



Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (pierwsza izba)

z dnia 7 kwietnia 2016 r. *

Odesłanie prejudycjalne — Zamówienia publiczne — Dyrektywa 2004/18/WE —
Kwalifikacje techniczne i/lub zawodowe wykonawców — Artykuł 48 ust. 3 — Możliwość polegania na
zdolności innych podmiotów — Warunki i zasady — Charakter powiązań między oferentem a innymi
podmiotami — Zmiana oferty — Unieważnienie i powtórzenie aukcji elektronicznej —
Dyrektywa 2014/24/UE

W sprawie C-324/14

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie
prejudycjalnym, złożony przez Krajową Izbę Odwoławczą (Polska) postanowieniem z dnia 18 czerwca
2014 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 7 lipca 2014 r., w postępowaniu:

Partner Apelski Dariusz

przeciwko

Zarządowi Oczyszczania Miasta,

przy udziale:

Remondis sp. z o.o.,

MR Road Service sp. z o.o.,

TRYBUNAŁ (pierwsza izba),

w składzie: A. Tizzano (sprawozdawca), wiceprezes Trybunału, pełniący obowiązki prezesa pierwszej
izby, F. Biltgen, E. Levits, M. Berger i S. Rodin, sędziowie,

rzecznik generalny: N. Jääskinen,

sekretarz: K. Malacek, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 7 maja 2015 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

— w imieniu Partner Apelski Dariusz przez T. Krześniaka, adwokata,

— w imieniu Zarządu Oczyszczania Miasta przez K. Wąsika, radcę prawnego,

* Język postępowania: polski.

- w imieniu Remondis sp. z o.o. oraz MR Road Service sp. z o.o. przez K. Kamińskiego oraz K. Dajczera, radców prawnych,
- w imieniu rządu polskiego przez B. Majczyńską, a także M. Szwarca oraz D. Lutostańską, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu hiszpańskiego przez J. Garcíę-Valdecasas Dorrego, działającą w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu łotewskiego przez I. Kalniņa oraz I. Nesterovā, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez K. Herrmann oraz A. Tokára, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 8 września 2015 r.,

wydaje niniejszy

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 2, 44 i art. 48 ust. 3 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 spółką Partner Apelski Dariusz (zwaną dalej „Partnerem”) a Zarządem Oczyszczania Miasta miasta Warszawa (zwanym dalej „ZOM-em”) dotyczącego wykluczenia PARTNER-a z postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego na kompleksowe mechaniczne oczyszczanie jezdni ulic Warszawy (Polska) w latach 2014–2017.

Ramy prawne

Prawo Unii

Dyrektywa 2004/18

- 3 Motyw 46 dyrektywy 2004/18 brzmi następująco:

„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 [trybu], które będą stosowane w celu wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty [...]”.

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

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

- 5 Artykuł 44 omawianej dyrektywy, zatytułowany „Weryfikacja predyspozycji i kwalifikacja uczestników oraz udzielanie zamówień”, przewiduje:

„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 [muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego].

Wspomniane minimalne wymogi określa się w ogłoszeniu o zamówieniu.

[...]”.

- 6 Artykuł 47 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Sytuacja ekonomiczna i finansowa”, w ust. 2 stanowi:

„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 udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami, np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów”.

- 7 Zgodnie z art. 48 tej dyrektywy, zatytułowanym „Kwalifikacje techniczne i/lub zawodowe”:

„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 przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji dowieść 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.

[...]”.

- 8 Artykuł 51 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Dokumenty i informacje dodatkowe”, przewiduje:

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

- 9 Artykuł 54 tejże dyrektywy, zatytułowany „Zastosowanie aukcji elektronicznych”, ma następujące brzmienie:

„1. Państwa członkowskie mogą przewidzieć możliwość stosowania aukcji elektronicznych przez instytucje zamawiające.

[...]

4. Przed przystąpieniem do aukcji elektronicznej instytucje zamawiające dokonują pełnej wstępnej oceny ofert, zgodnie z ustalonym kryterium/ustalonymi kryteriami udzielenia zamówienia oraz przypisaną im wagą.

Wszyscy oferenci, którzy przedstawią dopuszczalne oferty, zostaną jednocześnie zaproszeni drogą elektroniczną do przedstawienia nowych cen lub nowych wartości [...].

[...]

8. Po zamknięciu aukcji elektronicznej instytucje zamawiające udzielają zamówienia zgodnie z art. 53 na podstawie wyników aukcji elektronicznej.

Instytucje zamawiające nie mogą korzystać z aukcji elektronicznych w niewłaściwy sposób ani też w sposób uniemożliwiający, ograniczający lub zakłócający konkurencję, ani też w celu zmiany przedmiotu zamówienia, określonego w opublikowanym ogłoszeniu o zamówieniu oraz zdefiniowanego w specyfikacji”.

