódmym wyrażono wątpliwości co do tego, czy wykonawca może „wnieść do sądu skargę dotyczącą wyłącznie odmowy udzielenia mu [żądanych] informacji".

70. Odpowiedź na te pytania powinna opierać się na przepisie ogólnym zawartym w art. 1 ust. 1 akapit ostatni dyrektywy 89/665. Kontrola, której przepis ów dotyczy, obejmuje wszystkie decyzje instytucji zamawiającej stanowiące zastosowanie prawa Unii w tej dziedzinie [25].

71. Takie decyzje instytucji zamawiającej, które mogą być przedmiotem kontroli, obejmują, logicznie rzecz biorąc, decyzje o udzieleniu zamówienia poprzez wybór jednej z ofert, lecz również inne decyzje o odmiennym charakterze (na przykład decyzje o przyjęciu lub odmowie przyjęcia środków tymczasowych), mające wpływ na sytuację prawną osób, których one dotyczą [26].

72. Jedną z decyzji, w których instytucja zamawiająca stosuje prawo Unii (a mianowicie art. 21 dyrektywy 2014/24), co powoduje, że mogą one ewentualnie być przedmiotem zaskarżenia, jest uznanie niektórych informacji za poufne i odmowa ich ujawnienia lub zezwolenie na ich ujawnienie w całości lub w części.

73. Dyrektywa 89/665 „formalnie nie określa chwili, od której przysługuje środek odwoławczy, o którym mowa w art. 1 ust. 1 tej dyrektywy" [27]. Trybunał opowiada się za tym, aby zapewnić możliwość skutecznego, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania się od decyzji instytucji zamawiających.

74. Prawodawca Unii powierzył państwom członkowskim zadanie ustanowienia „szczegółowych przepisów" dotyczących procedur odwoławczych od decyzji instytucji zamawiających (art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665) [28].

75. Do państw członkowskich należy również, w granicach wyznaczonych przez art. 2 dyrektywy 89/665, decyzja co do powierzenia zadania rozpatrywania tych środków odwoławczych sądom w ścisłym tego słowa znaczeniu lub organom innego rodzaju [29]. Z postanowienia odsyłającego wynika jednak, że na Litwie środki odwoławcze od decyzji instytucji zamawiającej, w tym decyzji, które wydaje ona w ramach administracyjnej procedury rozstrzygania sporów poprzedzającej wniesienie skargi, są rozpatrywane przez sądy.

76. Państwa członkowskie mogą zatem co do zasady uregulować środki odwoławcze od decyzji instytucji zamawiającej, przewidując, że mogę one być wnoszone zarówno w sposób łączny, jak i odrębny (od głównego środka zaskarżenia). Dyrektywa 89/665 nie narzuca ani nie wyklucza żadnego z tych dwóch mechanizmów.

[25] Wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r., Marina del Mediterráneo i in. (C-391/15, EU:C:2017:268, pkt 26): „brzmienie art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 wymaga, z racji użycia zwrotu »w odniesieniu do zamówień«, by każda decyzja instytucji zamawiającej podlegająca normom wywodzącym się z prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, która może je naruszać, podlegała kontroli sądowej, o której mowa w art. 2 ust. 1 lit. a) i b) tejże dyrektywy".

[26] Ibidem, pkt 27. Trybunał przyjmuje zatem „szerokie rozumienie pojęcia »decyzji« instytucji zamawiającej[,] [które] znajduje potwierdzenie w fakcie, że przepis art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 nie przewiduje żadnych ograniczeń co do charakteru i treści decyzji, których dotyczy".

[27] Ibidem, pkt 31.

[28] Ibidem, pkt 32: „W braku uregulowań Unii określających chwilę, od której powinien przysługiwać środek odwoławczy, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem to prawo krajowe powinno uregulować zasady postępowania sądowego mającego zapewnić ochronę praw przysługujących jednostkom na podstawie prawa Unii", z zastrzeżeniem ograniczeń nieodłącznie związanych z zasadami skuteczności i równoważności.

