

I. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] można interpretować w ten sposób, że za »stosowne sytuacje«, w których wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, należy uznać każdą sytuację, w której dany wykonawca nie posiada wymaganych przez instytucję zamawiającą kwalifikacji i zechce się na taką zdolność innych podmiotów powołać? Czy też wskazanie, że wykonawca może polegać na zasobach innych podmiotów jedynie w »stosownych sytuacjach« należy uznać za ograniczenie wskazujące, że takie powoływanie się może następować jedynie wyjątkowo, a nie jako reguła przy kwalifikacji wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego?

2) Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] można interpretować w ten sposób, że poleganie przez wykonawcę na zdolnościach innych podmiotów w zakresie ich wiedzy i doświadczenia »niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań« oraz »dysponowanie zasobami« tych podmiotów oznacza, że w trakcie realizacji zamówienia wykonawca nie musi mieć z tymi podmiotami żadnych powiązań lub mieć bardzo luźne i nieokreślone powiązania, tj. może wykonywać zamówienie samodzielnie (bez udziału innego podmiotu) albo udział ten może polegać na »doradztwie«, »konsultacjach«, »szkoleniu« itp.? Czy też art. 48 ust. 3 należy interpretować w ten sposób, że podmiot, na którego zdolności powołuje się wykonawca, musi rzeczywiście i osobiście wykonać zamówienie w zakresie, w jakim jego zdolności były deklarowane?

3) Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] można interpretować w ten sposób, że wykonawca, który ma własne doświadczenie, ale w zakresie mniejszym, niż chciałby wykazać zamawiającemu (np. niewystarczającym dla złożenia oferty na wszystkie części zamówienia), może powoływać się dodatkowo na zdolności innych podmiotów w celu poprawienia swojej sytuacji w postępowaniu?

4) Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] można interpretować w ten sposób, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia może (lub nawet powinien) wskazać zasady, na jakich wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, np. w jaki sposób inny podmiot powinien uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w jaki sposób można łączyć potencjały wykonawcy i innego podmiotu, czy inny podmiot będzie ponosił odpowiedzialność solidarną z wykonawcą za prawidłową realizację zamówienia w zakresie, w jakim wykonawca powołał się na jego zdolności?

5) Czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców zezwala na takie powoływanie się na zdolności innego podmiotu, o których mowa w art. 48 ust. 3 tej dyrektywy, w ramach którego nastąpi sumowanie zdolności dwóch lub więcej podmiotów, które nie posiadają zdolności w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganych przez instytucję zamawiającą?

6) A tym samym, czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców zezwala na taką interpretację art. 44 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 [...], zgodnie z którą spełnienie warunków udziału w postępowaniu postawionych przez instytucję zamawiającą może być jedynie formalne dla celów udziału w postępowaniu i niezależne od rzeczywistych kwalifikacji wykonawcy?

7) Czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców zezwala na to, by, w przypadku gdy dopuszczalne jest złożenie oferty co do części zamówienia, wykonawca po złożeniu ofert, np. w ramach uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów, zadeklarował, do której części zamówienia należy zakwalifikować wskazane przez niego zasoby mające służyć wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu?

8) Czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości zezwala na unieważnienie przeprowadzonej aukcji i powtórzenie aukcji elektronicznej, w przypadku gdy została ona przeprowadzona w istotny

sposób nieprawidłowo, np. nie zostali zaproszeni do niej wszyscy wykonawcy, którzy złożyli dopuszczalne oferty?

9) Czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości zezwala na udzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta została wybrana w wyniku takiej aukcji bez jej powtarzania, w przypadku gdy nie można stwierdzić, czy udział pominiętego wykonawcy zmieniłby jej wynik?

10) Czy przy interpretacji przepisów dyrektywy 2004/18 [...] dozwolone jest posługiwanie się treścią przepisów i preambuły dyrektywy [...] 2014/24 [...], pomimo że nie upłynął czas na jej implementację, jako przesłanką interpretacyjną w zakresie, w jakim wyjaśnia ona pewne założenia i intencje ustawodawcy Unii, a nie jest sprzeczna z przepisami dyrektywy 2004/18 [...]?"

II. Trybunał (pierwsza izba) orzekł, co następuje:

1) Artykuł 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w związku z art. 44 ust. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że:

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

2) Artykuł 48 ust. 2 i 3 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że uwzględniając przedmiot danego zamówienia i jego cele, instytucja zamawiająca może w szczególnych okolicznościach do celów prawidłowego wykonania tego zamówienia wskazać wyraźnie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowe zasady, zgodnie z którymi wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, pod warunkiem że te zasady są związane z przedmiotem i celami tego zamówienia oraz względem nich proporcjonalne.

3) Wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że w okolicznościach takich jak w postępowaniu głównym sprzeciwiają się one, aby instytucja zamawiająca po otwarciu ofert złożonych w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, uwzględniła wnioski wykonawcy, który złożył ofertę dotyczącą całego zamówienia o wzięcie pod uwagę jego oferty wyłącznie do celów udzielenia niektórych części tego zamówienia.

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

5) W okolicznościach takich jak w postępowaniu głównym art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 nie może być interpretowany w świetle art. 63 ust. 1 dyrektywy Parlamentu

Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywy 2004/18.

III. Główne założenia orzeczenia:

W przedmiocie pytań od pierwszego do trzeciego, piątego i szóstego

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

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 przyznają każdemu podmiotowi gospodarczemu prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z nimi powiązań, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r. Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 29, 33).

Taka wykładnia jest zgodna z celem polegającym na otwarciu zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję, założonym w dyrektywach z tej dziedziny w interesie nie tylko wykonawców, lecz również instytucji zamawiających. Ponadto wykładnia ta sprzyja także ułatwianiu małym i średnim przedsiębiorstwom dostępu do zamówień publicznych, co zgodnie z jej motywem 32 jest również założeniem dyrektywy 2004/18 (wyrok z dnia 10 października 2013 r. Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 34 i przytoczone tam orzecznictwo).

Wynika stąd, że uwzględniając wagę, jaką posiada ono w ramach przepisów Unii z dziedziny zamówień publicznych, prawo ustanowione w art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 tejże dyrektywy stanowi ogólną zasadę, którą instytucje zamawiające muszą wziąć pod uwagę przy wykonywaniu swych kompetencji w zakresie weryfikacji zdolności oferenta do wykonania określonego zamówienia.

W tym kontekście okoliczność, że zgodnie z art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów „w stosownych sytuacjach”, nie może być interpretowana, jak zdaje się sugerować w szczególności sąd odsyłający, w ten sposób, że taki podmiot może odwołać się do zdolności podmiotów trzecich wyłącznie w wyjątkowych przypadkach.

Należy wobec tego stwierdzić w pierwszej kolejności, że o ile oferent ma swobodę wyboru w zakresie ustanowienia i charakteru prawnego powiązań, które zamierza ustanowić z podmiotami, na których zdolnościach polega, to jest on jednak zobowiązany przedstawić dowód, że rzeczywiście dysponuje zasobami tych podmiotów, które to zasoby nie stanowią jego własności, a są niezbędne do wykonania zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 2 grudnia 1999 r. Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo).

Zgodnie zatem z art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 oferent nie może polegać na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia wymaganych przez instytucję zamawiającą warunków w czysto formalny sposób.

W drugiej kolejności, jak orzekł już Trybunał, przepisy dyrektywy 2004/18 nie sprzeciwiają się temu, aby korzystanie z prawa ustanowionego w art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 tej dyrektywy było ograniczone w wyjątkowych okolicznościach (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r. Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 36).

Nie można bowiem wykluczyć, że szczególne roboty budowlane wymagają pewnych kwalifikacji niemożliwych do uzyskania poprzez połączenie niższych kwalifikacji wielu podmiotów. W takiej sytuacji instytucja zamawiająca może zatem w uzasadniony sposób wymagać, aby minimalny poziom kwalifikacji został osiągnięty przez jeden podmiot gospodarczy lub stosownie do okoliczności przez odwołanie się do ograniczonej liczby podmiotów gospodarczych, na mocy art. 44

ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18, o ile wymóg ten jest związany z przedmiotem danego zamówienia i jest w stosunku do niego proporcjonalny (wyrok z dnia 10 października 2013 r. Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 35).

Ponadto nie można wykluczyć, że w szczególnych okolicznościach z uwagi na charakter i cele danego zamówienia oferent nie może polegać na zdolnościach podmiotu trzeciego niezbędnych do wykonania danego zamówienia. W rezultacie w takich okolicznościach oferent może powołać się na wskazane zdolności wyłącznie wtedy, gdy podmiot trzeci osobiście i bezpośrednio uczestniczy w wykonaniu danego zamówienia.

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

- przyznają one każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z tymi podmiotami powiązań, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania tego zamówienia oraz

- nie można wykluczyć, że korzystanie z tego prawa może być ograniczone w szczególnych okolicznościach z uwagi na przedmiot danego zamówienia, a także jego cele. Jest tak w szczególności w przypadku, gdy kandydat lub oferent nie może polegać na zdolnościach podmiotu trzeciego niezbędnych do wykonania tego zamówienia, co oznacza, że może on powołać się na wskazane zdolności wyłącznie wtedy, gdy podmiot trzeci osobiście i bezpośrednio uczestniczy w wykonaniu danego zamówienia.