Dyrektywa 2014/24

- 10 Motyw 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65) ma następującą treść:

„[...] należy zmienić i zmodernizować przepisy dotyczące zamówień publicznych przyjęte na podstawie [...] dyrektywy [...] 2004/18/WE [...], aby zwiększyć efektywność wydatków publicznych, ułatwiając w szczególności udział małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w zamówieniach publicznych [...]. Istnieje również konieczność doprecyzowania podstawowych pojęć i koncepcji w celu zapewnienia pewności prawa oraz uwzględnienia niektórych aspektów powiązanego i utrwalonego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

- 11 Artykuł 63 dyrektywy 2014/24, zatytułowany „Poleganie na zdolności innych podmiotów”, otrzymał następujące brzmienie:

„1. W odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 3, oraz kryteriów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 4, wykonawca może, w stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. W odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych, określonych w załączniku XII część II lit. f), lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą jednak polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie

zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. W przypadku gdy wykonawca chce polegać na zdolności innych podmiotów, musi udowodnić instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, przedstawiając na przykład w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów.

[...]

2. W przypadku zamówień na roboty budowlane, zamówień na usługi oraz prac związanych z rozmieszczeniem lub instalacją w ramach zamówienia na dostawy, instytucje zamawiające mogą wymagać, aby określone kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta [...]”.

- 12 Zgodnie z art. 90 ust. 1 tej dyrektywy:

„Państwa członkowskie wprowadzają w życie przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do wykonania niniejszej dyrektywy do dnia 18 kwietnia 2016 r. [...]”.

Prawo polskie

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

- 14 Artykuł 26 ust. 2b ustawy PZP ma następujące brzmienie:

„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”.

- 15 Artykuł 83 ust. 2 i 3 ustawy PZP przewiduje:

„2. Zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny.

3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2, wykonawca może złożyć oferty częściowe na jedną lub więcej części zamówienia, chyba że zamawiający określi maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca”.

- 16 Artykuł 91b ust. 1 ustawy PZP stanowi:

„Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu”.

- 17 Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP:

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

- 18 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

- 19 Z postanowienia odsyłającego wynika, że w grudniu 2013 r. ZOM wszczął postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego na kompleksowe mechaniczne oczyszczanie jezdni ulic miasta stołecznego Warszawa w sezonie zimowym i letnim w latach 2014–2017. Oczyszczanie zimowe, będące przedmiotem tego zamówienia polega na zapobieganiu i likwidowaniu śliskości zimowej poprzez posypywanie i płuzenie jezdni ulic różnej kategorii dróg miejskich, a oczyszczanie letnie obejmuje zmiatanie i zmywanie jezdni ulic.
- 20 ZOM podjął decyzję o prowadzeniu przetargu obejmującego przeprowadzenie aukcji elektronicznej. Rzeczone zamówienie zostało podzielone na osiem części obejmujących poszczególne dzielnice Warszawy, a oferenci mogli złożyć jedną ofertę dotyczącą całego zamówienia lub ofertę częściową.
- 21 Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wykonawcy w celu wykazania ich kwalifikacji technicznych musieli przedstawić wykaz usług polegających na zimowym utrzymaniu jezdni dróg technologią zwilżoną wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu złożenia oferty. Całkowita minimalna wartość tych usług powinna wynosić 1 000 000 PLN (złotych polskich) (około 224 442 EUR) w odniesieniu do każdej z ośmiu części zamówienia. W rezultacie w celu złożenia oferty na całe zamówienie, oferent musiał wykazać usługi o wartości co najmniej 8 000 000 PLN (około 1 795 537 EUR).
- 22 Po opublikowaniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ogłoszenia o zamówieniu Partner zgłosił swoją kandydaturę, podnosząc, że w ostatnich trzech latach wykonał czternaście usług, z których dwanaście wskazywało na jego własne doświadczenie, a dwie na doświadczenie PUM sp. z o.o. (zwanej dalej „PUM-em”), z siedzibą w Grudziądzu (Polska), mieście położonym około 230 km od Warszawy.
- 23 Partner dołączył ponadto do oferty zobowiązanie PUM-u, zgodnie z którym ta ostatnia spółka udostępni Partnerowi swe zasoby, w szczególności w formie usług doradczych obejmujących między innymi przeszkolenie jego pracowników oraz udzielanie mu pomocy w rozwiązywaniu problemów, jakie mogą pojawiać się na etapie realizacji zamówienia. Partner wskazał również, że do celów wykonania zamówienia współpraca ta zostanie uregulowana w umowie między przedsiębiorcami.

