Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
ELEANOR SHARPSTON
przedstawiona w dniu 1 grudnia 2016 r.[1]

Sprawa C-298/15

UAB „Borta”

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

Zamówienia publiczne — Kryteria wyboru jakościowego — Wymóg realizacji „głównych prac” przez zwycięskiego oferenta — Wykazanie zdolności zawodowej — Oferta złożona przez grupę wykonawców — Wymóg proporcjonalności udziału każdego partnera do jego udziału w wykazaniu zdolności zawodowej — Postępowanie przetargowe — Zmiana specyfikacji warunków zamówienia w trakcie postępowania — Zasada równego traktowania i przejrzystości

1. Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (sąd najwyższy Litwy) dotyczy specyfikacji warunków zamówienia dotyczącego udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane w zakresie konstrukcji kei portowej w Kłajpedzie (Litwa). Omawiana specyfikacja zawiera postanowienia dotyczące ofert składanych przez partnerów działających na podstawie umowy o prowadzeniu wspólnych działań. Wymagają one od każdego partnera *wykonania* części zamówienia odpowiadającej jego udziałowi w wykazaniu doświadczenia zawodowego w partnerstwie na etapie *udzielenia* zamówienia publicznego. Sąd odsyłający ma wątpliwości, czy taki wymóg jest zgodny z zasadami dotyczącymi łączenia zdolności zawodowych z punktu widzenia unijnego prawa zamówień publicznych. Ponieważ zaskarżone postanowienie specyfikacji zostało podane do wiadomości dopiero w kilka tygodni po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu, sąd odsyłający zwraca się o wskazówki co do tego, czy (i jeśli tak, to w jakich okolicznościach) instytucje zamawiające mogą zmieniać specyfikacje warunków zamówienia w trakcie postępowania przetargowego. Z własnej inicjatywy podnosi również kwestię, czy unijne prawo zamówień publicznych sprzeciwia się obowiązywaniu litewskiego prawa, które zabrania podwykonawstwa „głównych prac” w ramach zamówień publicznych na roboty budowlane.

2. Pierwsza trudność powstaje odnośnie do właściwości Trybunału do odpowiedzi na te pytania. Sąd odsyłający wyraża swoje wątpliwości w kontekście dyrektywy 2004/17[2]. Jednakże bezsporne jest, że szacunkowa wartość omawianego zamówienia publicznego nie osiąga istotnego progu i że dyrektywa ta nie ma zatem zastosowania w postępowaniu głównym. Czy dyrektywa ta znalazła w sposób bezpośredni i bezwarunkowy zastosowanie do zamówienia poprzez litewskie prawo? Jeśli tak, to z utrwalonego orzecznictwa wynika, że Trybunał jest właściwy do dokonania wykładni odpowiednich

1 — Język oryginału: angielski.

2 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. 2004, L 134, s. 1). Właściwą wersją tej dyrektywy jest ta zmieniona ostatnio rozporządzeniem Komisji (UE) nr 1336/2013 z dnia 13 grudnia 2013 r. (Dz.U. 2013, L 335, s. 17).

przepisów tej dyrektywy. Ewentualnie, w przypadku gdy sporne zamówienie ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne, jego udzielenie będzie przedmiotem podstawowych i ogólnych zasad traktatu FUE (w szczególności zasad swobodnego przepływu z art. 49 i 56 TFUE), i wówczas na tej podstawie obowiązkiem Trybunału będzie udzielenie użytecznych wskazówek sądowi odsyłającemu.

Kontekst prawny

Prawo Unii

3. W motywie 9 dyrektywy 2004/17 wskazano:

„W celu zagwarantowania otwarcia zamówień publicznych udzielanych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych na konkurencję, zalecane jest opracowanie przepisów dotyczących koordynacji przez Wspólnotę zamówień powyżej określonej wartości. Koordynacja taka oparta jest na wymaganiach wynikających z art. 14, 28 i 49 traktatu WE oraz z art. 97 traktatu Euratom, to znaczy na zasadzie równego traktowania, której zasada niedyskryminacji jest jedynie szczególnym wyrażeniem, na zasadzie wzajemnego uznania, na zasadzie proporcjonalności, jak również na zasadzie przejrzystości. Z uwagi na charakter sektorów objętych taką koordynacją powinna ona, zapewniając zastosowanie powyższych zasad, określić ramy dobrych praktyk handlowych oraz umożliwiać maksymalną elastyczność.

[…]”.

4. Motyw 43 tej dyrektywy wskazuje, że w celu zachęcenia małych i średnich przedsiębiorstw do udziału w rynku zamówień publicznych zaleca się uwzględnienie przepisów dotyczących podwykonawstwa.

5. Zgodnie z art. 10 „[p]odmioty zamawiające traktują wykonawców jednakowo i w sposób niedyskryminujący oraz postępują w sposób przejrzysty”.

6. Artykuł 11 ust. 2 stanowi:

„Grupy wykonawców mogą składać oferty lub kandydować. W celu złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału, podmioty zamawiające nie mogą wymagać, aby grupy wykonawców przybierały określaną formę prawną, jednakże można wymagać, aby wybrana grupa podlegała wspomnianemu wymogowi w przypadku gdyby udzielono jej zamówienia, w zakresie w jakim zmiana taka niezbędna jest do zadowalającej realizacji zamówienia”.

7. Artykuł 37, zatytułowany „Podwykonawstwo”, stanowi:

„W dokumentach zamówienia podmiot zamawiający może zażądać lub zostać zobowiązany przez państwo członkowskie do zażądania od oferenta umieszczenia w ofercie informacji o tym jaką część zamówienia zamierza zlecić on stronie trzeciej oraz informacji o wskazaniu ewentualnych podwykonawców. Wskazanie takie pozostaje bez uszczerbku dla kwestii odpowiedzialności głównego wykonawcy”.

8. Zgodnie z art. 38, zatytułowanym „Warunki realizacji zamówień”:

„Podmioty zamawiające mogą określić szczególne warunki odnoszące się do realizacji danego zamówienia, pod warunkiem, że są one zgodne z prawem [Unii] oraz że zostały one podane w ogłoszeniu stanowiącym zaproszenie do ubiegania się o zamówienie lub w specyfikacjach. Warunki odnoszące się do realizacji zamówienia mogą w szczególności dotyczyć kwestii społecznych oraz ochrony środowiska”.

9. Artykuł 53, zatytułowany „Systemy kwalifikowania”, przewiduje w szczególności:

„1. Podmioty zamawiające mogą, według swojego uznania, ustanowić i stosować systemy kwalifikowania wykonawców.

[…]

2. System kwalifikowania, o którym mowa w ust. 1, może obejmować różne etapy.

System powinien działać w oparciu o obiektywne kryteria i zasady kwalifikacji określone przez podmioty zamawiające.

[…]

5. Jeżeli kryteria i zasady kwalifikacji, o których mowa w ust. 2, obejmują wymogi odnoszące się do możliwości technicznych lub zawodowych wykonawcy, wówczas w uzasadnionych przypadkach podmiot taki może zdać się na możliwości innych podmiotów, niezależnie od rodzaju powiązań prawnych pomiędzy nim a tymi podmiotami. W takim przypadku wykonawca musi udowodnić podmiotowi zamawiającemu, że będzie miał dostęp do tych zasobów przez cały okres ważności systemu kwalifikowania, przedstawiając na przykład zobowiązanie tych podmiotów, zgodnie z którym udostępnią mu one te zasoby.

Na tych samych zasadach grupa wykonawców, o której mowa w art. 11, może polegać na możliwościach uczestników swojej grupy lub na możliwościach innych podmiotów.

[…]”.

Prawo litewskie

10. Artykuł 2 ust. 29 Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (ustawy Republiki Litewskiej prawo zamówień publicznych, zwanej dalej: „ustawą prawo zamówień publicznych”) definiuje wykonawcę w sposób ogólny jako każdy podmiot gospodarczy – niezależnie czy jest to osoba fizyczna, osoba prawna prawa prywatnego, osoba prawna prawa publicznego, czy też inne organizacje lub ich oddziały, bądź grupa takich osób – który może oferować lub oferuje towary, usługi lub roboty budowlane.

11. Zgodnie z art. 24 ust. 5 ustawy prawo zamówień publicznych w dokumentach zamówienia wymaga się, aby kandydat lub oferent określił w swojej ofercie wszystkich proponowanych podwykonawców oraz można wymagać, by kandydat lub oferent określił udział w zamówieniu, jaki zamierza im zlecić. Jednakże jeżeli podwykonawcom zleca się wykonanie zamówienia na roboty budowlane, określone przez instytucję zamawiającą główne prace muszą zostać wykonane przez wykonawcę.