W przedmiocie pytania czwartego

W pytaniu czwartym sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 48 ust. 2 i 3 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca ma możliwość wskazania wyraźnie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowych zasad, zgodnie z którymi wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów.

Z tego względu instytucja zamawiająca nie może co do zasady ustanowić wyraźnych wymogów mogących stanowić przeszkodę w wykonywaniu prawa przysługującego każdemu wykonawcy do polegania na zdolnościach innych podmiotów w szczególności poprzez wskazanie z góry szczegółowych zasad, zgodnie z którymi wykonawca może powołać się na zdolności tych innych podmiotów. Jest tak tym bardziej, że w praktyce, jak słusznie zauważyła Komisja Europejska, wydaje się trudne, a wręcz niemożliwe, aby wykonawca mógł przewidzieć a priori wszystkie możliwe przypadki wykorzystania zdolności innych podmiotów.

Wobec tego, jak zostało stwierdzone w odpowiedzi na pytania od pierwszego do trzeciego, piąte i szóste, a także uwzględniając przedmiot danego zamówienia i jego cele, korzystanie z tego prawa może być ograniczone w szczególnych okolicznościach, takich jak wskazane w pkt 39–41 niniejszego wyroku.

W rezultacie na pytanie czwarte należy odpowiedzieć, iż art. 48 ust. 2 i 3 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że uwzględniając przedmiot danego zamówienia i jego cele, instytucja zamawiająca może w szczególnych okolicznościach do celów prawidłowego wykonania tego zamówienia wskazać wyraźnie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowe zasady, zgodnie z którymi wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, pod warunkiem że te zasady są związane z przedmiotem i celami tego zamówienia oraz proporcjonalne względem nich.

W przedmiocie pytania siódmego

W pytaniu siódmym sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one, aby instytucja zamawiająca po otwarciu ofert złożonych

w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego uwzględniła wniosek wykonawcy, który złożył ofertę dotyczącą całego zamówienia o wzięcie pod uwagę jego oferty do celów udzielenia wyłącznie niektórych części tego zamówienia.

Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy przypomnieć, że zgodnie z motywem 46 i art. 2 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające zapewniają równe traktowanie wykonawców w sposób niedyskryminacyjny i przejrzysty.

W związku z tym, po pierwsze, zasady równego traktowania i niedyskryminacji wymagają, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika zatem wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Po drugie, obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po wtóre, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 6 listopada 2014 r. *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo).

W tym celu instytucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, że żądanie wyjaśnienia oferty nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r. *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 36).

Ponadto, korzystając z przysługującego jej swobodnego uznania w zakresie możliwości zwrócenia się do kandydatów o wyjaśnienie ofert, instytucja zamawiająca ma obowiązek traktować kandydatów w sposób równy i lojalny, tak by żądania wyjaśnień nie można było uznać po zakończeniu procedury wyboru ofert i w świetle jego wyniku za nieuzasadnione bardziej lub mniej korzystne traktowanie kandydata lub kandydatów, do których żądanie takie skierowano (wyrok z dnia 10 października 2013 r. *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 37).

Tymczasem nie ulega wątpliwości, że taka informacja, w której wykonawca wskazuje instytucji zamawiającej, po otwarciu ofert, kolejność poszczególnych części danego zamówienia, zgodnie z którą powinna być oceniana jego oferta, z pewnością nie jest jedynie niewielkim wyjaśnieniem lub poprawieniem oczywistych błędów materialnych w rozumieniu orzecznictwa przypomnianego w pkt 63 niniejszego wyroku i stanowi de facto istotną zmianę, prowadzącą raczej do przedstawienia nowej oferty.

Wynika stąd, że instytucja zamawiająca nie może pozwolić wykonawcy na sprecyzowanie w taki sposób jego pierwotnej oferty, pod rygorem naruszenia zasad równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców, a także wynikającego z nich obowiązku przejrzystości, którym podlegają zgodnie z art. 2 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające (zob. podobnie wyrok z dnia 6 listopada 2014 r. *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 43).

Z powyższego wynika, że na pytanie siódme należy odpowiedzieć, iż wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że w okolicznościach takich jak w postępowaniu głównym sprzeciwiają się one, aby instytucja zamawiająca po otwarciu ofert złożonych w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, uwzględniła wniosek wykonawcy, który złożył ofertę dotyczącą całego zamówienia o wzięcie pod uwagę jego oferty wyłącznie do celów udzielenia niektórych części tego zamówienia.

