Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
NIILA JÄÄSKINENA
przedstawiona w dniu 8 września 2015 r.[1]

Sprawa C-324/14

Partner Apelski Dariusz
przeciwko
Zarządowi Oczyszczania Miasta[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

złożony przez Krajową Izbę Odwoławczą (Polska)]

Zamówienia publiczne — Dyrektywa 2004/18/WE — Artykuł 48 ust. 3 — Technologiczna i zawodowa zdolność wykonawcy — Poleganie przez oferentów „w stosownych sytuacjach" na zdolności innych podmiotów — Charakter powiązań między oferentem a tymi innymi podmiotami — Forma i stopień wykorzystania zdolności innych podmiotów — Wymogi wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu — Znaczenie dyrektywy 2014/24/UE dla wykładni dyrektywy 2004/18

I – **Wprowadzenie**

1. Wniosek Krajowej Izby Odwoławczej o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w niniejszej sprawie obejmuje dwa zagadnienia prawne odnoszące się do dziedziny prawa zamówień publicznych, trzecie zagadnienie dotyczy natomiast szerszej kwestii zakresu, w jakim dyrektywa – która w okresie właściwym ratione temporis nie weszła jeszcze w życie, a termin na jej transpozycję nie upłynął – może zostać wykorzystana pomocniczo przy dokonywaniu wykładni dyrektywy, którą następnie zastąpi.

2. W skrócie, Zarząd Oczyszczania Miasta (zwany dalej „instytucją zamawiającą"), będący jednostką organizacyjną miasta stołecznego Warszawy, wykluczył wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Partner Dariusz Apelski (zwanego dalej „PARTNER-em") z postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego na mechaniczne oczyszczanie jezdni ulic Warszawy. Powodem takiej decyzji instytucji zamawiającej był fakt, że nie była ona przekonana, iż PARTNER wykonałby prawidłowo zamówienie, zważywszy, że część jego oferty obejmowała usługi świadczone przez podmiot trzeci mający siedzibę w innym i dość odległym mieście w Polsce.

3. Pierwsza grupa pytań skierowanych do Trybunału przez Krajową Izbę Odwoławczą dotyczy zasadniczo, a właściwie wyłącznie, dowodu wymaganego od wykonawcy, który w odniesieniu do konkretnego zamówienia polega na „zdolnościach innych podmiotów" zgodnie z 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[2].

1 — Język oryginału: angielski.
2 — Dz.U. L 134, s. 114.

Pytania te dają wyraz wątpliwościom co do treści ogłoszenia o zamówieniu i jednoznaczności oferty. Druga grupa pytań dotyczy okoliczności, w jakich aukcję elektroniczną już zakończoną przez instytucję zamawiającą należy unieważnić ze względu na nieprawidłowości w sposobie jej przeprowadzenia.

4. Wreszcie ostatnie skierowane do Trybunału pytanie dotyczy tego, czy dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18[3], można posłużyć się jako przesłanką interpretacyjną w odniesieniu do dyrektywy 2004/18 w celu rozwiązania zaistniałych problemów, nawet jeżeli dyrektywa 2014/24 nie obowiązywała jeszcze w chwili opublikowania ogłoszenia o zamówieniu.

II – **Ramy prawne**

A – *Dyrektywa 2004/18*

5. Artykuł 2 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Zasady udzielania zamówień", stanowi, że „[i]nstytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty".

6. Artykuł 44 wspomnianej dyrektywy, zatytułowany „Weryfikacja predyspozycji i kwalifikacja uczestników oraz udzielanie zamówień", stanowi:

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

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

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

Wspomniane minimalne wymogi określa się w ogłoszeniu o zamówieniu.

[…]".

7. Artykuł 48 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Kwalifikacje techniczne i/lub zawodowe", przewiduje:

„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) (i) […]

3 — Dz.U. L 94, s. 65.

(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. Zgodnie z art. 51 dyrektywy, zatytułowanym „Dokumenty i informacje dodatkowe", „[i]nstytucje zamawiające mogą wezwać wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art. 45–50 lub o ich wyjaśnienie".

9. Artykuł 54 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Środki ochrony indywidualnej", 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".

B – *Dyrektywa 2014/24*

10. 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 […]".

11. Zgodnie z art. 90 ust. 1 dyrektywy 2014/24, zatytułowanym „Transpozycja i przepisy przejściowe", „[p]aństwa członkowskie wprowadzają w życie przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do wykonania niniejszej dyrektywy do dnia 18 kwietnia 2016 r. Niezwłocznie przekazują Komisji tekst tych przepisów." Na mocy art. 93 tej dyrektywy weszła ona w życie dwudziestego dnia po jej opublikowaniu w Dzienniku Urzędowym, które miało miejsce w dniu 28 marca 2014 r.

III – **Okoliczności faktyczne, przebieg postępowania i pytania prejudycjalne**

12. Instytucja zamawiająca prowadziła postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego na „kompleksowe mechaniczne oczyszczanie jezdni ulic m. st. Warszawy w sezonie zimowym i letnim w latach 2014–2017 – Etap I". Postępowanie zostało ogłoszone w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* w dniu 24 grudnia 2013 r. ze względu na wartość przekraczającą tzw. progi unijne. Instytucja zamawiająca podzieliła przedmiot zamówienia na osiem części obejmujące poszczególne dzielnice Warszawy i dopuściła składanie ofert częściowych, przy czym nie ograniczyła liczby części, na które wykonawca może złożyć ofertę. Postępowanie było prowadzone w procedurze otwartej (przetargu nieograniczonym), która obejmowała przeprowadzenie aukcji elektronicznej.