12. Zgodnie z art. 27 ust. 4 ustawy prawo zamówień publicznych instytucja zamawiająca może z własnej inicjatywy w każdej chwili przed terminem składania ofert objaśnić dokumenty zamówienia.

13. Artykuł 32 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych stanowi, że jeżeli wymaga tego szczególna sytuacja przetargowa, wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów gospodarczych, niezależnie od charakteru łączącego go z tymi podmiotami stosunku prawnego. W takiej sytuacji wykonawca musi udowodnić instytucji zamawiającej, że zasoby te będą dla niego dostępne podczas realizacji zamówienia. Na tych samych zasadach grupa podmiotów gospodarczych może polegać na zdolnościach podmiotów należących do grupy lub na zdolnościach innych podmiotów gospodarczych.

Okoliczności faktyczne, postępowanie i pytania prejudycjalne

14. W dniu 2 kwietnia 2014 r. litewskie przedsiębiorstwo publiczne VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija (zarząd państwowego portu morskiego w Kłajpedzie) opublikowało ogłoszenie o zamówieniu w ramach otwartego przetargu na „Roboty budowlane w zakresie »Przebudowy kei nr 67 i 68. Etap I«". To ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* w dniu 5 kwietnia 2014 r. [3].

15. Punkt 3.2.1 specyfikacji warunków zamówienia zawierał następujący wymóg: „»Średni« roczny nakład pracy dostawców w zakresie głównych robót budowlanych i prac instalacyjnych (budowa i przebudowa kei portowej) przez okres ostatnich pięciu lat lub przez okres od dnia rejestracji dostawcy (w przypadku gdy dostawca prowadzi działalność przez mniej niż pięć lat) powinien odpowiadać kwocie co najmniej 5 000 000 LTL (1 448 100,09 EUR), bez VAT".

16. Punkt 4.2.3 specyfikacji warunków zamówienia wymagał od każdej oferty „określenia zaangażowania partnerów działających na podstawie umowy o prowadzeniu wspólnych działań w związku z realizacją zamówienia wraz z udziałem procentowym tego zaangażowania i wskazania, że ów podział zakresu usług obowiązuje jedynie tych partnerów i nie rodzi żadnych zobowiązań po stronie klienta (instytucji zamawiającej)".

17. Pierwotna wersja pkt 4.3 specyfikacji warunków zamówienia brzmiała w sposób następujący:

„Jeżeli ofertę składają dostawcy działający na podstawie umowy o prowadzeniu wspólnych działań, wymogi wskazane w [pkt 3.2.1] muszą być spełnione co najmniej przez jednego z partnerów zaangażowanych we wspólne działania lub łącznie przez wszystkich partnerów działających na podstawie umowy o prowadzeniu wspólnych działań […]. Zgodnie z art. 24 ust. 5 [ustawy prawo zamówień publicznych] [zarząd portu morskiego] postanawia, że główne prace obejmują pozycję 1.2.8 znajdującego się w wykazie usług rozdziału o robotach budowlanych i dlatego prace te mają zostać wykonane przez samego dostawcę" [4].

18. W dniu 24 kwietnia 2014 r. zarząd portu morskiego z własnej inicjatywy po raz pierwszy przeformułował pkt 4.3 specyfikacji. Ta nowa wersja, która została opublikowana w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, przewidywała w szczególności, że kiedy ofertę złożą wykonawcy działający na podstawie umowy o prowadzeniu wspólnych działań, każdy z partnerów zaangażowanych we wspólne działania musi spełnić przynajmniej 50% z wymogu wskazanego w pkt 3.2.1. W wyniku tej zmiany zarząd portu morskiego wydłużył termin składania ofert.

3 — Dz.U. 2014/S 68-117458.

4 — Sąd odsyłający wyjaśnia, że główne prace obejmują między innymi budowę rowkowanej ściany ze stali wspartej na dźwigarach pozycyjnych.

19. W dniu 3 maja 2014 r. UAB Borta, litewska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, wniosła do zarządu portu morskiego zażalenie, w którym zakwestionowała to przeformułowanie. W związku z tym decyzją z dnia 9 maja 2014 r. zarząd portu morskiego po raz drugi zmienił pkt 4.3 specyfikacji warunków zamówienia [5]. Nowa (i ostateczna) wersja tego punktu uzyskała następujące brzmienie:

„Jeżeli ofertę składają dostawcy działający na podstawie umowy o prowadzeniu wspólnych działań, wymogi wskazane w pkt 3.2.1 […] muszą być spełnione co najmniej przez jednego z partnerów zaangażowanych we wspólne działania lub łącznie przez wszystkich partnerów działających na podstawie umowy o prowadzeniu wspólnych działań. Wkład partnera (wykonany zakres prac) określony na podstawie umowy o prowadzeniu wspólnych działań musi być proporcjonalny do jego wkładu w spełnienie wskazanego w pkt 3.2.1 wymogu […] i do zakresu prac, które faktycznie zostaną przez niego wykonane w przypadku udzielenia zamówienia (realizacja zamówienia)[[6]] […]. Zgodnie z art. 24 ust. 5 ustawy prawo zamówień publicznych [zarząd portu morskiego] postanawia, że główne prace obejmują pozycję 1.2.8 znajdującego się w wykazie usług rozdziału o robotach budowlanych i dlatego prace te mają zostać wykonane przez samego dostawcę”.

20. W wyniku tej ostatniej zmiany, która została opublikowana w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, termin składania ofert został przedłużony po raz drugi i ustalony na dzień 12 czerwca 2014 r.

21. W dniu 12 czerwca 2014 r. Borta złożyła ofertę, w której zaoferowała wykonanie robót za równowartość sumy w LTL wynoszącą ok. 4 761 460 EUR. Była to najwyższa oferta [7].

22. Borta zakwestionowała jednak ostateczną wersję pkt 4.3 specyfikacji warunków zamówienia przed zarządem portu morskiego, a następnie, po oddaleniu zażalenia, wniosła pozew przeciwko instytucji zamawiającej do Klaipėdos apygardos teismas (sądu okręgowego w Kłajpedzie). Klaipėdos apygardos teismas (sąd okręgowy w Kłajpedzie) oddalił powództwo wyrokiem z dnia 18 sierpnia 2014 r. Borta odwołała się od tej decyzji do Lietuvos apeliacinio teismas (sądu apelacyjnego Litwy), który oddalił apelację wyrokiem z dnia 13 listopada 2014 r. Obydwa sądy ustaliły w istocie, że zaskarżone postanowienie specyfikacji warunków zamówienia było uzasadnione charakterem przedmiotu zamówienia i jego znaczeniem dla interesu publicznego oraz że odpowiedzialność solidarna partnerów działających na podstawie umowy o prowadzeniu wspólnych działań w stosunku do zarządu portu morskiego nie zapewnia sama z siebie pomyślnej realizacji zamówienia publicznego. Oddaliły one również skargę dotyczącą niezgodności z prawem kolejnych zmian w specyfikacji warunków zamówienia, argumentując, że art. 27 ust. 4 ustawy prawo zamówień publicznych bezpośrednio uprawniał zarząd portu morskiego do precyzowania tych specyfikacji.

5 — W tym samym czasie instytucja zmawiająca z własnej inicjatywy zmieniła nieco pkt 4.2.3 specyfikacji warunków zamówienia. Ta zmiana specyfikacji warunków zamówienia nie jest jednak przedmiotem postępowania głównego.

6 — W dalszej części opinii będę odnosić się do tego wymogu jako do „wymogu korelacji”. „Zakres prac” mierzony jest prawdopodobnie w pieniądzu.

7 — Cena w ofercie wybranego oferenta była kwotą LTL wynoszącą w przeliczeniu ok. 3 168 400 EUR.

23. Borta wniosła skargę kasacyjną na orzeczenie Lietuvos apeliacinis teismas (sądu apelacyjnego Litwy) do Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (sądu najwyższego Litwy), który postanowił zawiesić postępowanie i zwrócił się do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w przedmiocie następujących pytań:

„1) Czy art. 37, 38, 53 i 54 dyrektywy 2004/17 należy rozumieć i interpretować, łącznie lub osobno (ale bez ograniczenia się do tych przepisów), w ten sposób, że:

a) stoją one na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, zgodnie z którym w przypadku gdy podwykonawcom zostało zlecone wykonanie zamówienia na roboty budowlane, wskazana przez instytucję zamawiającą główna część prac powinna być zrealizowana przez dostawcę?[8]

b) stoją one na przeszkodzie określonym w dokumentach zamówienia zasadom, takim jak te określone przez instytucję zamawiającą w zaskarżonym postanowieniu specyfikacji warunków zamówienia, dotyczącym łączenia zdolności zawodowych dostawców, które to zasady wymagają, aby część zdolności zawodowych danego podmiotu gospodarczego (partnera działającego na podstawie umowy o prowadzeniu wspólnych działań) odpowiadała części określonych robót, które zostaną przez niego rzeczywiście wykonane zgodnie z zamówieniem publicznym?