- 24 W dniu 26 lutego 2014 r. ZOM zwrócił się do Partnera o wyjaśnienia w zakresie szczegółowego charakteru działań PUM-u oraz wpływu, jaki mogą one mieć na jakość i sprawność usługi wykonywanej na terenie Warszawy, zważywszy w szczególności na odległość dzielącą Grudziądz od Warszawy.
- 25 ZOM uznawszy, że odpowiedź Partnera jest niewystarczająca, gdyż wiedza i doświadczenie PUM-u nie mogą zostać udostępnione z uwagi na brak osobistego i realnego uczestnictwa tej spółki w realizacji zamówienia, wezwał go w piśmie z dnia 11 marca 2014 r. do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie.
- 26 W odpowiedzi z dnia 18 marca 2014 r., kwestionując jednocześnie stanowisko ZOM-u, Partner zwrócił się o uwzględnienie jego oferty w celu udzielenia każdej z ośmiu części zamówienia zgodnie z określoną kolejnością.
- 27 ZOM odrzucił jednak ofertę Partnera w całości i zakończył postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, przeprowadzwszy uprzednio aukcję elektroniczną.
- 28 Partner wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, w którym żądał unieważnienia decyzji wykluczającej go z postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego oraz decyzji w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty w odniesieniu do poszczególnych części tego zamówienia. Wniósł on również o dokonanie ponownej oceny złożonych w tym postępowaniu ofert i dopuszczenie go do nowej aukcji elektronicznej.
- 29 W tych okolicznościach Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „1) Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] można interpretować w ten sposób, że za »stosowne sytuacje«, w których wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, należy uznać każdą sytuację, w której dany wykonawca nie posiada wymaganych przez instytucję zamawiającą kwalifikacji i zechce się na taką zdolność innych podmiotów powołać? Czy też wskazanie, że wykonawca może polegać na zasobach innych podmiotów jedynie w »stosownych sytuacjach« należy uznać za ograniczenie wskazujące, że takie powoływanie się może następować jedynie wyjątkowo, a nie jako reguła przy kwalifikacji wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego?
- 2) Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] można interpretować w ten sposób, że poleganie przez wykonawcę na zdolnościach innych podmiotów w zakresie ich wiedzy i doświadczenia »niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań« oraz »dysponowanie zasobami« tych podmiotów oznacza, że w trakcie realizacji zamówienia wykonawca nie musi mieć z tymi podmiotami żadnych powiązań lub mieć bardzo luźne i nieokreślone powiązania, tj. może wykonywać zamówienie samodzielnie (bez udziału innego podmiotu) albo udział ten może polegać na »doradztwie«, »konsultacjach«, »szkoleniu« itp.? Czy też art. 48 ust. 3 należy interpretować w ten sposób, że podmiot, na którego zdolności powołuje się wykonawca, musi rzeczywiście i osobiście wykonać zamówienie w zakresie, w jakim jego zdolności były deklarowane?
- 3) Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] można interpretować w ten sposób, że wykonawca, który ma własne doświadczenie, ale w zakresie mniejszym, niż chciałby wykazać zamawiającemu (np. niewystarczającym dla złożenia oferty na wszystkie części zamówienia), może powoływać się dodatkowo na zdolności innych podmiotów w celu poprawienia swojej sytuacji w postępowaniu?

- 4) Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] można interpretować w ten sposób, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia może (lub nawet powinien) wskazać zasady, na jakich wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, np. w jaki sposób inny podmiot powinien uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w jaki sposób można łączyć potencjały wykonawcy i innego podmiotu, czy inny podmiot będzie ponosił odpowiedzialność solidarną z wykonawcą za prawidłową realizację zamówienia w zakresie, w jakim wykonawca powołał się na jego zdolności?
- 5) Czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców zezwala na takie powoływanie się na zdolności innego podmiotu, o których mowa w art. 48 ust. 3 tej dyrektywy, w ramach którego nastąpi sumowanie zdolności dwóch lub więcej podmiotów, które nie posiadają zdolności w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganych przez instytucję zamawiającą?
- 6) A tym samym, czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców zezwala na taką interpretację art. 44 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 [...], zgodnie z którą spełnienie warunków udziału w postępowaniu postawionych przez instytucję zamawiającą może być jedynie formalne dla celów udziału w postępowaniu i niezależne od rzeczywistych kwalifikacji wykonawcy?
- 7) Czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców zezwala na to, by, w przypadku gdy dopuszczalne jest złożenie oferty co do części zamówienia, wykonawca po złożeniu ofert, np. w ramach uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów, zadeklarował, do której części zamówienia należy zakwalifikować wskazane przez niego zasoby mające służyć wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu?
- 8) Czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości zezwala na unieważnienie przeprowadzonej aukcji i powtórzenie aukcji elektronicznej, w przypadku gdy została ona przeprowadzona w istotny sposób nieprawidłowo, np. nie zostali zaproszeni do niej wszyscy wykonawcy, którzy złożyli dopuszczalne oferty?
- 9) Czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości zezwala na udzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta została wybrana w wyniku takiej aukcji bez jej powtarzania, w przypadku gdy nie można stwierdzić, czy udział pominiętego wykonawcy zmieniłby jej wynik?
- 10) Czy przy interpretacji przepisów dyrektywy 2004/18 [...] dozwolone jest posługiwanie się treścią przepisów i preambuły dyrektywy [...] 2014/24 [...], pomimo że nie upłynął czas na jej implementację, jako przesłanką interpretacyjną w zakresie, w jakim wyjaśnia ona pewne założenia i intencje ustawodawcy Unii, a nie jest sprzeczna z przepisami dyrektywy 2004/18 [...]?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytań od pierwszego do trzeciego, piątego i szóstego