13. Oczyszczanie zimowe polega na zapobieganiu i likwidowaniu śliskości zimowej poprzez posypywanie i płużenie jezdni ulic o kategorii drogi krajowej, wojewódzkiej, powiatowej i gminnej, z których korzysta miejska komunikacja zbiorowa. Oczyszczanie letnie obejmuje zamiatanie i zmywanie jezdni ulic. Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wykonawcy musieli wykazać, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonali lub wykonują usługę lub usługi polegające na zimowym utrzymaniu jezdni dróg, o łącznej wartości wykonanych prac nie mniejszej niż 1 000 000 PLN.

14. Instytucja zamawiająca wskazała, że do oceny spełnienia tego warunku będzie brała pod uwagę wyłącznie usługi, w ramach których do zapobiegania lub likwidacji śliskości zimowej zastosowano technologię zwilżoną [4]. Instytucja ta podała także, iż w przypadku składania oferty na dwie lub więcej części zamówienia wykonawca powinien zrealizować prace o odpowiednio większej wartości, tj. wartości 1 000 000 PLN pomnożonej przez liczbę części zamówienia, na które składa ofertę. Zatem wykonawca, który złożył ofertę na osiem części, musiał wykazać usługi o wartości co najmniej 8 000 000 PLN [5].

4 — To jest chlorek sodu lub mieszankę chlorku sodu z chlorkiem wapnia, które w trakcie posypywania zostają zwilżone solanką.

5 — W postanowieniu odsyłającym podano, że podczas rozprawy instytucja zamawiająca oświadczyła, iż spełnienie tego warunku oceniała w ten sposób, że sumowała wartość wszystkich wskazanych i zaakceptowanych usług i dzieliła ją przez 1 000 000, przez co uzyskiwała liczbę części, dla których wykonawca spełnił ten warunek.

15. W załączonym do oferty wykazie usług PARTNER wymienił 14 usług, z których 12 wskazywało na jego własne doświadczenie, a dwie na doświadczenie PUM sp. z o.o. (zwaną dalej „PUM"), przedsiębiorstwo z siedzibą w Grudziądzu (około 227 km od Warszawy) jako innego podmiotu, na którego zasoby PARTNER się powołał. PARTNER dołączył do oferty zobowiązanie PUM do „udostępnienia niezbędnych zasobów". Zobowiązanie to określało sposób wykorzystania udostępnionych zasobów, a mianowicie usługi doradcze obejmujące między innymi przeszkolenie pracowników wykonawcy, udzielanie wykonawcy konsultacji, w tym pomoc w rozwiązywaniu problemów, jakie mogą pojawiać się na etapie realizacji zamówienia.

16. W dniu 11 marca 2014 r. instytucja zamawiająca poinformowała PARTNER-a, iż uznała, że ów wykonawca nie posiada koniecznych zasobów do wykonania zamówienia; w dniu 18 marca 2014 r. PARTNER odpowiedział, że gdyby zamawiający uznał wykazane doświadczenie za niewystarczające, zaliczenie jego pozostałego doświadczenia powinno nastąpić w następującej kolejności: część V, I, II, III, VIII, IV, VII, VI. Wskazał przy tym, że jeżeli wykonawca złoży ofertę na kilka części, może być ona traktowana odrębnie dla każdej z nich. Dlatego ewentualne wykluczenie wykonawcy i odrzucenie jego oferty nie powinno dotyczyć całego zamówienia, lecz jego poszczególnych części, co do których wykonawca nie spełnił warunków.

17. Instytucja zamawiająca nie zaliczyła częściowego doświadczenia PARTNER-a i wykluczyła go z postępowania w odniesieniu do każdej części na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „ustawą PZP") [6] ze względu na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Instytucja zamawiająca uznała, iż biorąc pod uwagę specyfikę prac, znajomość topografii miasta, wymagane normy czasowe do uzyskania określonych standardów utrzymania zimowego itd., nie jest możliwe rzetelne wywiązanie się ze zobowiązania będącego wynikiem przeprowadzonego postępowania bez bezpośredniego uczestnictwa PUM w realizacji wymogów zamówienia. Instytucja ta następnie przeprowadziła aukcję elektroniczną, do udziału w której PARTNER nie został zaproszony.

18. W odwołaniu wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej PARTNER podniósł, że instytucja zamawiająca wadliwie przeprowadziła czynności badania i oceny ofert. Odwołujący stwierdził, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia instytucja zamawiająca nie wskazała, iż spełnienie warunku posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia jest uzależnione od bezpośredniego uczestnictwa w wykonaniu zamówienia podmiotu, który podzielił się wiedzą oraz doświadczeniem z odwołującym, ani że doświadczenie powinno dotyczyć skonkretyzowanej wiedzy topograficznej.

19. Krajowa Izba Odwoławcza skierowała do Trybunału, na mocy art. 267 TFUE, następujące pytania:

„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

6 — Ustawa Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity, Dz.U. z 2013 r., poz. 907). Artykuł 24 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP stanowi: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: […] nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu […]."

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, 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?".

20. Uwagi na piśmie złożyli: PARTNER, Remondis sp. z o.o. i Mr Road Service sp. z o.o., interwenienci w postępowaniu głównym, rządy hiszpański, łotewski i polski oraz Komisja. Wszystkie te podmioty, z wyjątkiem rządu łotewskiego, wzięły udział w rozprawie w dniu 7 maja 2015 r., podobnie jak instytucja zamawiająca, która jednakże nie złożyła uwag na piśmie.