2) Czy art. 10, 46 i 47 dyrektywy 2004/17 należy rozumieć i interpretować, łącznie lub osobno (ale bez ograniczenia się do tych przepisów), w ten sposób, że:

a) zasada równego traktowania dostawców i zasada przejrzystości nie są naruszone w wypadku, gdy instytucja zamawiająca:

— uprzednio przewiduje w dokumentach zamówienia ogólną możliwość łączenia zdolności zawodowych dostawców, lecz nie określa zasad korzystania z tej możliwości;

— następnie, w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, określa ona szczegółowe wymogi w zakresie oceny kwalifikacji dostawców poprzez ustanowienie pewnych ograniczeń dotyczących łączenia zdolności zawodowych dostawców;

— ze względu na owo bardziej szczegółowe określenie treści wymogów kwalifikacji przedłuża termin składania ofert i ogłasza to przedłużenie w *Dzienniku Urzędowym* [*Unii Europejskiej*]?

b) ograniczenie dotyczące łączenia zdolności dostawców nie musi być wyraźnie i uprzednio wskazane, jeżeli specyficzny charakter prowadzonej przez instytucję zamawiającą działalności i szczególne cechy zamówienia publicznego sprawiają, że takie ograniczenie jest przewidywalne i uzasadnione?”.

24. Zarząd portu morskiego, rząd litewski oraz Komisja przekazały Trybunałowi swoje uwagi na piśmie. Powyżsi uczestnicy postępowania i Borta przedstawili swe uwagi na rozprawie, która odbyła się w dniu 1 czerwca 2016 r.

8 — Postanowienie odsyłające zawiera wzmiankę, że sąd rozpoznał tę kwestię „z urzędu” w celu ochrony interesu publicznego.

Ocena

Uwagi wstępne

25. Rząd litewski podniósł na rozprawie, że art. 24 ust. 5 ustawy prawo zamówień publicznych dokonał transpozycji nowej zasady podwykonawstwa z art. 79 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE [9] przed upływem terminu jej transpozycji i w związku z tym Trybunał powinien zbadać niniejszy wniosek tylko z perspektywy tej dyrektywy [10]. Zarząd portu morskiego zajął podobne stanowisko. Komisja podniosła, że wręcz przeciwnie – dyrektywa 2014/25 nie może zostać wzięta pod uwagę. Po pierwsze, art. 24 ust. 5 ustawy prawo zamówień publicznych został ustanowiony, zanim dyrektywa ta została przyjęta. Po drugie, Litwa nie dopełniła obowiązku powiadomienia Komisji o środkach transpozycji dyrektywy 2014/25 do prawa litewskiego.

26. 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. Dyrektywa *nie* znajduje natomiast zastosowania, jeżeli termin jej transpozycji upłynął po tej dacie [11].

27. Dyrektywa 2014/25 uchyliła dyrektywę 2004/17 z dniem 18 kwietnia 2016 r. Nie ma więc ona zastosowania do postępowania głównego, w którym ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 2 kwietnia 2014 r. Jak orzekł niedawno Trybunał w odniesieniu do dyrektywy 2014/24, zastosowanie jej przed upływem terminu jej transpozycji powodowałoby, że nie tylko państwa członkowskie, ale również instytucje zamawiające nie dysponowałyby dostatecznym terminem na przystosowanie się do nowych przepisów wprowadzonych tą dyrektywą [12]. Działanie takie byłoby niezgodne z zasadą pewności prawa [13]. Analogicznie to samo dotyczy dyrektywy 2014/25.

28. Następnie, bezsprzeczne jest, że wartość zamówienia będącego przedmiotem sporu (która może być oceniana na podstawie najdroższej oferty, czyli równowartości w LTL 4 761 459,72 EUR) jest niższa niż próg 5 186 000 EUR ustalony dla robót budowlanych w czasie istotnym dla okoliczności faktycznych w art. 16 lit. b) dyrektywy 2004/17. Jak wskazuje sąd odsyłający, zamówienie publiczne będące przedmiotem sporu nie jest objęte zakresem zastosowania dyrektywy 2004/17.

29. Jednakże sąd odsyłający podnosi, że Trybunał jest właściwy do udzielenia odpowiedzi na przedłożone mu pytania. Po pierwsze, zarząd portu morskiego wyraźnie miał na celu nadanie ogłoszeniu o zamówieniu międzynarodowego zasięgu poprzez publikację zamówienia i kolejnych zmian specyfikacji warunków zamówienia w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*. Potwierdza to fakt, że oferty złożyły dwie spółki spoza Litwy. Sąd odsyłający wskazuje również w istocie, że litewski ustawodawca, transponując dyrektywę 2004/17 do ustawy prawo zamówień publicznych, zdecydował się stosować pewne zasady tej dyrektywy do procedury udzielania zamówień, które nie należą do zakresu stosowania dyrektywy.

9 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17 (Dz.U. 2014, L 94, s. 243). W myśl tego przepisu „[w] przypadku zamówień na roboty budowlane, zamówień na usługi oraz prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją w ramach zamówienia na dostawy podmioty zamawiające mogą wymagać, aby określone kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta lub, w przypadku oferty złożonej przez grupę wykonawców, o której mowa w art. 37 ust. 2, przez uczestnika tej grupy". Podobna reguła jest przyjęta w art. 63 ust. 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).

10 — Z uwag na piśmie rządu litewskiego wydaje się wynikać, że w czasie istotnym dla okoliczności faktycznych sprawy dyrektywa 2014/25 nie była jeszcze w pełni transponowana do prawa litewskiego.

11 — Wyroki: z dnia 10 lipca 2014 r., Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 7 kwietnia 2015 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 83.

12 — Wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 86.

13 — Zobacz analogicznie wyrok z dnia 15 października 2009 r., Hochtief i Linde-Kca-Dresden, C-138/08, EU:C:2009:627, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo. Zobacz także wyrok z dnia 5 października 2000 r., Komisja/Niemcy, C-337/98, EU:C:2000:543, pkt 40.

30. Podczas rozprawy rząd litewski dodał, że prawo litewskie wymaga od instytucji zamawiających wyboru procedury, kiedy instytucje te organizują postępowanie o udzielenie zamówienia, którego szacowana wartość jest poniżej odpowiedniego progu. Mogą one zadecydować o wyborze uproszczonej procedury prawa krajowego dla takich zamówień albo procedury stosowanej dla zamówień publicznych powyżej odpowiedniego progu. W tym ostatnim przypadku, stosując prawo Unii w okresie, w którym wystąpiły okoliczności faktyczne sprawy, przepisy dyrektywy 2004/17 lub – w zależności od przedmiotu zamówienia publicznego – dyrektywy 2004/18/WE [14] stałyby się obowiązujące dla instytucji zamawiającej. Sądy krajowe podlegałyby również obowiązkowi ich stosowania.

31. W niektórych przypadkach czysto wewnętrzny charakter danej sytuacji nie stoi na przeszkodzie temu, by Trybunał udzielił odpowiedzi na pytanie zadane w trybie art. 267 TFUE [15]. Jest tak zwłaszcza w wypadku, gdy prawo krajowe wymaga od sądu odsyłającego umożliwienia obywatelowi państwa członkowskiego, który podlega jurysdykcji sądu, skorzystania z takich samych praw, jakie w tej samej sytuacji przysługiwałyby na mocy prawa Unii obywatelowi innego państwa członkowskiego, lub gdy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy przepisów prawa Unii, do których prawo krajowe odsyła w celu ustalenia norm mających zastosowanie do sytuacji czysto wewnętrznych tego państwa [16].