- ³⁰ W swych pytaniach od pierwszego do trzeciego, piątym i szóstym, które należy rozważyć łącznie, sąd odsyłający zwraca się w istocie o określenie przesłanek, które muszą być spełnione, aby wykonawca mógł polegać na zdolnościach innych podmiotów w rozumieniu art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 oraz wyjaśnienie zasad udostępnienia niezbędnych zasobów przez takie podmioty, a zatem ich ewentualnego udziału w wykonaniu danego zamówienia.

- 31 Aby odpowiedzieć na te pytania, 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.
- 32 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.
- 33 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 przyznają każdemu podmiotowi gospodarczemu prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z nimi powiązań, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r., *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 29, 33).
- 34 Taka wykładnia jest zgodna z celem polegającym na otwarciu zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję, założonym w dyrektywach z tej dziedziny w interesie nie tylko wykonawców, lecz również instytucji zamawiających. Ponadto wykładnia ta sprzyja także ułatwianiu małym i średnim przedsiębiorstwom dostępu do zamówień publicznych, co zgodnie z jej motywem 32 jest również założeniem dyrektywy 2004/18 (wyrok z dnia 10 października 2013 r., *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 34 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 35 Wynika stąd, że uwzględniając wagę, jaką posiada ono w ramach przepisów Unii z dziedziny zamówień publicznych, prawo ustanowione w art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 tejże dyrektywy stanowi ogólną zasadę, którą instytucje zamawiające muszą wziąć pod uwagę przy wykonywaniu swych kompetencji w zakresie weryfikacji zdolności oferenta do wykonania określonego zamówienia.
- 36 W tym kontekście okoliczność, że zgodnie z art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów „w stosownych sytuacjach”, nie może być interpretowana, jak zdaje się sugerować w szczególności sąd odsyłający, w ten sposób, że taki podmiot może odwołać się do zdolności podmiotów trzecich wyłącznie w wyjątkowych przypadkach.
- 37 Należy wobec tego stwierdzić w pierwszej kolejności, że o ile oferent ma swobodę wyboru w zakresie ustanowienia i charakteru prawnego powiązań, które zamierza ustanowić z podmiotami, na których zdolnościach polega, to jest on jednak zobowiązany przedstawić dowód, że rzeczywiście dysponuje zasobami tych podmiotów, które to zasoby nie stanowią jego własności, a są niezbędne do wykonania zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 2 grudnia 1999 r. *Holst Italia*, C-176/98, EU:C:1999:593, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 38 Zgodnie zatem z art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 oferent nie może polegać na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia wymaganych przez instytucję zamawiającą warunków w czysto formalny sposób.
- 39 W drugiej kolejności, 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 (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r., *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 36).
- 40 Nie można bowiem wykluczyć, że szczególne roboty budowlane 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 jeden podmiot gospodarczy lub stosownie do okoliczności przez

odwołanie się do ograniczonej liczby podmiotów gospodarczych, 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 10 października 2013 r., Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 35).