IV – **Analiza**

A – *Pytania dotyczące polegania na zdolności technicznej i zawodowej innego podmiotu (pytania pierwsze, drugie, trzecie, piąte i szóste)*

21. Zgodnie z tymi pytaniami, które rozważę łącznie, krajowy sąd odsyłający zwraca się zasadniczo o wskazówki co do okoliczności, w jakich oferent może, w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów w zakresie technologicznych lub zawodowych kwalifikacji w ramach składania oferty na dane zamówienie. Możliwość taką przewiduje art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18. W moim przekonaniu wspomniane pytania obejmują co do zasady trzy kwestie. Należą do nich: 1) uprawnienie oferenta do polegania na zewnętrznych zdolnościach w celu spełnienia wymogów zamówienia w odniesieniu do technicznych lub zawodowych kwalifikacji; 2) realność polegania na zdolnościach podmiotu trzeciego i 3) wykonalność przekazania takich zdolności w tym sensie, że można się na nie powołać w świetle charakteru i celu konkretnego zamówienia. Bez wątpienia art. 2, który daje wyraz zasadom ogólnym niedyskryminacji i przejrzystości, stanowi odpowiednią podstawę dla udzielenia odpowiedzi na wszystkie pytania.

22. Na wstępie warto podkreślić różnicę między poleganiem na zdolnościach innych podmiotów na podstawie art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 a podwykonawstwem, o którym mowa w art. 25 tej dyrektywy. Jak wskazano w uwagach na piśmie przedstawionych przez Hiszpanię, te dwa rozwiązania prawne różnią się w dwóch aspektach. Co się tyczy polegania na zdolnościach podmiotów trzecich, zostają one połączone ze zdolnościami oferenta przed udzieleniem zamówienia, podwykonawstwo natomiast dotyczy etapu wykonania zamówienia. Jeśli chodzi o drugi aspekt, podwykonawstwo podlega ograniczeniom, które nie dotyczą polegania na zdolnościach podmiotów trzecich[7].

1. Uprawnienie wykonawcy do powoływania się na zewnętrzne zdolności

23. Użyte w art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 wyrażenie „w stosownych sytuacjach" nie wprowadza konkretnego ograniczenia okoliczności, w jakich wykonawca może powołać się na zasoby podmiotu trzeciego przy składaniu oferty na zamówienie publiczne.

7 — Zgodnie z art. 25 dyrektywy 2004/18 w dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może żądać lub zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta wskazania w jego ofercie tej części zamówienia, której wykonanie zamierza on zlecić stronom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także do podania wszystkich proponowanych podwykonawców. Przepis ten przewiduje, że wskazanie takie pozostaje bez uszczerbku dla kwestii odpowiedzialności głównego wykonawcy.

24. W opinii w sprawie Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130) wskazałem, że brzmienie art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 sugeruje, że wykonawcom zostaje przyznane prawo do wyboru tej metody spełnienia kryteriów kwalifikacji, pod warunkiem że mogą oni udowodnić, iż rzeczywiście dysponują zasobami innych podmiotów niezbędnymi do realizacji danego zamówienia [8]. Taka wykładnia w największym możliwym zakresie odpowiada celowi otwarcia zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję i wspierania dostępu do nich małych i średnich przedsiębiorstw.

25. Następnie Trybunał uznał w wyroku Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593) – co zostało później potwierdzone w art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 – że charakter powiązań prawnych między wykonawcą a podmiotem trzecim lub podmiotami trzecimi, na których zamierza on polegać, jest bez znaczenia [9].

26. W związku z powyższym, w świetle orzecznictwa Trybunału co do zasady nie można czynić oferentowi zarzutu z tego, że polega on dodatkowo na zdolnościach innych podmiotów w celu polepszenia swojej sytuacji w postępowaniu przetargowym. Poleganie to podlega jednakże ograniczeniom, które omówię poniżej. Jak wskazano w uwagach Komisji przedstawionych na piśmie, ważne jest, by oferent *rzeczywiście dysponował* zasobami innych podmiotów w celu prawidłowego wykonania zamówienia. Owo „dysponowanie" nie wymaga szczególnej formy prawnej.

2. Rzeczywisty charakter dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, na które powołał się oferent

27. Niezależnie od tego, co zostało powiedziane w poprzednich punktach, to na oferentach, którzy powołują się na zasoby innych podmiotów, ciąży wymóg dowiedzenia instytucji zamawiającej, że zasoby te rzeczywiście są im dostępne [10]. Z tej perspektywy art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 można postrzegać jako nakładający wymóg dowodowy, którego ocena jest pozostawiona instytucji zamawiającej. 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 dyrektywy 2004/18 [11]. Innymi słowy, jak podkreśliły na rozprawie instytucja zamawiająca i rząd polski, instytucja zamawiająca jest związana obowiązkiem zapewnienia, że wybrany oferent jest rzeczywiście zdolny do prawidłowego wykonania zamówienia.

28. Celem przepisów dyrektywy 2004/18 odnoszących się do udziału osób trzecich w realizacji zamówień publicznych jest uniknięcie sytuacji, w której przedsiębiorstwo byłoby uprawnione do przyznania mu zamówienia pomimo okoliczności, że nie posiada środków niezbędnych do wykonania zamówienia. Stąd art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 wyklucza możliwość, by instytucja zamawiająca stosowała czysto formalne podejście do przedstawianego przez oferenta dowodu, stosownie do ciążących na niej obowiązków. Innymi słowy, nie jest dopuszczalne, by oferenci powoływali się na zdolności podmiotu trzeciego, jeżeli ma to wyłącznie na celu formalne spełnienie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu przesłanki minimalnej zdolności.

8 — Ibidem, pkt 24. Zobacz także w szczególności wyroki: Siemens i ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, pkt 46; Ballast Nedam Groep, C-389/92, EU:C:1994:133; Ballast Nedam Groep, C-5/97, EU:C:1997:636.

9 — Moja opinia w sprawie Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130), pkt 22. Stanowisko to jest oparate na ustaleniach Trybunału w wyrokach Ballast Nedam Groep (C-5/97, EU:C:1997:636) i Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133), w których wspomniane powiązania prawne dotyczyły spółek należących do tej samej grupy. Zobacz pkt 20–22 niniejszej opinii.

10 — Zobacz moją opinię w sprawie Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:130, pkt 23.

11 — Wyrok Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 26. Zobacz podobnie wyrok Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, pkt 28.