32. W odniesieniu do tej ostatniej sytuacji właściwość Trybunału obejmuje kwestię dotyczącą przepisów prawa Unii, kiedy okoliczności postępowania głównego są poza zakresem stosowania prawa Unii, ale kiedy przepisy te znalazły zastosowanie poprzez prawo krajowe w sposób *bezpośredni* i *bezwarunkowy* w celu zapewnienia identycznego traktowania tych sytuacji wewnętrznych i sytuacji objętych zakresem stosowania prawa Unii [17]. W interesie Unii leży bowiem, by celem uniknięcia przyszłych rozbieżności w wykładni przepisy lub pojęcia przejęte z prawa Unii były interpretowane w sposób jednolity, jeżeli ustawodawstwo krajowe dostosowuje się w zakresie rozwiązań sytuacji nieobjętych zakresem stosowania danego aktu Unii do rozwiązań przyjętych przez ten akt, w celu zapewnienia identycznego traktowania sytuacji wewnętrznych i sytuacji regulowanych prawem Unii, bez względu na warunki, w jakich mają być one stosowane [18].

33. Jednakże w niniejszej sprawie nie ma dostatecznie dokładnych wskazówek, które sugerowałyby, że przytoczone przepisy prawa Unii „znalazły zastosowanie poprzez prawo krajowe w sposób bezpośredni i bezwarunkowy", w celu zapewnienia, żeby wewnętrzne sytuacje i sytuacje objęte zakresem stosowania prawa Unii podlegały tym samym zasadom [19]. W szczególności ani sąd odsyłający, ani rząd litewski nie wskazały Trybunałowi żadnych przepisów szczególnych prawa litewskiego, które powodują, iż dyrektywa 2004/17 znajduje bezpośrednio i bezwarunkowo zastosowanie do zamówień publicznych, których wartość nie przekracza właściwego progu przewidzianego w art. 16 tej dyrektywy [20]. W związku z tym dochodzę do wniosku, że Trybunał nie jest właściwy do dokonania wykładni dyrektywy 2004/17 w ramach niniejszego postępowania.

14 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114).

15 — Zobacz w szczególności postanowienie z dnia 3 lipca 2014 r., Tudoran, C-92/14, EU:C:2014:2051, pkt 38.

16 — Zobacz w szczególności postanowienia: z dnia 3 lipca 2014 r., Tudoran, C-92/14, EU:C:2014:2051, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 12 maja 2016 r., Security Service i in., od C-692/15 do C-694/15, EU:C:2016:344, pkt 27.

17 — Wyroki: z dnia 22 grudnia 2008 r., Les Vergers du Vieux Tauves, C-48/07, EU:C:2008:758, pkt 21 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 18 grudnia 2014 r., Generali-Providencia Biztositó, C-470/13, EU:C:2014:2469, pkt 23.

18 — Wyrok dnia 7 listopada 2013 r., Romeo, C-313/12, EU:C:2013:718, pkt 22 i przytoczone tam orzecznictwo.

19 — Zobacz w szczególności wyrok z dnia 18 października 2012 r., Nolan, C-583/10, EU:C:2012:638, pkt 51. W wyroku z dnia 14 stycznia 2016 r., Ostas celtniekes, C-234/14, EU:C:2016:6, pkt 19–21, Trybunał zgodził się dokonać wykładni dyrektywy 2004/18, biorąc w szczególności pod uwagę argument rządu litewskiego, że prawo litewskie w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane miało zastosowanie do zamówień na kwotę niższą od progu ustalonego przez dyrektywę 2004/18. Trybunał uznał jednak swoją właściwość do udzielenia odpowiedzi na przedłożone pytanie tylko „z zastrzeżeniem dokonania weryfikacji przez sąd odsyłający".

20 — Zobacz analogicznie wyrok z dnia 18 grudnia 2014 r., Generali-Providencia Biztositó, C-470/13, EU:C:2014:2469, pkt 25.

34. Przedstawione pytania dotyczą tylko wykładni dyrektywy 2004/17. Jednakże, w celu udzielenia sądowi, który przedłożył pytanie prejudycjalne, użytecznej odpowiedzi, Trybunał może uznać za konieczne wziąć pod rozwagę uregulowania prawa Unii, na które sąd krajowy nie powołał się w swym pytaniu [21].

35. Konieczne jest zatem zbadanie, czy Trybunał jest właściwy do udzielenia odpowiedzi na pytania zadane na podstawie ogólnych zasad traktatu FUE, w szczególności zasady równego traktowania i niedyskryminacji z uwagi na przynależność państwową, a także wynikającego z nich obowiązku przejrzystości. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wymaga to, by dane zamówienie miało transgraniczne znaczenie w świetle w szczególności swojej wagi i miejsca wykonania [22]. Istnienie takiego znaczenia transgranicznego należy ustalać na podstawie wszystkich istotnych okoliczności, takich jak znaczenie gospodarcze zamówienia, miejsce jego wykonania lub właściwości techniczne, mając na uwadze cechy charakterystyczne danego zamówienia [23].

36. Trybunał orzekł już, że istnienie znaczenia transgranicznego może być wykazane zwłaszcza dzięki kwocie pewnej wysokości danego zamówienia w związku z miejscem wykonania robót lub także dzięki technicznym cechom zamówienia [24]. Tym samym zamówienie na roboty budowlane może stanowić tego rodzaju przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym ze względu na swą szacowaną wartość w związku z wysokim stopniem technicznej złożoności lub z lokalizacją robót, która może być atrakcyjna dla podmiotów zagranicznych [25].

37. Trybunał pozostawia niekiedy sądowi krajowemu zbadanie istnienia znaczenia transgranicznego [26]. Jednakże w niniejszej sprawie Trybunał dysponuje wystarczającą ilością informacji, aby stwierdzić, że zamówienie publiczne będące przedmiotem sporu rzeczywiście ma takie znaczenie transgraniczne. Po pierwsze, szacunkowa wartość zamówienia jest znacząca [27]. Ponadto port morski w Kłajpedzie jest jednym z najważniejszych portów Morza Bałtyckiego. Budowa kei portowej, taka jak ta przewidziana w procedurze przetargowej będącej przedmiotem sporu, wymaga ponadto wysokich umiejętności technicznych, które przypuszczalnie posiada ograniczona liczba przedsiębiorstw. Wreszcie, atrakcyjność tego zamówienia publicznego dla podmiotów zagranicznych znajduje potwierdzenie w okoliczności, że w niniejszej sprawie oferty zostały złożone przez dwie zagraniczne spółki [28], a jednej z nich zostało udzielone zamówienie.

21 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 10 października 2013 r., Swm Construzioni 2 i Mannocchi Ligino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 24 i przytoczone tam orzecznictwo; wyrok z dnia 16 kwietnia 2015 r., SC Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, pkt 17 i przytoczone tam orzecznictwo.

22 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 19 grudnia 2012 r., Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., C-159/11, EU:C:2012:817, pkt 23; z dnia 10 lipca 2014 r., Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, pkt 24; z dnia 18 grudnia 2014 r., Generali-Providencia Biztositó, C-470/13, EU:C:2014:2469, pkt 27.

23 — Zobacz niedawny wyrok z dnia 14 lipca 2016 r., Promoimpresa i in., C-458/14 i C-67/15, EU:C:2016:558, pkt 66 i przytoczone tam orzecznictwo. Zobacz także moja opinia w sprawie Komisja/Finlandia, C-195/04, EU:C:2007:28, pkt 55.

24 — Wyrok z dnia 16 kwietnia 2015 r., SC Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, pkt 20.

25 — Zobacz wyroki: z dnia 15 maja 2008 r., SECAP i Santorso, C-147/06 i C-148/06, EU:C:2008:277, pkt 24; z dnia 17 listopada 2015 r., Regio Post, C-115/14, EU:C:2015:760, pkt 51.

26 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 23 grudnia 2009 r., Serrantoni i Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 25; z dnia 14 listopada 2013 r., Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736, pkt 30 i przytoczone tam orzecznictwo.

27 — Zobacz analogicznie wyrok z dnia 16 kwietnia 2015 r., SC Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, pkt 20.

28 — Zobacz wyroki: z dnia 15 maja 2008 r., SECAP i Santorso, C-147/06 i C-148/06, EU:C:2008:277, pkt 24; z dnia 17 listopada 2015 r., Regio Post, C-115/14, ECR, EU:C:2015:760, pkt 51.

38. Pytania prejudycjalne muszą być zatem badane w kontekście zasad przejrzystości i równego traktowania wynikających z art. 49 i 56 TFUE, których należy przestrzegać przy udzielaniu zamówień publicznych [29]. Ponieważ art. 49 i 56 TFUE mają zastosowanie do zamówień takich jak to będące przedmiotem postępowania głównego, zarząd portu morskiego jest zobowiązany do przestrzegania zakazu dyskryminacji z uwagi na przynależność państwową, a także wynikającego z tych artykułów obowiązku przejrzystości [30].