- 41 Ponadto nie można wykluczyć, że w szczególnych okolicznościach z uwagi na charakter i cele danego zamówienia oferent nie może polegać na zdolnościach podmiotu trzeciego niezbędnych do wykonania danego zamówienia. W rezultacie w takich okolicznościach oferent może powołać się na wskazane zdolności wyłącznie wtedy, gdy podmiot trzeci osobiście i bezpośrednio uczestniczy w wykonaniu danego zamówienia.
- 42 W niniejszym przypadku sąd odsyłający wyraża wątpliwości w kwestii, czy Partner może rzeczywiście polegać na zdolnościach PUM-u, w tym znaczeniu, że zdolności te mogą prowadzić do udostępnienia zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego zgodnie z art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 zważywszy, że takie udostępnienie polegałoby jedynie na prowadzeniu działalności doradczej i szkoleniowej przy całkowitym braku bezpośredniego udziału PUM-u w wykonywaniu tego zamówienia.
- 43 Należy w tym względzie zauważyć, że zamówienie publiczne będące przedmiotem postępowania głównego, opisane w pkt 19 niniejszego wyroku, obejmuje kompleksowe mechaniczne oczyszczanie jezdni ulic Warszawy w sezonie zimowym i letnim w czteroletnim okresie.
- 44 Co się tyczy w szczególności oczyszczania w sezonie zimowym z postanowienia odsyłającego wynika, że świadczenie tej usługi wymaga specjalistycznych umiejętności oraz dogłębnej znajomości topografii Warszawy, a przede wszystkim wymaga zdolności natychmiastowego reagowania w celu zapewnienia w krótkim czasie określonych standardów utrzymania dróg.
- 45 Ponadto usługa ta jest oparta na wykorzystaniu szczególnej technologii, wymagającej odpowiedniego doświadczenia i wysokich umiejętności w zakresie wykorzystywania tej technologii, która jako jedyna pozwala na właściwe wykonanie zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego, przy jednoczesnym uniknięciu niebezpiecznych skutków w zakresie ruchu drogowego.
- 46 W tym kontekście konkretna realizacja takiego zamówienia wymaga udziału doświadczonego personelu, który w szczególności w drodze bezpośrednich obserwacji stanu nawierzchni dróg oraz pomiarów przeprowadzonych na miejscu pozwala na przewidzenie, a w każdym razie odpowiednie zaspokojenie specyficznych potrzeb tego zamówienia.
- 47 Tymczasem, uwzględniając przedmiot zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego oraz jego cele, nie można wykluczyć, że planowany udział PUM-u polegający wyłącznie na prowadzeniu działalności o charakterze doradczym i szkoleniowym nie może być uznany za dostateczny do zapewnienia, że Partnerowi zostaną rzeczywiście udostępnione zasoby niezbędne do wykonania tego zamówienia w rozumieniu orzecznictwa przypomnianego w pkt 33 niniejszego wyroku. Potwierdza to tym bardziej okoliczność, że jak wynika z postanowienia odsyłającego, siedziba PUM-u znajduje się w mieście Grudziądz, w odległości około 230 km od Warszawy.
- 48 W tej sytuacji do sądu odsyłającego należy – z uwzględnieniem wszystkich szczególnych elementów zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego – ustalenie, czy takie udostępnienie może zostać dokonane w sposób odpowiadający wymogom wskazanym w rzeczonym orzecznictwie.

49 Uwzględniając wszystkie powyższe okoliczności, na pytania od pierwszego do trzeciego, piąte i szóste należy odpowiedzieć, że art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 w związku z jej art. 44 ust. 2 należy interpretować w ten sposób, że:

- przyznają one każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z tymi podmiotami powiązań, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania tego zamówienia oraz
- nie można wykluczyć, że korzystanie z tego prawa może być ograniczone w szczególnych okolicznościach z uwagi na przedmiot danego zamówienia, a także jego cele. Jest tak w szczególności w przypadku, gdy kandydat lub oferent nie może polegać na zdolnościach podmiotu trzeciego niezbędnych do wykonania tego zamówienia, co oznacza, że może on powołać się na wskazane zdolności wyłącznie wtedy, gdy podmiot trzeci osobiście i bezpośrednio uczestniczy w wykonaniu odnośnego zamówienia.

W przedmiocie pytania czwartego

- 50 W pytaniu czwartym sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 48 ust. 2 i 3 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca ma możliwość wskazania wyraźnie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowych zasad, zgodnie z którymi wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów.
- 51 Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy przypomnieć, jak zauważono w pkt 33 i 49 niniejszego wyroku, że art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 przyznają każdemu wykonawcy prawo do polegania na zdolnościach innych podmiotów, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania odnośnego zamówienia.
- 52 W tym celu, o ile oferent musi udowodnić, że rzeczywiście dysponuje zasobami tych podmiotów, które to zasoby nie stanowią jego własności, a są niezbędne do wykonania odnośnego zamówienia, to jednak ma on swobodę wyboru, po pierwsze, charakteru prawnego powiązań, które zamierza ustanowić z innymi podmiotami, na których zdolnościach polega w celu wykonania tego zamówienia, i po drugie środka dowodowego na wykazanie istnienia tych powiązań (wyrok z dnia 14 stycznia 2016 r., Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, pkt 28).
- 53 Z tego względu instytucja zamawiająca nie może co do zasady ustanowić wyraźnych wymogów mogących stanowić przeszkodę w wykonywaniu prawa przysługującego każdemu wykonawcy do polegania na zdolnościach innych podmiotów w szczególności poprzez wskazanie z góry szczegółowych zasad, zgodnie z którymi wykonawca może powołać się na zdolności tych innych podmiotów. Jest tak tym bardziej, że w praktyce, jak słusznie zauważyła Komisja Europejska, wydaje się trudne, a wręcz niemożliwe, aby wykonawca mógł przewidzieć a priori wszystkie możliwe przypadki wykorzystania zdolności innych podmiotów.
- 54 Wobec tego, jak zostało stwierdzone w odpowiedzi na pytania od pierwszego do trzeciego, piąte i szóste, a także uwzględniając przedmiot danego zamówienia i jego cele, korzystanie z tego prawa może być ograniczone w szczególnych okolicznościach, takich jak wskazane w pkt 39–41 niniejszego wyroku.