3. Wykonalność przekazania technologicznych lub zawodowych kwalifikacji

29. W wyroku Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646) Trybunał dokonał wykładni art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 44 ust. 2 tej dyrektywy w ten sposób, że sprzeciwiają się one ogólnej regule zakazującej wykonawcom biorącym udział w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego powoływania się na zdolności więcej niż jednego przedsiębiorstwa dla tej samej kategorii kwalifikacji. Trybunał dodał jednakże, iż „istnieją szczególne roboty budowlane, które wymagają pewnych kwalifikacji niemożliwych do uzyskania poprzez połączenie niższych kwalifikacji wielu podmiotów" i że „w takiej sytuacji instytucja zamawiająca może w uzasadniony sposób wymagać, aby minimalny poziom kwalifikacji został osiągnięty przez jeden podmiot gospodarczy" [12].

30. W niniejszej sprawie problem polega jednakże na tym, czy możliwe jest przeniesienie określonych w ogłoszeniu o zamówieniu zdolności dotyczących technologicznych lub zawodowych kwalifikacji. Jeżeli tak nie jest, PARTNER nie może zostać zakwalifikowany jako oferent.

31. Wykonalność przekazania technologicznych kwalifikacji wiąże się z pytaniem, czy technologia lub know-how mogą skutecznie zostać przeniesione przez jednego wykonawcę na drugiego, na przykład za pomocą konsultacji lub doradztwa. W uwagach stron przedstawionych na piśmie pojawiają się również pytania co do tego, czy takie zdolności różnych wykonawców można zasadniczo sumować, co w moim przekonaniu jest właśnie podejściem przyjętym przez prawodawcę Unii w art. 48 dyrektywy 2004/18. Niemniej rzeczywisty spór w postępowaniu głównym dotyczy tego, czy kwalifikacje technologiczne PUM można było przekazać PARTNER-owi bez bezpośredniego udziału PUM w wykonywaniu zamówienia. Spór nie dotyczy kwestii samego dodawania kwalifikacji podobnych do posiadanych już przez PARTNER-a.

32. Wiele zależy od okoliczności oraz charakteru i przedmiotu zamówienia. Istnieją zdolności, które można przenieść. Wyobraźmy sobie ogłoszone przez podmiot świadczący usługi w zakresie zdrowia publicznego zamówienie dotyczące obrazowania form raka przy użyciu standardowej technologii, które ma zostać przeprowadzone u określonej grupy osób. Następnie wyobraźmy sobie, że zgodnie z zamówieniem w niejednoznacznych przypadkach wyniki musi potwierdzić specjalista mający określone wyższe kwalifikacje zawodowe. W takich okolicznościach nie ma powodu, dla którego oferent nie mógłby powołać się na podmiot trzeci, który miałby przeprowadzić konieczne konsultacje. Niemniej, jeżeli zamówienie dotyczyłoby obrazowania przy użyciu nowej i niestandardowej metody, racjonalne byłoby wymaganie przez instytucję zamawiającą, by sam oferent posiadał odpowiednie zdolności. Tutaj omawiamy kwestię okoliczności faktycznych udzielenia zamówienia.

33. Niemniej, jak już wspomniałem, należy mieć na względzie charakter każdego zamówienia i potrzebę do spełnienia. To zagadnienie należy do oceny sądu krajowego.

34. Dopuszczalność wymagania przez instytucję zamawiającą udziału podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia, właśnie celem dowiedzenia, że dany oferent dysponuje odpowiednimi zdolnościami, również jest kwestią wymagającą oceny stosownie do indywidualnego przypadku. Wszystko zależeć będzie od charakteru i celu zamówienia. W moim przekonaniu łatwo jest wyobrazić sobie scenariusze, w których dane zadanie charakteryzuje się takim stopniem technicznych trudności, że jeżeli polega się na zdolnościach podmiotu trzeciego posiadającego odpowiednią wiedzę specjalistyczną, zadanie to musi zostać wykonane przez ten podmiot, a nie przez samego oferenta z pomocą doradztwa i konsultacji ze strony takiego podmiotu trzeciego.

12 — Wyrok Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 35.

4. Częściowy wniosek

35. Mając na uwadze powyższe uwagi, na pytania pierwsze, drugie, trzecie, piąte i szóste można udzielić następującej odpowiedzi: art. 44 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 w związku z jej art. 2 należy interpretować w ten sposób, że wyrażenie „w stosownych sytuacjach" nie wprowadza konkretnego ograniczenia okoliczności, w jakich wykonawca może powołać się na zasoby podmiotu trzeciego w celu dowiedzenia instytucji zamawiającej, że będzie posiadał technologiczne lub zawodowe kwalifikacje niezbędne do wykonania danego zamówienia publicznego. Charakter powiązań prawnych między wykonawcą a podmiotem trzecim lub podmiotami trzecimi, na których zamierza on polegać, jest bez znaczenia, niemniej wykonawca musi być zdolny dowieść instytucji zamawiającej, iż rzeczywiście dysponuje wszelkimi środkami niezbędnymi do realizacji postanowień zamówienia. Wykonawca może powołać się na zdolności innych podmiotów w celu wykazania swych technologicznych lub zawodowych kwalifikacji, z zastrzeżeniem ograniczeń wynikających z charakteru i celu zamówienia, którego wykonanie jest wymagane.

B – *Ogłoszenie o zamówieniu, specyfikacja istotnych warunków zamówienia oraz solidarna odpowiedzialność (pytanie czwarte)*

36. Pytanie czwarte dotyczy zasadniczo tego, czy instytucja zamawiająca w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia może (lub nawet powinna) wskazać zasady, na jakich wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów. Ściślej rzecz ujmując, czy instytucja zamawiająca może określić sposób, w jaki oferent ma obowiązek uczestniczyć w wykonaniu zamówienia oraz w jaki można łączyć potencjały wykonawcy i innego podmiotu, a także czy inny podmiot będzie ponosił odpowiedzialność solidarną z wykonawcą za prawidłową realizację zamówienia w zakresie, w jakim wykonawca powołał się na jego zdolności?