Ograniczenie podwykonawstwa z art. 24 ust. 5 ustawy prawo zamówień publicznych [pytanie pierwsze lit. a)]

39. W pytaniu pierwszym lit. a) sąd odsyłający zapytuje, czy prawo Unii nie stanowi przeszkody dla istnienia przepisu takiego jak art. 24 ust. 5 ustawy prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym w przypadku zamówienia na roboty budowlane oferent sam powinien zrealizować „główne prace" wskazane przez instytucję zamawiającą.

40. W swojej skardze kasacyjnej wniesionej do sądu odsyłającego Borta nie zakwestionowała zgodności z prawem tego ograniczenia podwykonawstwa. Sąd z kolei podniósł to pytanie z urzędu w interesie publicznym. Rzeczywiście nie od razu jest jasne, czy okoliczności postępowania głównego obejmują podwykonawstwo. Oferta złożona w ramach umowy o prowadzeniu wspólnych działań może oznaczać, że w przypadku przyznania zamówienia wszyscy partnerzy stają się stronami indywidualnymi zamówienia publicznego udzielonego przez instytucję zamawiającą. Taka sytuacja nie wiąże się z podwykonawstwem, które ma miejsce, tylko gdy zamówienie jest realizowane (w całości lub części) przez podmioty trzecie [31]. Umowa o prowadzeniu wspólnych działań mogłaby natomiast obejmować podwykonawstwo, jeśli tylko jeden z partnerów działałby oficjalnie jako oferent, a reszta partnerów wykonywałaby zamówienie, lub jeśli powołaliby oni spółkę joint venture, która zostałaby sygnatariuszem zamówienia zamiast samych partnerów. Dostępna jest jedynie ograniczona informacja o ofercie złożonej przez spółkę Borta i nie jest w gestii Trybunału oceniać, czy ta oferta rzeczywiście lub potencjalnie obejmowała podwykonawstwo.

41. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunał nie może orzekać w przedmiocie pytania zadanego przez sąd krajowy, jeżeli okaże się w sposób oczywisty, że wykładnia lub ocena ważności przepisu prawa Unii, o które zwrócił się sąd krajowy, nie mają żadnego związku z rzeczywistym charakterem lub przedmiotem zawisłego przed nim sporu [32]. Nie ma to jednak miejsca w niniejszej sprawie. Punkt 4.3 specyfikacji warunków zamówienia, która leży w centrum sporu w postępowaniu przed sądem krajowym, zawiera bezpośrednie odesłanie do art. 24 ust. 5 ustawy prawo zamówień publicznych. W tym kontekście nie wydaje się, aby pytanie pierwsze lit. a) nie miało żadnego związku z rzeczywistym charakterem i przedmiotem tego sporu, i dlatego pytanie to jest dopuszczalne [33].

42. Zajmę się teraz istotą sprawy.

29 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 13 listopada 2007 r., Komisja/Irlandia, C-507/03, EU:C:2007:676, pkt 26; z dnia 10 lipca 2014 r., Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, pkt 27. Trybunał podnosił przy różnych okazjach, że celem koordynacji procedury udzielania zamówień publicznych na szczeblu Unii jest właśnie zniesienie przeszkód w swobodnym świadczeniu usług i dostarczaniu towarów, a w związku z tym ochrona interesów podmiotów gospodarczych mających siedzibę w jednym z państw członkowskich, pragnących oferować swe towary lub usługi instytucjom zamawiającym mającym siedzibę w innym państwie członkowskim (zob. na przykład wyroki: z dnia 3 października 2000 r., University of Cambridge, C-380/98, EU:C:2000:529, pkt 16; z dnia 18 października 2001 r., SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, pkt 32; z dnia 24 stycznia 2008 r., Lianakis i in., C-532/06, EU:C:2008:40, pkt 39).

30 — Zobacz analogicznie wyrok z dnia 18 grudnia 2014 r., Generali Providencia Biztositó, C-470/13, EU:C:2014:2469, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo.

31 — Zobacz na temat tego rozróżnienia opinia rzecznika generalnego N. Jääskinena w sprawie Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2015:558, pkt 22.

32 — Zobacz w szczególności wyrok z dnia 12 maja 2011 r., Runević-Vardyn i Wardyn, C-391/09, EU:C:2011:291, pkt 33.

33 — Zobacz analogicznie wyrok z dnia 12 maja 2011 r., Runević-Vardyn i Wardyn, C-391/09, EU:C:2011:291, pkt 34.

43. Z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika, że art. 49 i 56 TFUE sprzeciwiają się wszelkim krajowym środkom, które nawet stosowane bez dyskryminacji ze względu na narodowość są tej natury, że zakazują korzystania przez obywateli wspólnotowych ze swobód przedsiębiorczości i świadczenia usług, zagwarantowanych przepisami traktatu, utrudniają to korzystanie lub czynią je mniej atrakcyjnym [34].

44. Co się tyczy zamówień publicznych i swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, w interesie Unii leży otwarcie przetargu na jak najszerszą konkurencję, nawet jeżeli dyrektywy w sprawie zamówień publicznych nie znajdują zastosowania [35]. Leży to we własnym interesie instytucji zamawiającej, która dysponuje szerszymi możliwościami wyboru oferty najkorzystniejszej i najlepiej dopasowanej do swoich potrzeb [36]. Jednym z głównych celów zasady równego traktowania oferentów oraz wynikającego z niej obowiązku przejrzystości jest zapewnienie swobody świadczenia usług i otwarcia na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich [37].

45. Podwykonawstwo przyczynia się do realizacji tych celów, ponieważ zachęca małych i średnich przedsiębiorców do udziału w rynku zamówień publicznych i tym samym zwiększa liczbę potencjalnych kandydatów do uzyskania zamówień publicznych [38].

46. W niniejszej sprawie przepis taki jak art. 24 ust. 5 ustawy prawo zamówień publicznych wyraźnie ogranicza przedsiębiorstwom z siedzibą w innych państwach członkowskich możliwość korzystania z przysługujących im praw z art. 49 i 56 TFUE w zakresie, w jakim uniemożliwia im, jeśli złożą ofertę w przetargu, zlecenie podwykonawstwa całości lub części „głównych prac" wskazanych przez instytucję zamawiającą lub oferowanie własnych usług jako podwykonawcy dla tej części zamówienia. Jak trafnie twierdzi Komisja, art. 24 ust. 5 ustawy prawo zamówień publicznych ogranicza zatem swobodę świadczenia usług i swobodę przedsiębiorczości.

47. Jednakże takie ograniczenie może być uzasadnione w zakresie, w jakim realizuje zgodny z prawem cel leżący w interesie publicznym, oraz w zakresie, w jakim jest zgodne z zasadą proporcjonalności, to znaczy jest odpowiednie dla zagwarantowania realizacji tego celu i nie wykracza poza to, co niezbędne do jego osiągnięcia [39].

48. Rząd litewski wyjaśnia, że rozpatrywane ograniczenie podwykonawstwa zostało wprowadzone w celu ułatwienia instytucjom zamawiającym ochrony ich interesów i zapewnienia należytego wykonania prac podwykonawczych. Ograniczenie to miało przede wszystkim na celu znalezienie wyjścia z powszechnej sytuacji, kiedy podmioty gospodarcze uczestniczyły w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia z zamiarem zlecenia podwykonawstwa głównej części zamówienia. Wynikiem tego była często niska jakość prac lub trudności w ich realizacji. Rząd litewski podnosi ponadto, że art. 24 ust. 5 ustawy prawo zamówień publicznych jest zgodny ze wspólnym stanowiskiem Rady uzgodnionym w podobnych sprawach, którego rezultatem jest w szczególności zasada przewidziana

34 — Wyroki: z dnia 23 grudnia 2009 r., Serantoni and Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 41; z dnia 10 lipca 2014 r., Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, pkt 28 i przytoczone tam orzecznictwo.

35 — Zobacz wyroki: z dnia 23 grudnia 2009 r., CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, pkt 37; z dnia 10 lipca 2014 r., Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, pkt 29; z dnia 11 grudnia 2014 r., Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino" i in., C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 51 i przytoczone tam orzecznictwo.

36 — Wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r., CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo.

37 — Zobacz wyrok z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 28.

38 — Zobacz analogicznie wyroki: z dnia 10 października 2013 r., Swm Construzioni 2 i Manocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 34; z dnia 14 stycznia 2016 r., Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, pkt 24. Zobacz także moja opinia w sprawie Wrocław – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2015:761, pkt 30.