- 55 Tymczasem w takich okolicznościach nie można z góry wykluczyć, że instytucja zamawiająca może do celów prawidłowego wykonania danego zamówienia wskazać wyraźnie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowe zasady umożliwiające wykonawcy poleganie na zdolnościach innych podmiotów.
- 56 Jednakże, jeżeli instytucja zamawiająca postanawia skorzystać z takiej możliwości, musi ona zapewnić, że wprowadzone przez nią zasady są związane z przedmiotem i celami tego zamówienia oraz proporcjonalne względem nich.
- 57 Taki wymóg pozwala ponadto zapewnić poszanowanie zasady przejrzystości w odniesieniu do zasad przyjętych przez instytucję zamawiającą, stwarzając jednocześnie wykonawcom możliwość zaproponowania instytucji zamawiającej alternatywnych zasad polegania na zdolnościach innych podmiotów gwarantujących, że rzeczne zdolności zostaną rzeczywiście udostępnione.
- 58 W rezultacie na pytanie czwarte należy odpowiedzieć, iż art. 48 ust. 2 i 3 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że uwzględniając przedmiot danego zamówienia i jego cele, instytucja zamawiająca może w szczególnych okolicznościach do celów prawidłowego wykonania tego zamówienia wskazać wyraźnie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowe zasady, zgodnie z którymi wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, pod warunkiem że te zasady są związane z przedmiotem i celami tego zamówienia oraz proporcjonalne względem nich.

W przedmiocie pytania siódmego

- 59 W pytaniu siódmym sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one, aby instytucja zamawiająca po otwarciu ofert złożonych w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego uwzględniła wnioski wykonawcy, który złożył ofertę dotyczącą całego zamówienia o wzięcie pod uwagę jego oferty do celów udzielenia wyłącznie niektórych części tego zamówienia.
- 60 Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy przypomnieć, że zgodnie z motywem 46 i art. 2 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające zapewniają równe traktowanie wykonawców w sposób niedyskryminacyjny i przejrzysty.
- 61 W związku z tym, po pierwsze, zasady równego traktowania i niedyskryminacji wymagają, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika zatem wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Po drugie, 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 wtóre, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 6 listopada 2014 r., Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 62 Ponadto, jak orzekł Trybunał, 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 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 63 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 poprawienia oczywistych błędów materialnych (wyrok z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 64 W tym celu instytucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, że żądanie wyjaśnienia oferty nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 36).
- 65 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 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 37).
- 66 W niniejszym przypadku, jak wynika z postanowienia odsyłającego, ZOM, który miał wątpliwości, czy Partner posiada zasoby niezbędne do wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego, zwrócił się do tej spółki po złożeniu przez nią oferty o wykazanie w szczegółach, jaki charakter będzie miał udział PUM-u w wykonaniu tego zamówienia.
- 67 W odpowiedzi na to żądanie wyjaśnień Partner zwrócił się do ZOM-u, w razie gdyby uznał on, że wykazane doświadczenie jest niedostateczne, o zakwalifikowanie zasobów wskazanych przez niego w odniesieniu do każdej z ośmiu części zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego zgodnie z określoną kolejnością, tak aby ewentualne wykluczenie nie dotyczyło całego zamówienia, lecz jedynie poszczególnych części, co do których nie spełniał on wymaganych warunków.
- 68 Tymczasem nie ulega wątpliwości, że taka informacja, w której wykonawca wskazuje instytucji zamawiającej, po otwarciu ofert, kolejność poszczególnych części danego zamówienia, zgodnie z którą powinna być oceniana jego oferta, z pewnością nie jest jedynie niewielkim wyjaśnieniem lub poprawieniem oczywistych błędów materialnych w rozumieniu orzecznictwa przypomnianego w pkt 63 niniejszego wyroku i stanowi de facto istotną zmianę, prowadzącą raczej do przedstawienia nowej oferty.
- 69 Wynika stąd, że instytucja zamawiająca nie może pozwolić wykonawcy na sprecyzowanie w taki sposób jego pierwotnej oferty, pod rygorem naruszenia zasad równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców, a także wynikającego z nich obowiązku przejrzystości, którym podlegają zgodnie z art. 2 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające (zob. podobnie wyrok z dnia 6 listopada 2014 r., Cartiera dell’Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 43).
- 70 Z powyższego wynika, że na pytanie siódme należy odpowiedzieć, iż wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że w okolicznościach takich jak w postępowaniu głównym sprzeciwiają się one, aby instytucja zamawiająca po otwarciu ofert złożonych w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, uwzględniła wniosek wykonawcy, który złożył ofertę dotyczącą całego zamówienia o wzięcie pod uwagę jego oferty wyłącznie do celów udzielenia niektórych części tego zamówienia.