37. Hiszpania stwierdza w uwagach na piśmie, że ogłoszenie o zamówieniu lub specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinny określać zasady, wedle których oferent może polegać na zdolnościach innych podmiotów, o ile wymogi te są proporcjonalne i bezpośrednio związane z przedmiotem danego zamówienia. Rząd polski w uwagach na piśmie również opowiada się za takim rozwiązaniem.

38. Moim zdaniem właściwym stanowiskiem jest stanowisko Komisji. W uwagach na piśmie wskazuje ona, że skoro oferenci są uprawnieni do powołania się na zdolności podmiotów trzecich, instytucje zamawiające nie mają prawa nakładania żadnych wyraźnych warunków, które mogłyby podważyć to prawo. Oferent jest uprawniony do określenia, w jaki sposób skorzysta z tych zdolności. Komisja słusznie dodaje, że z praktycznego punktu widzenia może być prawie niemożliwe, by instytucja zamawiająca określiła z góry specyfikację sposobu, w jaki można się powoływać na zdolności innych podmiotów; nie może ona z góry przewidzieć wszelkich możliwych scenariuszy wykorzystania zdolności podmiotów trzecich. Powyższe odnosi się oczywiście do przypadku braku kryterium określonego w orzecznictwie Swm Costruzioni 2 dotyczącym sytuacji, w których takie powoływanie się jest wykluczone.

39. Zasady ogólne wypracowane przez Trybunał w odniesieniu do ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz *zasada przejrzystości* znajdują zastosowanie do tego zagadnienia. Przypominam, że obowiązek zachowania przejrzystości ma na celu wykluczenie wszelkiego ryzyka arbitralności po stronie instytucji zamawiającej [13] oraz że zasada równego traktowania i obowiązek zachowania przejrzystości zakazują instytucji zamawiającej odrzucania ofert spełniających wymogi zaproszenia do składania ofert na tej podstawie, że nie zostały one określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia [14]. Zwracam również uwagę, że art. 23 ust. 2 dyrektywy 2004/18

13 — Wyrok SC Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, pkt 26 i przytoczone tam orzecznictwo.

14 — Ibidem, pkt 28.

stanowi, że specyfikacja techniczna „powinna umożliwiać oferentom jednakowy dostęp i nie może powodować tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję", a zgodnie z art. 23 ust. 3 lit. c) wymogi techniczne mogą obejmować wymogi w zakresie charakterystyki.

40. Jestem zdania, że w sytuacji wystąpienia specyficznych przesłanek określonych w wyroku Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 35), gdy instytucja zamawiająca wymaga, *jako warunek udzielenia zamówienia*, by dany minimalny poziom zdolności został osiągnięty przez jednego wykonawcę, konieczne jest określenie tego warunku z góry, w ogłoszeniu o zamówieniu bądź specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W takich okolicznościach określona w art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 możliwość powoływania się na zdolności podmiotu trzeciego jest wykluczona. Wydaje się to być jedynym sposobem zachowania zgodności z obowiązkiem przejrzystości przy badaniu adekwatności kandydatów, gdyż w przeciwnym wypadku potencjalni oferenci nie byliby informowani o wszystkich wiążących i bezwarunkowych wymogach odnoszących się do minimalnych zdolności [15].

41. Jest to jednakże kwestia odmienna od oceny, czy oferent powołujący się na zdolności podmiotu trzeciego *rzeczywiście* spełnia wymogi dotyczące technologicznych lub zawodowych kwalifikacji, podane w ogłoszeniu o zamówieniu. Kwestię tę można ocenić wyłącznie poprzez porównanie ofert z wymogami adekwatności podanymi w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w świetle kryteriów opisanych powyżej w kontekście pytań pierwszego, drugiego, trzeciego, piątego i szóstego.

42. Wreszcie, co się tyczy solidarnej odpowiedzialności, Komisja w uwagach na piśmie opiera się na art. 63 ust. 1 wers trzeci dyrektywy 2014/24 celem poparcia argumentu za nią przemawiającego. Natomiast PARTNER i rząd hiszpański podnoszą, że niemożliwe jest nałożenie solidarnej odpowiedzialności, gdyż to jedynie oferent, który uczestniczył w postępowaniu przetargowym, jest odpowiedzialny za wykonanie zamówienia, a nie jakikolwiek podmiot trzeci, na którego zdolności oferent się powołał.

43. Ze względów, które przedstawię w odpowiedzi na pytanie dziesiąte, nie jest możliwe wyprowadzenie bezwarunkowych reguł z dyrektywy 2014/24 w ramach stosowania dyrektywy 2004/18, jeżeli brak ich w dyrektywie 2004/18 lub jeżeli nakładają bardziej szczegółowe normy lub wymogi niż odpowiadające im przepisy dyrektywy 2004/18. Tym samym nałożenie solidarnej odpowiedzialności powinno być niemożliwe przed upływem okresu implementacji dyrektywy 2014/24.

44. Z powyższych przyczyn Trybunał powinien odpowiedzieć na pytanie czwarte w ten sposób, że art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 w związku z jej art. 2 należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna wskazać przesłanki powodujące wyłączenie możliwości powołania się na art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 celem wykazania spełnienia wymogów w zakresie minimalnych zdolności. Instytucja zamawiająca nie może ponadto określić w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyraźnych przesłanek lub zasad dotyczących tego, czy i w jaki sposób oferenci mogą powoływać się na zdolności innych podmiotów.