39 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 27 października 2005 r., Contse i in., C-234/03, EU:C:2005:644, pkt 25; z dnia 10 lipca 2014 r., Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, pkt 31. Zobacz także, w przedmiocie zasady proporcjonalności stosowanej jako ogólna zasada prawa Unii w kontekście procedury przetargowej wyłączonej z zakresu stosowania dyrektywy 2004/17 lub dyrektywy 2004/18, wyrok z dnia 22 października 2015 r., Impresa Edilux i SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, pkt 29.

obecnie w art. 79 ust. 3 dyrektywy 2014/25[40]. Podczas rozprawy zarząd portu morskiego stwierdził w istocie, iż miał uzasadniony interes w zapewnieniu, aby roboty budowlane takie jak te będące przedmiotem postępowania głównego i o strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwowego zostały należycie wykonane.

49. Instytucja zamawiająca może słusznie domagać się skutecznego i należytego wykonania zamówienia publicznego na roboty budowlane[41]. Znajduje to zastosowanie, zwłaszcza kiedy roboty te są uznane za konieczne dla ochrony bezpieczeństwa narodowego, które zgodnie z art. 4 ust. 2 TUE jest jedną z podstawowych funkcji państwa, jakie Unia musi szanować[42]. Zatem oferent może być zobowiązany przedstawić dowód, że rzeczywiście dysponuje zasobami tych podmiotów lub przedsiębiorstw, na których polega, a które nie stanowią jego własności i są niezbędne do wykonania zamówienia[43]. W związku z tym przy realizacji istotnych części zamówienia instytucja zamawiająca może zakazać korzystania z podwykonawców, których kwalifikacji nie może sprawdzić na etapie badania ofert i wyboru zwycięskiego oferenta[44].

50. Jednakże ograniczenie swobody świadczenia usług i swobody przedsiębiorczości wiążące się z art. 24 ust. 5 ustawy prawo zamówień publicznych nie wydaje się proporcjonalne do tego celu.

51. Po pierwsze, ograniczenie to znajduje zastosowanie, nawet jeśli instytucja zamawiająca ma w rzeczywistości możliwość weryfikacji technicznych i ekonomicznych zdolności podwykonawców podczas procedury przetargowej. Alternatywą dla tego ograniczenia mogłoby być (na przykład) zobowiązanie głównego wykonawcy do wskazania podwykonawców podczas składania oferty, jak też do wykazania, że zarówno będzie miał on dostęp do zasobów tych niezbędnych do wykonania zamówienia podwykonawców, jak i że podwykonawcy ci są odpowiedni do wykonania zadań, które zamierza on im powierzyć.

52. Po drugie, art. 24 ust. 5 jest zarówno *zbyt mało elastyczny*, jak i *zbyt ogólny*, aby spełnić kryterium proporcjonalności. Chociaż wydaje się, że instytucje zamawiające mogą przy każdym zamówieniu elastycznie definiować, czym są „główne prace", to ograniczenie podwykonawstwa wynikające z tego przepisu jest określone w sposób szczególnie szeroki. Ma ono zastosowanie niezależnie od przedmiotu zamówienia publicznego na roboty budowlane i obowiązuje instytucje zamawiające, kiedy zawierają one jakąkolwiek umowę dotyczącą zamówienia na roboty budowlane, nawet jeśli mogą uważać, że nie istnieje żaden oczywisty powód, by wprowadzić takie ograniczenie.

53. Jak twierdzi Komisja, ograniczenie podwykonawstwa z art. 24 ust. 5 ustawy prawo zamówień publicznych różni się w tym względzie od art. 79 ust. 3 dyrektywy 2014/25. Przepis ten jedynie *pozwala* instytucji zamawiającej wymagać w szczególności, aby określone *kluczowe* zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta. Instytucje zamawiające mogą więc ocenić, czy takie ograniczenie jest stosowne, w zależności od okoliczności. Z powyższego wynika, że nawet jeśli, jak twierdzi rząd litewski, art. 24 ust. 5 ustawy prawo zamówień publicznych miałby być rozumiany jako transpozycja art. 79 ust. 3 dyrektywy 2014/25 do prawa litewskiego[45], to transpozycja ta będzie nieprawidłowa.

40 — Dyrektywa 2004/17 nie zawiera uregulowania podobnego do tego przepisu.

41 — Zobacz analogicznie wyrok z dnia 14 lipca 2016 r., Wrocław – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, pkt 34 i przytoczone tam orzecznictwo. Zobacz także moja opinia w tej sprawie, EU:C:2015:761, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo.

42 — To, czy bezpieczeństwo narodowe mogłoby usprawiedliwiać ograniczenie zasad traktatu istotnych dla niniejszego postępowania, stanowi oddzielną kwestię, która nie wymaga wyjaśnienia w tym miejscu.

43 — Zobacz analogicznie wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo.

44 — Zobacz analogicznie wyroki: z dnia 18 marca 2004 r., Siemens i ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, pkt 45; z dnia 14 lipca 2016 r., Wrocław – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, pkt 34.

45 — Zobacz pkt 25 niniejszej opinii.

54. Z tych przyczyn uważam, że w ramach przetargu publicznego nieobjętego zakresem dyrektywy 2004/17 lub dyrektywy 2004/18, ale który ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne, zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz obowiązek przejrzystości wynikające z art. 49 i 56 TFUE stoją na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu takiemu jak to zawarte w art. 24 ust. 5 ustawy prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym oferent sam musi zrealizować wskazane przez instytucję zamawiającą „główne prace", bez możliwości zlecenia podwykonawcom tej części zamówienia.

Zgodność z prawem pkt 4.3 specyfikacji warunków zamówienia [pytanie pierwsze lit. b)]

55. W pytaniu pierwszym lit. b) sąd odsyłający podnosi kwestię, czy prawo Unii stoi na przeszkodzie stosowaniu specyfikacji warunków zamówienia, która w przypadku gdy partnerzy oferują połączenie swoich zdolności zawodowych poprzez złożenie wspólnej oferty, wymaga arytmetycznej korelacji między częścią zamówienia wykonywaną przez każdego partnera działającego na podstawie umowy o prowadzeniu wspólnych działań a jego udziałem w spełnieniu warunku dotyczącego doświadczenia zawodowego.

56. W sprawie zawisłej przed sądem krajowym pkt 4.3 specyfikacji warunków zamówienia dotyczy udzielenia zamówienia publicznego. Specyfikacja ta musi być interpretowana łącznie z pkt 4.2.3 specyfikacji warunków zamówienia, która dla ofert złożonych przez partnerów działających na podstawie umowy o prowadzeniu wspólnych działań wymaga określenia zobowiązania się do wykonania zadań (roboty budowlane lub usługi), jakie będą zrealizowane przez każdego z nich, oraz określenia udziału procentowego tego zaangażowania. Podczas badania ofert i wyboru zwycięskiej oferty instytucja zamawiająca ma więc możliwość weryfikacji, czy każdy partner będzie odpowiedzialny za część robót lub usług odpowiadającą jego udziałowi w spełnieniu wymogu dotyczącego doświadczenia zawodowego z pkt 3.2.1 specyfikacji warunków zamówienia.

57. Wymienione przeze mnie powyżej zasady dotyczące podwykonawstwa odnoszą się w równym stopniu do łączących swe zdolności partnerów działających na podstawie umowy o prowadzeniu wspólnych działań [46].

58. Moim zdaniem wymóg taki jak ten przewidziany w pkt 4.3 specyfikacji może ograniczyć elastyczność partnerów działających na podstawie umowy o prowadzeniu wspólnych działań. Nie tylko ma on wpływ na to, jak ustalają oni podział swoich obowiązków w momencie składania ich wspólnej oferty, ale także uniemożliwia im modyfikowanie udziału każdego z partnerów na późniejszym etapie zamówienia publicznego, jeśli zamówienie to zostanie im udzielone.

59. A zatem wymóg z pkt 4.3. specyfikacji warunków zamówienia może wpływać zniechęcająco na przedsiębiorców mających siedziby w innych państwach członkowskich. Będzie to miało wpływ na przedsiębiorców, którzy chcą założyć siedzibę w danym państwie członkowskim poprzez utworzenie konsorcjum stałego, być może składającego się z przedsiębiorstw zarówno krajowych, jak i zagranicznych. Wpłynie to również na przedsiębiorców, którzy chcą oferować swe usługi poprzez przystąpienie do takich, istniejących już, konsorcjów, by móc w łatwiejszy sposób uczestniczyć w postępowaniach z zakresu zamówień publicznych ogłaszanych przez instytucje zamawiające tego państwa członkowskiego [47]. Taka specyfikacja stanowi więc ograniczenie w rozumieniu art. 49 i 56 TFUE.

46 — Zobacz pkt 43–45, 47 i 49 niniejszej opinii.

47 — Zobacz analogicznie wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r., Serrantoni and Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 42.