W przedmiocie pytań ósmego i dziewiątego

- 71 Poprzez pytania ósme i dziewiąte, które należy rozważyć łącznie, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że wymagają one unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej, do udziału w której nie został zaproszony wykonawca, który złożył dopuszczalną ofertę, także w przypadku gdy nie można stwierdzić, czy udział pominiętego wykonawcy zmieniłby jej wynik.
- 72 Zgodnie z motywem 14 i art. 1 ust. 7 dyrektywy 2004/18 korzystanie z aukcji elektronicznych umożliwia instytucjom zamawiającym, po przeprowadzeniu wstępnej pełnej oceny ofert, zaproszenie oferentów do przedstawienia nowych, obniżonych cen oraz w przypadku udzielania zamówienia na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie także zaproszenie do ulepszenia innych niż cena elementów ofert.
- 73 W ramach takiej procedury, jak stwierdza wskazany motyw, dyrektywa 2004/18 wymaga wyraźnie, aby aukcje elektroniczne odbywały się w zgodzie z zasadami równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości.
- 74 W tym celu, po pierwsze, art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/18 przewiduje, że każdy oferent, który przedstawi dopuszczalną ofertę, zostaje zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej w celu przedstawienia nowych cen lub nowych wartości.
- 75 Po drugie, art. 54 ust. 8 akapit drugi tej dyrektywy stanowi wyraźnie, że instytucje zamawiające, w przypadku podjęcia przez nie decyzji o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej nie mogą korzystać z takiego trybu postępowania w niewłaściwy sposób ani też w sposób uniemożliwiający, ograniczający lub zakłócający konkurencję, ani też w celu zmiany przedmiotu zamówienia, określonego w opublikowanym ogłoszeniu o zamówieniu oraz zdefiniowanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
- 76 Wynika stąd, że jeżeli oferent przedstawia dopuszczalną ofertę i spełnia w związku z tym kryteria wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, instytucja zamawiająca, zgodnie z art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/18, ma zapewnić, że ten oferent może, stosownie do okoliczności, skorzystać z przysługującego mu prawa do udziału w aukcji elektronicznej.
- 77 W rezultacie, jeżeli taki oferent nie został zaproszony do udziału w rzeczowej aukcji, to jak zauważył rzecznik generalny w pkt 52 opinii, zasady równego traktowania i niedyskryminacji wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 nakazują instytucji zamawiającej unieważnienie i powtórzenie takiej aukcji.
- 78 W tym względzie należy dodać, że taki wniosek narzuca się niezależnie od kwestii, czy udział wykluczonego wykonawcy zmieniłby wynik danej aukcji.
- 79 Korzystanie z prawa oferenta do udziału w aukcji elektronicznej nie może bowiem w żadnym razie być uzależnione od przewidywanego wyniku tej aukcji i nie może zostać z góry wykluczone z uwagi na hipotetyczne rozważania instytucji zamawiającej.
- 80 Innymi słowy, jak zauważa również Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu odsyłającym, nie można a priori wykluczyć, że wykonawca niedopuszczony do udziału w aukcji elektronicznej przedstawiłby najkorzystniejszą ofertę, tak że błąd popełniony przez instytucję zamawiającą pociąga za sobą konieczność unieważnienia i powtórzenia aukcji.

- 81 Na pytania ósme i dziewiąte należy zatem odpowiedzieć, że wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że wymagają one unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej, do udziału w której nie został zaproszony wykonawca, który złożył dopuszczalną ofertę, także w przypadku gdy nie można stwierdzić, czy udział pominiętego wykonawcy zmieniłby wynik tej aukcji.