15 — Zobacz analogicznie orzecznictwo w przedmiocie kryteriów udzielania zamówienia, na przykład wyrok Komisja/Francja (C-299/08, EU:C:2009:769, pkt 41), w którym Trybunał orzekł, iż „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" (kursywa dodana przez mnie). Zobacz także wyrok ATI EAC e Viaggi di Maio i in. (C-331/04, EU:C:2005:718), który określił w pkt 32 granice nadawania konkretnej wagi podpunktom stosowanego kryterium oceny, oraz wyrok Universale-Bau i in. (C-470/99, EU:C:2002:746, pkt 100), w którym od instytucji zamawiającej wymagano ustalenia, w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach przetargowych, zasad ważenia kryteriów wyboru kandydatów, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert.

C – *Wyjaśnienia dotyczące ofert (pytanie siódme)*

45. Pytanie siódme dotyczy zasadniczo zakresu dialogu, jaki może zostać wszczęty między instytucją zamawiającą a oferentem, na przykład w ramach uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów po złożeniu ofert, w sytuacji gdy dopuszczalne jest złożenie oferty co do części zamówienia. Przypominam w tym względzie, że zgodnie z art. 51 dyrektywy 2004/18 instytucja zamawiająca może wezwać wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art. 45–50 lub o ich wyjaśnienie.

46. W moim przekonaniu Trybunał może udzielić krótkiej odpowiedzi na to pytanie. Trybunał wykluczył już wszelkie negocjacje między instytucją zamawiającą a jednym z oferentów. Instytucje zamawiające nie mogą wymagać wyjaśnienia ofert, które uważają za niedokładne lub niezgodne z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zanim takie oferty nie zostaną odrzucone [16].

47. Złożona oferta nie może zostać zmieniona, czy to z inicjatywy oferenta, czy instytucji zamawiającej [17]. Instytucja zamawiająca może wyjątkowo wezwać do rozwinięcia szczegółów oferty, takich jak samo wyjaśnienie lub poprawienie oczywistych błędów materialnych, bez wymagania lub akceptowania jakichkolwiek zmian oferty [18]

48. Podanie informacji dotyczącej kolejności zaliczania części objętych ofertą, po złożeniu ofert, nie jest moim zdaniem jedynie uściśleniem, lecz materialną zmianą oferty. Dopuszczenie takiej praktyki stanowiłoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Taka sytuacja nie jest objęta katalogiem wyjątkowych okoliczności, w których dopuszczalne jest wyjaśnienie ofert.

49. Tym samym jestem zdania, że na pytanie siódme należy odpowiedzieć w ten sposób, że gdy dopuszczalne jest złożenie oferty co do części zamówienia, wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców stoi na przeszkodzie zadeklarowaniu przez wykonawcę, po złożeniu oferty, do której części zamówienia należy przypisać wskazane przez niego zasoby mające służyć wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

D – *Nieprawidłowości w przeprowadzeniu aukcji elektronicznej (pytania ósme i dziewiąte)*

50. Pytania ósme i dziewiąte dotyczą konsekwencji dla udzielenia zamówienia niezaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich oferentów o odpowiednich predyspozycjach.

16 — Wyrok SAG ELV Slovensko i in. (C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 36, 37). Przypominam, że dyrektywa 2004/18 zawiera przepisy dotyczące dialogu konkurencyjnego w odniesieniu do szczególnie złożonych zamówień (art. 29) oraz procedur negocjacyjnych (art. 30). Przepisy te są jednakże nieistotne dla niniejszej sprawy.

17 — Zobacz wyrok Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), w którym Trybunał orzekł w pkt 31, że „[z]asada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacjom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta. Z tego względu instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia”.

18 — Wyrok SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 40, 41. Zobacz również wyrok Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 32.

51. Przypominam na wstępie, że zgodnie z art. 54 ust. 4 akapit drugi dyrektywy 2004/18 „[w]szyscy oferenci, którzy złożyli dopuszczalne oferty, zapraszani są jednocześnie za pomocą środków elektronicznych do przedstawienia nowych cen lub nowych wartości." Artykuł 54 ust. 8 dyrektywy 2004/18 zakazuje korzystania z aukcji elektronicznej w szczególności w sposób uniemożliwiający lub zakłócający konkurencję. Pragnę następnie zauważyć, że sąd krajowy nie zapytuje o dostępne wykonawcom środki zaradcze w odniesieniu do nieprawidłowej aukcji elektronicznej [19], lecz o obowiązki instytucji zamawiającej na mocy dyrektywy 2004/18 w takiej sytuacji.

52. Wyrażam pogląd, że jeżeli oferent o odpowiednich predyspozycjach spełniający kryteria określone w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji technicznej powinien był zostać zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej zgodnie z art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/18, lecz zaproszony nie został, z wyrażonego w art. 2 dyrektywy 2004/18 wymogu równego i niedyskryminacyjnego traktowania wynika, że aukcja powinna zostać powtórzona. Powinno tak się stać niezależnie od tego, czy jego udział zmieniłby wynik aukcji czy też nie [20]. Oznacza to, że zamówienia nie można udzielić na podstawie nielegalnych lub nieprawidłowych aukcji elektronicznych tego rodzaju.

53. Proponuję więc, by na pytania ósme i dziewiąte odpowiedzieć w ten sposób, że art. 2 dyrektywy 2004/18 wymaga unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej w sytuacji, gdy kandydat spełniający kryteria udziału w postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia nie został zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej.

E – *Czy dyrektywę 2014/24 można wziąć pod uwagę do celów wykładni dyrektywy 2004/18? (pytanie dziesiąte)*

54. W pytaniu dziesiątym odsyłający sąd krajowy zmierza do ustalenia, czy przy interpretowaniu przepisów dyrektywy 2004/18 jest dozwolone 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.