60. Zarząd portu morskiego i rząd litewski twierdzą w istocie, że pkt 4.3 specyfikacji warunków zamówienia ma jedynie na celu zagwarantowanie, że każdy z partnerów działających na podstawie umowy o prowadzeniu wspólnych działań posiada zdolność zawodową do wykonywania tej części zamówienia na roboty budowlane, za którą będzie odpowiedzialny

61. Wskazywałam już, że cel polegający na zagwarantowaniu odpowiedniej realizacji zamówienia publicznego może usprawiedliwiać (niedyskryminujące) ograniczenie swobody świadczenia usług oraz swobody przedsiębiorczości [48]. Partnerzy działający na podstawie umowy o prowadzeniu wspólnych działań mogliby podczas składania oferty *wspólnie* spełnić warunki dotyczące zdolności zawodowej (w tym doświadczenia zawodowego) określone przez instytucję zamawiającą. Nie gwarantuje to jednak, że każdemu z tych partnerów będzie powierzone to szczególne zadanie, dla którego jego zdolność zawodowa została zbadana przed udzieleniem tego zamówienia. W związku z tym art. 49 i 56 TFUE co do zasady nie sprzeciwiają się temu, aby dla ofert składanych w ramach umowy o prowadzeniu wspólnych działań instytucja zamawiająca ustanawiała wymóg określania, w jaki sposób różne zadania będą rozdzielone partnerom, badaniu zdolności każdego partnera do wykonania zadań, za które jest odpowiedzialny, i monitorowaniu, czy po udzieleniu zamówienia każdy partner prawidłowo wykonuje zadania, dla których została wykazana jego zdolność zawodowa [49].

62. Jednakże pkt 4.3 specyfikacji warunków zamówienia będącej przedmiotem niniejszego sporu nie jest odpowiedni dla zagwarantowania realizacji tego celu.

63. Ten punkt wymaga arytmetycznej korelacji między udziałem każdego partnera w spełnieniu warunku dotyczącego doświadczenia zawodowego z pkt 3.2.1 oraz „ilości" (lub wartości pieniężnej) zadań wykonywanych przez tego partnera podczas realizacji zamówienia.

64. Jak słusznie twierdzi Komisja, ta specyfikacja jest *niepowiązana* z *konkretnymi robotami budowlanymi lub usługami* wymaganymi dla prawidłowej realizacji spornego zamówienia publicznego. Dla przykładu, każdy z partnerów działających na podstawie umowy o prowadzeniu wspólnych działań mógłby wykazać, że nabył doświadczenie w budowie lub przebudowie kei portowej w ciągu ostatnich pięciu lat. Tym samym partnerzy łącznie spełniają obowiązek doświadczenia zawodowego z pkt 3.2.1 specyfikacji warunków zamówienia. Jednakże każdy z nich może specjalizować się w innym aspekcie budowy kei portowej, takim jak na przykład pogłębianie basenów portowych, wykonywanie fundamentów, budowa rowkowanej ściany ze stali czy dostawa i instalacja wyposażenia kei portowej. Wymóg przewidziany w pkt 4.3 nie wyklucza wykonywania przez danego partnera konkretnych zadań, w których ów partner nie ma takiego doświadczenia (chociaż z arytmetycznego punktu widzenia zadania te mogą odpowiadać jego wkładowi w spełnienie wymogu z pkt 3.2.1 specyfikacji warunków zamówienia i tym samym zgadzać się z pkt 4.3 tej specyfikacji).

65. W świetle powyższego uważam, że w sytuacji takiej jak ta w postępowaniu głównym cel polegający na zagwarantowaniu realizacji zamówienia publicznego nie może usprawiedliwiać ograniczenia swobody świadczenia usług i swobody przedsiębiorczości, które wynika z pkt. 4.3 specyfikacji warunków zamówienia. Jest to tym bardziej słuszne, że nawet zadania, które stanowią niewielką część całkowitej wartości zamówienia, mogą mieć zasadnicze znaczenie dla jego prawidłowego wykonania [50].

66. Zarząd portu morskiego utrzymuje, że przestrzeganie zasad równego traktowania oferentów i przejrzystości wymaga, aby przy dokonywaniu oceny zdolności zawodowej poszczególnych partnerów działających na podstawie umowy o prowadzeniu wspólnych działań były brane pod uwagę jedynie te zdolności zawodowe, które będą skutecznie wykorzystywane przy wykonywaniu zamówienia publicznego.

48 — Zobacz pkt 49 niniejszej opinii.

49 — Uzasadnienie jest takie samo jak w ramach podwykonawstwa. Zobacz pkt 49 niniejszej opinii i orzecznictwo przytoczone analogicznie w przypisach 43 i 44.

50 — Na przykład uszczelnienie części infrastruktury.

67. Chociaż cele takie są zgodne z przepisami [51], argumentacja ta nie może zostać uwzględniona. W odpowiedzi na pytanie sądu zadane w trakcie rozprawy zarząd portu morskiego wyjaśnił, że specyfikacja zamówienia nie stała na przeszkodzie temu, aby partnerzy składający ofertę w ramach umowy o prowadzeniu wspólnych działań w taki sam sposób jak inni oferenci zlecili podwykonawstwo zamówienia publicznego na roboty budowlane (z wyjątkiem „głównych prac"), i że w tych okolicznościach doświadczenie zawodowe podwykonawców *nie* musiało być zadeklarowane podczas składnia wspólnej oferty. Tym samym, wbrew twierdzeniu zarządu portu morskiego, specyfikacja warunków zamówienia w postępowaniu głównym w rzeczywistości nie gwarantowała, że zdolności zawodowe, których posiadanie deklarowali partnerzy podczas składania wspólnej oferty i które badała instytucja zamawiająca, zostaną skutecznie wykorzystane przy realizacji spornego zamówienia publicznego na roboty budowlane.

68. Wobec powyższego dochodzę do wniosku, że w ramach przetargu publicznego, którego wartość nie sięga progu określonego w dyrektywach 2004/17 oraz 2004/18, ale który ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne, zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, a także obowiązek przejrzystości wynikający z art. 49 i 56 TFUE stoją na przeszkodzie stosowaniu specyfikacji zamówienia takiej jak ta z pkt 4.3 specyfikacji warunków zamówienia, będącej przedmiotem sporu, która w przypadku gdy partnerzy oferują połączenie swoich zdolności zawodowych przy składaniu wspólnej oferty, wymaga arytmetycznej korelacji między częścią zamówienia wykonywaną przez każdego partnera działającego na podstawie umowy o prowadzeniu wspólnych działań a jego wkładem w spełnienie warunku dotyczącego doświadczenia zawodowego.

Zgodność z prawem zmian z pkt 4.3 specyfikacji warunków zamówienia w trakcie procedury przetargowej (pytanie drugie)

69. Czy zasady równego traktowania i niedyskryminacji z uwagi na przynależność państwową wynikające z art. 49 i 56 TFUE oraz wynikający z nich obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie temu, aby zarząd portu morskiego zmodyfikował warunek z pkt 4.3 specyfikacji warunków zamówienia, tak jak to uczynił?

70. Orzecznictwo Trybunału w przedmiocie wykładni art. 2 dyrektywy 2004/18 zawiera wskazówki użyteczne przy poszukiwaniu odpowiedzi na to pytanie. Zgodnie z tym przepisem „instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty". Przepis ten oparty jest więc na zasadach równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązku przejrzystości, które wynikają z traktatu FUE [52].

71. I tak, Trybunał orzekł, że zarówno zasada równego traktowania, jak i wynikający z niej obowiązek przejrzystości wymagają, aby przedmiot każdego zamówienia, a także kryteria jego udzielenia zostały określone w sposób jasny już z chwilą wszczęcia procedury w przedmiocie udzielenia zamówienia [53]. Równe traktowanie wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert. Oznacza to, że oferty wszystkich oferentów muszą być poddane tym samym warunkom [54]. Ponadto obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Oznacza to, że wszystkie warunki i kryteria udzielenia zamówienia muszą być sformułowane jasno, dokładnie i jednoznacznie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, wszyscy

51 — Zobacz podobnie wyroki: z dnia 23 grudnia 2009 r., Serantoni i Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 31, 32 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 22 października 2015 r., Impresa Edilux i SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, pkt 36.

52 — Wyrok z dnia 7 września 2016 r., Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, pkt 34.

53 — Wyroki: z dnia 10 grudnia 2009 r., Komisja/Francja, C-299/08, EU:C:2009:769, pkt 41; z dnia 10 maja 2012 r., Komisja/Niderlandy, C-368/10, EU:C:2012:284, pkt 56.