[29] Artykuł 2 ust. 9 przewiduje możliwość, by organy odwoławcze nie miały charakteru sądowego, oraz możliwość utworzenia „niezależnych organów" składających się z członków posiadających pod pewnymi względami status podobny do statusu sędziów.

77. Jeżeli państwa członkowskie, korzystając ze swej autonomii proceduralnej, zdecydują się na środek zaskarżenia o charakterze łączonym, będą musiały ustanowić go, nie naruszając celów dyrektywy 89/665 w zakresie niezbędnej skuteczności i szybkości. Ponadto muszą one wziąć pod uwagę, że:

– dyrektywa „nie upoważnia państw członkowskich do uzależnienia skorzystania z tego prawa od formalnego osiągnięcia przez dane postępowanie w sprawie udzielania zamówienia publicznego określonego etapu” [30];

– w zależności od swoich cech przepisy krajowe, które „wymagają w każdym wypadku, by oferent zaczekał na decyzję o udzieleniu spornego zamówienia, zanim będzie mógł wnieść środek odwoławczy na dopuszczenie innego oferenta, naruszają przepisy dyrektywy 89/665” [31].

78. Cele szybkości i skuteczności mogą łatwiej zostać osiągnięte poprzez mechanizmy „zaskarżenia w odrębnym postępowaniu”, o których wspomina sąd odsyłający. Taki środek odwoławczy, poza tym, że jest zgodny z wymogiem szybkości, może spełniać wymóg skuteczności, gdyż umożliwia wniesienie (głównego) środka zaskarżenia decyzji merytorycznej (to znaczy decyzji o udzieleniu zamówienia) po uzyskaniu informacji niezbędnych do skutecznej obrony prawa zainteresowanej osoby [32].

79. Można by zarzucić, że samodzielne środki odwoławcze niosą ze sobą ryzyko opóźnienia zakończenia procedury wyboru wykonawcy. Zdaniem Trybunału taki zarzut jest równoważony „[…] uzasadnieni[em] rozsądnych terminów przedawnienia dotyczących skarg na decyzje podlegające zaskarżeniu, a nie wykluczenia autonomicznej skargi” [33].

80. Skoro zatem samodzielny środek odwoławczy jest co do zasady zgodny z dyrektywą 89/665, nic nie stoi na przeszkodzie temu, aby przepis krajowy go dopuszczał.

81. Gdyby natomiast prawo krajowe wymagało, aby decyzja w przedmiocie poufności była zaskarżana łącznie z decyzją o udzieleniu zamówienia, sąd musiałby ocenić, czy wymóg ten chroni w takim samym stopniu skuteczność (effet utile) dyrektywy 89/665 pod względem szybkości i skuteczności takiego mechanizmu zaskarżenia.

82. Autonomia proceduralna państw członkowskich rozciąga się również na nieobowiązkowe ustanowienie uprzedniego środka odwołania do instytucji zamawiającej. Artykuł 1 ust. 5 dyrektywy 89/665 nie stoi na przeszkodzie temu, aby przepis krajowy wymagał, „aby zainteresowany podmiot w pierwszej kolejności wniósł odwołanie do instytucji zamawiającej”.

83. Artykuł 2 dyrektywy 89/665 określa wymogi dotyczące procedur odwoławczych, o których mowa w art. 1, zarówno w odniesieniu do postępowania, które jest prowadzone najpierw przed instytucją zamawiającą, jak i w odniesieniu do postępowania, które jest następnie prowadzone przed organem dokonującym kontroli (w tym przypadku przed sądem).

30 Wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r., Marina del Mediterráneo i in. (C-391/15, EU:C:2017:268, pkt 31).

31 Ibidem, pkt 34.

32 Spółka Ecoservice złożyła wniosek o udostępnienie informacji w dniu 4 grudnia 2018 r. w celu przygotowania odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia.