55. Pytanie to bierze się stąd, że art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24 jest zatytułowany „Poleganie na zdolności innych podmiotów" i zawiera bardziej szczegółowe niż dyrektywa 2004/18 przepisy regulujące tę kwestię. Artykuł 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24, podobnie jak art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18, stanowi, że „charakter prawny" powiązań między podmiotami jest bez znaczenia. Niemniej ów art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24 dodaje, iż jeżeli dany wykonawca jest zależny od „wykształcenia i kwalifikacji zawodowych" lub „doświadczenia zawodowego", może on polegać na zdolnościach innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. Ponadto art. 63 ust. 2 dyrektywy 2014/24 stanowi, że instytucje zamawiające mogą wymagać, aby określone kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta.

19 — O środkach tych mowa jest w **dyrektywie Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane** (Dz.U. L 395, s. 33), zmienionej dyrektywą **2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającą dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.U. L 335, s. 31)**.

20 — PARTNER stwierdził na rozprawie, że nie został zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej w przedmiocie udzielenia spornego zamówienia.

56. Zaznaczam na wstępie, że problem, z którym mierzy się sąd krajowy, dotyczy wzajemnych relacji *między dwoma unijnymi aktami ustawodawczymi*. Tym samym orzecznictwo dotyczące obowiązków państw członkowskich w okresie wyznaczonym na transpozycję dyrektywy [21] w zakresie interpretacji prawa krajowego w tym okresie [22] jest tu nieistotne.

57. Przypominam ponadto, że Trybunał niedawno orzekł, iż w sytuacji gdy dyrektywa 2014/24 weszła w życie po zaistnieniu okoliczności faktycznych sprawy w postępowaniu głównym, nie może mieć zastosowania do sporu [23]. Jest to spójne z jego wcześniejszymi ustaleniami w kontekście okresu przejściowego między dyrektywą Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane [24], a dyrektywą 2004/18. W przypadku wykluczenia oferty z postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia przed dniem upływu terminu na transpozycję dyrektywy 2004/18 Trybunał orzekł, iż byłoby „niezgodne z zasadą pewności prawa, gdyby przy ustalaniu, jakie przepisy mają zastosowanie w sprawie zawisłej przed sądem krajowym brać pod uwagę datę udzielenia zamówienia" [25]. Wskazał równocześnie, iż „dyrektywa 2004/18 nie ma zastosowania do decyzji wydanej przez instytucję zamawiającą w trakcie przetargu na roboty budowlane przed upływem terminu do transpozycji tej dyrektywy" [26]. W niniejszej sprawie sąd krajowy nie zwraca się jednakże o szczegółowe wyjaśnienia dotyczące związku między poszczególnymi przepisami starej i nowej dyrektywy, lecz o ogólne wytyczne.

58. Niemniej jednak Trybunał co najmniej jeden raz powołał się zarówno na motyw, jak i na przepis dyrektywy 2014/24 przy dokonywaniu wykładni dyrektywy 2004/18. Nie wyjaśnił natomiast powodów takiego działania [27].

59. Jestem zdania, że związek między dwoma sukcesywnymi unijnymi aktami ustawodawczymi w zakresie ich interpretacji musi być analizowany z właściwym uwzględnieniem intencji ustawodawcy. Brzmienie pytania dziesiątego nie jest jednakże pomocne w tym względzie, jako że nie jest jasne, czy wskazanie na „pewne założenia i intencje ustawodawcy unijnego" odnosi się do dyrektywy 2014/24 czy dyrektywy 2004/18.

60. Jest dla mnie oczywiste, że dyrektywa 2014/24 nie może wyjaśnić zamierzeń prawodawczych dyrektywy 2004/18. Niemniej, z preambuły i przepisów dyrektywy 2014/24 można wywieść, że zamiarem prawodawczym w odniesieniu do niektórych jej przepisów było skodyfikowanie istniejącego orzecznictwa, w którym dyrektywa 2004/18 znalazła zastosowanie. W takiej sytuacji brak jest przeciwwskazań do uwzględnienia późniejszej dyrektywy przy dokonywaniu wykładni wcześniejszej. Z drugiej strony, jeżeli zamysłem prawodawcy jest odejście od przepisów dyrektywy 2004/18 lub istniejącego orzecznictwa, wówczas nowa dyrektywa nie może służyć za przesłankę interpretacyjną wobec poprzedniej dyrektywy.

21 — Zobacz na przykład ostatnio opinia rzecznik generalnej E. Sharpston w sprawie bpost (C-340/13, EU:C:2014:2302), pkt 29, przytaczająca wyroki: Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, EU:C:1997:628, pkt 45; ATRAL, C-14/02, EU:C:2003:265, pkt 58; Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias i in., C-43/10, EU:C:2012:560, pkt 57.

22 — Ibidem, przytoczenie wyroku Adeneler i in., -212/04, EU:C:2006:443, pkt 122, 123.

23 — Wyrok Ambisig, C-601/13, EU:C:2015:204, pkt 24.

24 — Dz.U. L 199, s. 54.

25 — Wyrok Hochtief i Linde-Kca-Dresden, C-138/08, EU:C:2009:627, pkt 29.

26 — Ibidem, pkt 30. Dodam, że podejście to jest spójne z podejściem przyjętym przez Trybunał w wyrokach: Monsees, C-350/97, EU:C:1999:242, pkt 27; Komisja/Francja, C-337/98, EU:C:2000:543, pkt 38–39.

27 — Wyrok Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, pkt 37. Zwracam także uwagę, że rzecznik generalna J. Kokott w opinii w sprawie Auroux i in. (C-220/05, EU:C:2006:410, pkt 50), odniosła się do przepisu dyrektywy 2004/18 w celu potwierdzenia wykładni dyrektywy 93/37, mimo że ten pierwszy akt nie był właściwy ratione temporis. W pkt 61 wyroku Auroux i in. (C-220/05, EU:C:2007:31) Trybunał zauważył jednak, że wspomniany przepis dyrektywy 2004/18 „ratione temporis nie znajduje zastosowania do stanu faktycznego w sprawie głównej". Zobacz również uwagę w opinii rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino" i in. (C-113/13, EU:C:2014:291), pkt 40, i dokonane przez Trybunał wyłączenie adekwatności dyrektywy 2014/24 dokonane w pkt 8 wyroku Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino"i in., C-113/13, EU:C:2014:2440.