54 — Wyrok z dnia 6 listopada 2014 r., Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 44.

przeciętni znający się na rzeczy oferenci, zachowując zwykłą staranność, mogli rozumieć ich dokładne znaczenie i interpretować je w ten sam sposób, a po drugie, instytucja zamawiająca była w stanie rzeczywiście zweryfikować, czy oferty oferentów spełniały kryteria obowiązujące w odniesieniu do danego zamówienia [55].

72. A zatem instytucje zamawiające nie mogą nie zmienić, nawet w drodze poprawek, zakresu zasadniczych warunków zamówienia w postaci określonej w specyfikacji, na których zasadnie oparli się zainteresowani wykonawcy celem podjęcia decyzji w przedmiocie przedstawienia oferty lub, przeciwnie, w przedmiocie zaniechania udziału w procedurze udzielania danego zamówienia [56].

73. Te same zasady mają zastosowanie, kiedy zamówienie niepodlegające dyrektywie 2004/18 ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne. W sprawie Enterprise Focused Solutions [57] Trybunał stwierdził, że instytucja zamawiająca nie może po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu dokonać zmian specyfikacji technicznej dotyczących jednego z elementów zamówienia, z naruszeniem zasad równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązku przejrzystości [58]. Jest to zgodne z innymi wyrokami, w których Trybunał stwierdził jasno, że zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości co do zasady wykluczają możliwość zmiany oferty po jej złożeniu, niezależnie od tego, czy inicjatywa pochodziła od instytucji zamawiającej czy od oferenta, chyba że zmiana poprawia oczywiste omyłki lub wyjaśnia szczegóły zamówienia [59].

74. W niniejszej sprawie zarząd portu morskiego naruszył te zasady, dwukrotnie zmieniając pkt 4.3 specyfikacji warunków zamówienia.

75. Po pierwsze, jak twierdzi Komisja, zmiany te nie mogą zostać uznane za niewielkie doprecyzowania tego punktu czy korekty błędu pisarskiego. Pierwotna wersja pkt 4.3 wyraźnie pozwalała, aby wymóg zdolności zawodowej ustanowiony w pkt 3.2.1 specyfikacji warunków zamówienia był spełniony przynajmniej przez jednego z partnerów działających na podstawie umowy o prowadzeniu wspólnych działań *lub* wspólnie przez wszystkich partnerów. Obydwie modyfikacje (z dnia 24 kwietnia i 9 maja 2014 r.) wprowadziły ograniczenia dotyczące wykazania zdolności zawodowych w przypadku prowadzenia wspólnych działań. Ograniczenia te w oczywisty sposób nie były częścią pierwotnej wersji punktu. Wręcz przeciwnie, zmieniły one istotę pkt 4.3 specyfikacji warunków zamówienia, na których oparły się już zainteresowane podmioty celem podjęcia decyzji w przedmiocie przedstawienia oferty lub w przedmiocie zaniechania udziału w procedurze udzielania zamówienia. Z tego powodu nie zgadzam się z twierdzeniem zarządu portu morskiego, że przeciętni znający się na rzeczy oferenci mogli przewidzieć zmiany, o których mowa.

76. Ponadto zarząd portu morskiego nie przedstawił żadnego racjonalnego uzasadnienia, aby wyjaśnić, dlaczego po opublikowaniu początkowego zaproszenia do składania ofert dwa razy wprowadził znaczące zmiany do pkt 4.3 specyfikacji warunków zamówienia. A zatem, chociaż to do sądu odsyłającego, który jest wyłącznie właściwy do oceny stanu faktycznego, należy ostateczna weryfikacja, nic w materiale dostępnym dla Trybunału nie wskazuje na to, aby te zmiany były niezbędne ze względu na pojawienie się istotnej zmiany okoliczności, w których zamówienie publiczne będące przedmiotem sporu miało zostać udzielone lub wykonane, odkąd ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane.

55 — Zobacz w szczególności wyrok z dnia 6 listopada 2014 r., Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo; zob. także wyrok z dnia 10 maja 2012 r., Komisja/Niderlandy, C-368/10, EU:C:2012:284, pkt 88.

56 — Wyrok dnia 10 maja 2012 r., Komisja/Niderlandy, C-368/10, EU:C:2012:284, pkt 55.

57 — Wyrok z dnia 16 kwietnia 2015 r., Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228.

58 — Wyrok z dnia 16 kwietnia 2015 r., Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, pkt 29.

59 — Zobacz w szczególności wyrok z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 31, 32.

77. Można sobie wyobrazić okoliczności, w których taka znacząca zmiana mogłaby zajść i w których instytucja zamawiająca stałaby przed wyborem powtórzenia postępowania przetargowego ab initio lub zmiany specyfikacji warunków zamówienia. Każde z rozwiązań wiązałoby się z niedogodnościami w zakresie straty kosztów przez tych biorących już udział w postępowaniu; powstałyby oczywiste problemy, w szczególności ze względu na ryzyko nadużycia lub manipulacji, konieczności zachowania przejrzystości i równego traktowania (potencjalnych) oferentów i (ewentualnych) zwrotów (niektórych) utraconych kosztów. Na szczęście żadna z tych kłopotliwych kwestii nie wymaga w tym miejscu rozstrzygnięcia przez Trybunał i nie proponuję ich bardziej szczegółowej analizy.

78. W świetle okoliczności niniejszej sprawy dochodzę więc do wniosku, że zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, a także obowiązek przejrzystości wynikający z art. 49 i 56 TFUE stoją na przeszkodzie wprowadzaniu zmian do specyfikacji warunków zamówienia takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym, które wprowadzają ograniczenia dotyczące wykazania zdolności zawodowych przez partnerów działających na podstawie umowy o prowadzeniu wspólnych działań i które w oczywisty sposób nie były częścią pierwotnej wersji specyfikacji.

79. Tego wniosku nie można zakwestionować poprzez odniesienie do faktu, że zmiany te miały miejsce przed złożeniem jakiejkolwiek oferty, ani przez fakt, że zarząd portu morskiego zarówno opublikował zmiany w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, jak i wydłużył termin składania ofert. Jak już wyjaśniałam, kolejne zmiany pkt 4.3 specyfikacji warunków zamówienia dokonane przez zarząd portu morskiego wprowadziły bez racjonalnego uzasadnienia istotną modyfikację warunków, na jakich oferta mogła być złożona przez partnerów działających na podstawie umowy o prowadzeniu wspólnych działań [60].

80. Wreszcie, chciałabym podkreślić, że proponowana przeze mnie niniejsza analiza wynika ze specyfiki postępowania przed sądem krajowym. Nie przesądza to zatem w żadnym razie o tym, jak zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości wynikające z traktatu FUE zostałyby zastosowane w innych okolicznościach.

Wnioski

81. W świetle powyższych rozważań uważam, że Sąd powinien udzielić następującej odpowiedzi na pytanie przedstawione przez Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (sąd najwyższy Litwy):

1) W ramach przetargu publicznego nieobjętego zakresem dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych lub 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, ale który to przetarg ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne, zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz obowiązek przejrzystości wynikające z art. 49 i 56 TFUE należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu takiemu jak to zawarte w art. 24 ust. 5 Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (ustawy prawo zamówień publicznych), zgodnie z którym oferent sam musi zrealizować wskazane przez instytucję zamawiającą „główne prace", bez możliwości zlecenia podwykonawcom tej części zamówienia.

2) W tym samym kontekście zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, a także obowiązek przejrzystości wynikający z art. 49 i 56 TFUE stoją na przeszkodzie stosowaniu specyfikacji zamówienia takiej jak ta z pkt 4.3 specyfikacji warunków zamówienia, będącej przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, która w przypadku gdy partnerzy oferują połączenie swoich zdolności zawodowych przy składaniu wspólnej oferty, wymaga arytmetycznej

60 — Zobacz pkt 75 i 76 powyżej.

korelacji między częścią zamówienia wykonywaną przez każdego partnera działającego na podstawie umowy o prowadzeniu wspólnych działań a jego udziałem w spełnieniu warunku dotyczącego doświadczenia zawodowego.

3) Zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz obowiązek przejrzystości wynikające z art. 49 i 56 TFUE stoją na przeszkodzie wprowadzaniu zmian do specyfikacji warunków zamówienia takich jak te rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym, które wprowadzają ograniczenia dotyczące wykazania zdolności zawodowych przez partnerów działających na podstawie umowy o prowadzeniu wspólnych działań i które w oczywisty sposób nie były częścią pierwotnej wersji specyfikacji.