W przedmiocie pytania dziesiątego

- 82 Poprzez pytanie dziesiąte sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy przepisy dyrektywy 2004/18 mogą być interpretowane w świetle przepisów dyrektywy 2014/24, mimo iż termin transpozycji tej ostatniej dyrektywy jeszcze nie upłynął, i w zakresie, w jakim przepisy dyrektywy 2014/24 nie są sprzeczne z przepisami dyrektywy 2004/18.
- 83 Aby odpowiedzieć na to pytanie należy na wstępie przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem co do zasady zastosowanie ma dyrektywa obowiązująca w momencie, gdy instytucja zamawiająca wybierała tryb postępowania, który będzie stosować, i ostatecznie rozstrzygała kwestię, czy istnieje obowiązek ogłoszenia wcześniej przetargu w celu udzielenia zamówienia publicznego. Nie znajdują natomiast zastosowania przepisy dyrektywy, której termin transpozycji upłynął po tej dacie (wyrok z dnia 10 lipca 2014 r., Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 84 W postępowaniu głównym odnośnie postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego zostało opublikowane w dniu 24 grudnia 2013 r., podczas gdy dyrektywa 2014/24 została przyjęta dopiero w dniu 26 lutego 2014 r., a zgodnie z jej art. 90 termin transpozycji dyrektywy upłynie w dniu 18 kwietnia 2016 r.
- 85 W tej sytuacji dyrektywa 2014/24 nie znajduje zastosowania *ratione temporis* w postępowaniu głównym.
- 86 Ponadto zastosowanie dyrektywy 2014/24, która, jak wynika z samego jej tytułu, uchyla dyrektywę 2004/18, przed upływem terminu jej transpozycji powodowałoby, że państwa członkowskie oraz instytucje zamawiające nie dysponowałyby dostatecznym terminem na przystosowanie się do nowych przepisów wprowadzonych tą dyrektywą.
- 87 W związku z powyższym należy zauważyć, że jak wynika z postanowienia odsyłającego, poprzez swe pytanie sąd odsyłający dąży w szczególności do ustalenia, czy art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18, który przyznaje każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, należy interpretować z uwzględnieniem treści art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24, który stanowi przepis odpowiadający wskazanemu art. 48.
- 88 W tym względzie należy stwierdzić, jak czyni to sąd odsyłający, że art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 jest sformułowany ogólnie i nie wskazuje wyraźnie w jaki sposób wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego.
- 89 Natomiast art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24 przewiduje obecnie, że wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów „tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne”.
- 90 Tymczasem, o ile prawdą jest, że dyrektywa 2014/24, jak stanowi jej motyw 2, ma na celu doprecyzowanie podstawowych pojęć i koncepcji w celu zapewnienia pewności prawa oraz uwzględnienia niektórych aspektów powiązanego i utrwalonego orzecznictwa Trybunału w tej

dziedzinie, to jednak art. 63 tej dyrektywy wprowadza istotne zmiany w odniesieniu do przysługującego wykonawcy prawa polegania na zdolnościach innych podmiotów w ramach zamówienia publicznego.

- 91 Artykuł 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24 – nie stanowiąc w żaden sposób kontynuacji art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 ani nie zawierając wyjaśnień co do zakresu tego ostatniego – wprowadza nowe przesłanki, które nie były przewidziane w poprzednim systemie prawnym.
- 92 W tej sytuacji wskazany przepis dyrektywy 2014/24 nie może być wykorzystywany jako kryterium w celu interpretacji art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18, gdyż w tym wypadku nie chodzi o rozstrzygnięcie wątpliwości interpretacyjnych dotyczących treści tego ostatniego przepisu.
- 93 Odmienne podejście wprowadzałoby w pewnym sensie ryzyko nieprawidłowego zastosowania z wyprzedzeniem nowego systemu prawnego odmiennego od systemu prawnego przewidzianego w dyrektywie 2004/18 i byłoby wyraźnie sprzeczne z zasadą pewności prawa w odniesieniu do wykonawców, której zapewnienie jest wyraźnym celem dyrektywy 2014/24, jak wynika w szczególności z jej motywu 2.
- 94 W świetle powyższego na pytanie dziesiąte należy odpowiedzieć, że w okolicznościach takich jak w postępowaniu głównym art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 nie może być interpretowany w świetle art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24.

W przedmiocie kosztów

- 95 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 (pierwsza izba) orzeka, co następuje:

- 1) Artykuł 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 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. 44 ust. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że:
 - przyznają one każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z tymi podmiotami powiązań, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania tego zamówienia oraz
 - nie można wykluczyć, że korzystanie z tego prawa może być ograniczone w szczególnych okolicznościach z uwagi na przedmiot danego zamówienia, a także jego cele. Jest tak w szczególności w przypadku, gdy kandydat lub oferent nie może polegać na zdolnościach podmiotu trzeciego niezbędnych do wykonania tego zamówienia, co oznacza, że może on powołać się na wskazane zdolności wyłącznie wtedy, gdy podmiot trzeci osobiście i bezpośrednio uczestniczy w wykonaniu danego zamówienia.
- 2) Artykuł 48 ust. 2 i 3 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że uwzględniając przedmiot danego zamówienia i jego cele, instytucja zamawiająca może w szczególnych okolicznościach do celów prawidłowego wykonania tego zamówienia wskazać wyraźnie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowe

zasady, zgodnie z którymi wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, pod warunkiem że te zasady są związane z przedmiotem i celami tego zamówienia oraz względem nich proporcjonalne.

- 3) Wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że w okolicznościach takich jak w postępowaniu głównym sprzeciwiają się one, aby instytucja zamawiająca po otwarciu ofert złożonych w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, uwzględniła wniosek wykonawcy, który złożył ofertę dotyczącą całego zamówienia o wzięcie pod uwagę jego oferty wyłącznie do celów udzielenia niektórych części tego zamówienia.
- 4) Wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że wymagają one unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej, do udziału w której nie został zaproszony wykonawca, który złożył dopuszczalną ofertę, także w przypadku gdy nie można stwierdzić, czy udział pominiętego wykonawcy zmieniłby wynik tej aukcji.
- 5) W okolicznościach takich jak w postępowaniu głównym art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 nie może być interpretowany w świetle art. 63 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18.

Podpisy