61. Na drugim końcu skali krajowy sąd odsyłający wprowadza warunek. Pytanie dziesiąte zakłada, że uwzględnienie dyrektywy 2014/24 jest wykluczone, jeżeli jest ona „sprzeczna z przepisami dyrektywy 2004/18". Wynika to jednoznacznie z zasady pewności prawa, która zakazuje stosowania z mocą wsteczną aktu, który nie znajduje zastosowania ratione temporis [28].

62. Istotę pytania stanowią jednakże przepisy dyrektywy 2014/24, które dodają pewne szczegóły do dyrektywy 2004/18 lub stosownie do przypadku – orzecznictwa, w sytuacji braku logicznej sprzeczności między aktami, oraz milczenia lub braku precyzji dyrektywy 2004/18 w danej kwestii.

63. Jestem zdania, że z zasady pewności prawa wynika, iż bezwarunkowe zasady lub przesłanki oparte na dyrektywie 2014/24 nie mogą być stosowane jako „wykładnia" dyrektywy 2004/18 ze szkodą dla wykonawców biorących udział w postępowaniach w przedmiocie udzielenia zamówienia. Niemniej, jeżeli zamysłem prawodawcy w odniesieniu do odpowiednich przepisów dyrektywy 2014/24 jest dalszy rozwój harmonizacji istniejących przepisów i orzecznictwa, a nie jej zerwanie, wówczas brak jest przeszkód dla wykorzystania ich jako przesłanki interpretacyjnej dyrektywy 2004/18.

64. Z powyższych względów proponuję, by na pytanie dziesiąte odpowiedzieć w ten sposób, że przy dokonywaniu wykładni przepisów dyrektywy 2004/18 jest dopuszczalne wykorzystanie jako przesłanki interpretacyjnej treści przepisów dyrektywy 2014/24 i jej preambuły, nawet jeżeli termin transpozycji tej dyrektywy jeszcze nie upłynął, o ile kodyfikuje ona orzecznictwo stosujące dyrektywę 2004/18 lub dodaje do niej pewne szczegóły, lecz nie jest sprzeczna z dyrektywą 2004/18 ani nie ustanawia bezwarunkowych zasad lub przesłanek ze szkodą dla wykonawców.

V – **Wnioski**

65. Na podstawie powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał udzielił następujących odpowiedzi na pytania przedstawione przez Krajową Izbę Odwoławczą:

Pytania pierwsze, drugie, trzecie, piąte i szóste

Artykuł 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 w związku z jej art. 2 należy interpretować w ten sposób, że wyrażenie „w stosownych sytuacjach" nie wprowadza konkretnego ograniczenia okoliczności, w jakich wykonawca może powołać się na zasoby podmiotu trzeciego w celu dowiedzenia instytucji zamawiającej, że będzie posiadał technologiczne lub zawodowe kwalifikacje niezbędne do wykonania danego zamówienia publicznego. Charakter powiązań prawnych między wykonawcą a podmiotem trzecim lub podmiotami trzecimi, na których zamierza on polegać, jest bez znaczenia, niemniej wykonawca musi być zdolny dowieść instytucji zamawiającej, iż rzeczywiście dysponuje wszelkimi środkami niezbędnymi do realizacji postanowień zamówienia. Wykonawca może powołać się na zdolności innych podmiotów w celu wykazania swych technologicznych lub zawodowych kwalifikacji, z zastrzeżeniem ograniczeń wynikających z charakteru i celu zamówienia, którego wykonanie jest wymagane.

Pytanie czwarte

28 — Przypominam tu klasyczne sformułowanie Trybunału w wyroku Fedesa i in. (C-331/88, EU:C:1990:391, pkt 45), w którym orzekł on, iż „zasada pewności prawa wyklucza zasadniczo wywoływanie skutków przez wspólnotowy akt prawny od chwili poprzedzającej jego publikację; wyjątkowo może być inaczej gdy wymaga tego założony cel i gdy uzasadnione oczekiwania zainteresowanych podmiotów są należycie przestrzegane". Te niezbędne przesłanki retroaktywności nie występują w niniejszej sprawie.

Artykuł 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 w związku z jej art. 2 należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna wskazać przesłanki powodujące wyłączenie możliwości powołania się na art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 celem wykazania spełnienia wymogów w zakresie minimalnych zdolności. Instytucja zamawiająca nie może ponadto określić w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyraźnych przesłanek lub zasad dotyczących tego, czy i w jaki sposób oferenci mogą powoływać się na zdolności innych podmiotów.

Pytanie siódme

Gdy dopuszczalne jest złożenie oferty co do części zamówienia, wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców stoi na przeszkodzie zadeklarowaniu przez wykonawcę, po złożeniu oferty, do której części zamówienia należy przypisać wskazane przez niego zasoby mające służyć wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Pytania ósme i dziewiąte

Artykuł 2 dyrektywy 2004/18 wymaga unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej w sytuacji, gdy kandydat spełniający kryteria udziału w postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia nie został zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej.

Pytanie dziesiąte

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE może być wykorzystywana jako przesłanka interpretacyjna dyrektywy 2004/18, mimo że termin transpozycji dyrektywy 2014/24 jeszcze nie upłynął, tylko jeżeli kodyfikuje ona orzecznictwo stosujące dyrektywę 2004/18 lub dodaje do niej pewne szczegóły, a odpowiednie przepisy dyrektywy 2014/24 nie są sprzeczne z dyrektywą 2004/18 ani nie ustanawiają bezwzględnie wiążących zasad lub przesłanek ze szkodą dla wykonawców.