33 Wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r., Marina del Mediterráneo i in. (C-391/15, EU:C:2017:268, pkt 35).

84. W świetle powyższych uwag jestem zdania, że dyrektywa 89/665 nie stoi na przeszkodzie:

– odrębnemu zaskarżeniu przed sądem decyzji instytucji zamawiającej o odmowie ujawnienia poufnych informacji zawartych w ofercie uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

– temu, by przepis krajowy nakładał na zainteresowaną osobę obowiązek wniesienia w pierwszej kolejności do instytucji zamawiającej odwołania od decyzji tej instytucji oddalającej wniosek zainteresowanej osoby o udzielenie dostępu do informacji poufnych;

– temu, by zainteresowana osoba wniosła skargę do sądu jedynie w związku z odmową udzielenia jej żądanych informacji.

E. W przedmiocie pytań prejudycjalnych ósmego i dziewiątego

85. Pytania te dotyczą wykładni art. 9 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy 2016/943. Uważam jednak, jak wskazałem powyżej, że dyrektywa 2016/943 nie ma bezpośredniego zastosowania w niniejszej sprawie.

86. Natomiast dyrektywa 89/665 pozwala udzielić sądowi odsyłającemu użytecznej odpowiedzi.

87. Oba pytania dotyczą sposobu postępowania sądu, który rozstrzyga spór, w odniesieniu do: a) uwzględnienia wcześniejszego działania instytucji zamawiającej (pytanie ósme); oraz b) oceny z urzędu informacji, których ujawnienie jest przedmiotem sporu (pytanie dziewiąte) [34].

88. Instytucja zamawiająca musi zdecydować, czy należy ujawnić informacje poufne przekazane przez oferenta w jego ofercie. Decyzja ta (lub późniejsza decyzja, w drodze której instytucja zamawiająca sama utrzymuje w mocy poprzednią decyzję poprzez rozstrzygnięcie odwołania przewidzianego w prawie krajowym) podlega kontroli zgodnie z art. 2 dyrektywy 89/665.

89. Jeżeli, tak jak w niniejszej sprawie, kontrola jest dokonywana przez sąd, sąd ten musi być w stanie ocenić w całości decyzje instytucji zamawiającej. Może on zatem stwierdzić ich nieważność w całości lub w części, jeżeli uzna, że są one niezgodne z prawem.

90. W przypadku gdy jedną z tych decyzji instytucji zamawiającej, w przedmiocie których sąd musi dokonać kontroli sądowej, jest odmowa ujawnienia określonych informacji zawartych w ofercie, sąd przeprowadzający kontrolę może uznać taką odmowę za uzasadnioną lub nieuzasadnioną.

91. Przed wydaniem rozstrzygnięcia, niezależnie od jego wyniku, sąd ten powinien wziąć pod uwagę „działania podjęte przez instytucję zamawiającą w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia lub procedury odwoławczej", używając sformułowania zawartego w postanowieniu odsyłającym.

[34] Sąd odsyłający przyznaje, że jako „sąd kasacyjny powinien […] orzekać jedynie w kwestiach podniesionych przez stronę przeciwną w skardze kasacyjnej, a mianowicie w przedmiocie tego, czy oferent B spełnia kryterium dotyczące zdolności technicznej". Jednakże sąd ten „rozważa wykroczenie z własnej inicjatywy poza zakres skargi kasacyjnej i wydanie rozstrzygnięcia co do innych aspektów sporu między stronami, […] powołując się nie tylko na ochronę interesu publicznego, ale również mając na względzie konkretną sytuację zaistniałą w niniejszej sprawie, w której stronie skarżącej na etapie poprzedzającym wniesienie skargi i w toku postępowania zasadniczo odmówiono wszystkich informacji, których udostępnienia się domagała" (pkt 36 i 37 postanowienia odsyłającego).

92. Logicznie rzecz ujmując, nie oznacza to, że sąd dokonujący kontroli jest związany działaniem instytucji zamawiającej, którego zgodność z prawem kontroluje. Pozbawienie sądu uprawnienia do dokonania kontroli i, w razie potrzeby, stwierdzenia nieważności decyzji instytucji zamawiającej oznaczałoby, że akty instytucji zamawiającej o charakterze wyłącznie administracyjnym korzystałyby z powagi rzeczy osądzonej, z naruszeniem prawa do ochrony sądowej i systemu gwarancji wynikających z dyrektywy 89/665.

93. Odmowa udzielenia żądanych informacji na tej podstawie, że nie mogą one zostać ujawnione, nie stoi jednak na przeszkodzie temu, by sąd dokonujący kontroli zbadał „znaczenie danych, co do których wnosi się o uchylenie poufności".

94. Badanie to pozwoli sądowi na uzyskanie dostępu do pełnej dokumentacji, w tym do informacji poufnych. Trybunał stwierdził już w tym względzie, że „organ powołany do rozpoznania takiego odwołania powinien dysponować wszelkimi informacjami wymaganymi do tego, by z pełną znajomością rzeczy orzekać w przedmiocie zasadności takiego odwołania, w tym informacjami poufnymi i tajemnicami handlowymi [przedsiębiorstwa]" [35].

95. Okoliczność, czy przeprowadzenie takiego badania jest możliwe z urzędu, czy też tylko na wniosek jednej ze stron, ponownie będzie zależeć od uprawnień przyznanych w prawie krajowym każdemu z właściwych organów w ramach procedur kontroli sądowej.

F. Wnioski

96. W świetle powyższych uwag proponuję, aby Trybunał odpowiedział na pytania prejudycjalne od czwartego do dziewiątego zadane przez Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (sąd najwyższy Litwy) w następujący sposób:

1) Artykuły 21, 50 i 55 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, niekoniecznie wymagają, aby instytucja zamawiająca przedstawiła uczestnikowi postępowania o udzielenie zamówienia, który wnosi do niej odwołanie kwestionujące ocenę ofert, *wszystkie* informacje zawarte w ofercie złożonej przez wybranego wykonawcę.

   Przy rozstrzyganiu odwołania od decyzji w sprawie oceny ofert instytucja zamawiająca musi uzasadnić swoją odpowiedź poprzez przedstawienie podstaw swej decyzji, aby umożliwić skuteczne jej zaskarżenie do organu dokonującego kontroli. Obowiązek uzasadnienia nie oznacza sam w sobie ujawnienia informacji poufnych, które zostały przekazane instytucji zamawiającej, jeśli uzna ona, że takie ujawnienie jest nieuzasadnione.

2) Artykuły 1 i 2 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane należy interpretować w ten sposób, że nie zakazują one:

   – odrębnego zaskarżenia do sądu decyzji instytucji zamawiającej o odmowie ujawnienia poufnych informacji zawartych w ofercie uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

[35] Wyrok Varec, pkt 53.

– by prawo krajowe nakładało na zainteresowaną osobę obowiązek wniesienia w pierwszej kolejności do instytucji zamawiającej odwołania od decyzji tej instytucji, oddalającej wniosek zainteresowanej osoby o udzielenie dostępu do informacji poufnych;

– by zainteresowana osoba wniosła skargę do sądu jedynie w związku z odmową udzielenia jej żądanych informacji.

3) Artykuły 1 i 2 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że organ właściwy do dokonania kontroli decyzji instytucji zamawiającej:

– powinien być uprawniony do stwierdzenia nieważności decyzji wydanych przez instytucję zamawiającą w odniesieniu do ujawnienia udostępnionych jej poufnych informacji oraz do nakazania w razie potrzeby przekazania tych informacji skarżącemu;

– może, jeżeli zezwala na to prawo krajowe, dokonać z urzędu oceny zgodności z prawem działań instytucji zamawiającej, z uwzględnieniem udostępnionych mu informacji poufnych.