W przedmiocie pytań ósmego i dziewiątego

Poprzez pytania ósme i dziewiąte, które należy rozważyć łącznie, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że wymagają one unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej, do udziału w której nie został zaproszony wykonawca, który

złożył dopuszczalną ofertę, także w przypadku gdy nie można stwierdzić, czy udział pominiętego wykonawcy zmieniłby jej wynik.

W ramach takiej procedury, jak stwierdza wskazany motyw, dyrektywa 2004/18 wymaga wyraźnie, aby aukcje elektroniczne odbywały się w zgodzie z zasadami równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości.

W tym celu, po pierwsze, art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/18 przewiduje, że każdy oferent, który przedstawi dopuszczalną ofertę, zostaje zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej w celu przedstawienia nowych cen lub nowych wartości.

Po drugie, art. 54 ust. 8 akapit drugi tej dyrektywy stanowi wyraźnie, że instytucje zamawiające, w przypadku podjęcia przez nie decyzji o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej nie mogą korzystać z takiego trybu postępowania w niewłaściwy sposób ani też w sposób uniemożliwiający, ograniczający lub zakłócający konkurencję, ani też w celu zmiany przedmiotu zamówienia, określonego w opublikowanym ogłoszeniu o zamówieniu oraz zdefiniowanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wynika stąd, że jeżeli oferent przedstawia dopuszczalną ofertę i spełnia w związku z tym kryteria wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, instytucja zamawiająca, zgodnie z art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/18, ma zapewnić, że ten oferent może, stosownie do okoliczności, skorzystać z przysługującego mu prawa do udziału w aukcji elektronicznej.

W rezultacie, jeżeli taki oferent nie został zaproszony do udziału w rzeczonyj aukcji, to jak zauważył rzecznik generalny w pkt 52 opinii, zasady równego traktowania i niedyskryminacji wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 nakazują instytucji zamawiającej unieważnienie i powtórzenie takiej aukcji.

W tym względzie należy dodać, że taki wniosek narzuca się niezależnie od kwestii, czy udział wykluczonego wykonawcy zmieniłby wynik danej aukcji.

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

W przedmiocie pytania dziesiątego

Poprzez pytanie dziesiąte sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy przepisy dyrektywy 2004/18 mogą być interpretowane w świetle przepisów dyrektywy 2014/24, mimo iż termin transpozycji tej ostatniej dyrektywy jeszcze nie upłynął, i w zakresie, w jakim przepisy dyrektywy 2014/24 nie są sprzeczne z przepisami dyrektywy 2004/18.

Aby odpowiedzieć na to pytanie należy na wstępie przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem co do zasady zastosowanie ma dyrektywa obowiązująca w momencie, gdy instytucja zamawiająca wybierała tryb postępowania, który będzie stosować, i ostatecznie rozstrzygała kwestię, czy istnieje obowiązek ogłoszenia wcześniej przetargu w celu udzielenia zamówienia publicznego. Nie znajdują natomiast zastosowania przepisy dyrektywy, której termin transpozycji upłynął po tej dacie (wyrok z dnia 10 lipca 2014 r. Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo).

W tej sytuacji dyrektywa 2014/24 nie znajduje zastosowania *ratione temporis* w postępowaniu głównym.

Ponadto zastosowanie dyrektywy 2014/24, która, jak wynika z samego jej tytułu, uchyla dyrektywę 2004/18, przed upływem terminu jej transpozycji powodowałoby, że państwa członkowskie oraz instytucje zamawiające nie dysponowałyby dostatecznym terminem na przystosowanie się do nowych przepisów wprowadzonych tą dyrektywą.

W związku z powyższym należy zauważyć, że jak wynika z postanowienia odsyłającego, poprzez swe pytanie sąd odsyłający dąży w szczególności do ustalenia, czy art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18, który przyznaje każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, należy interpretować z uwzględnieniem treści art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24, który stanowi przepis odpowiadający wskazanemu art. 48.

W tym względzie należy stwierdzić, jak czyni to sąd odsyłający, że art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 jest sformułowany ogólnie i nie wskazuje wyraźnie w jaki sposób wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego.

Natomiast art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24 przewiduje obecnie, że wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów „tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne”.

Tymczasem, o ile prawdą jest, że dyrektywa 2014/24, jak stanowi jej motyw 2, ma na celu doprecyzowanie podstawowych pojęć i koncepcji w celu zapewnienia pewności prawa oraz uwzględnienia niektórych aspektów powiązanego i utrwalonego orzecznictwa Trybunału w tej dziedzinie, to jednak art. 63 tej dyrektywy wprowadza istotne zmiany w odniesieniu do przysługującego wykonawcy prawa polegania na zdolnościach innych podmiotów w ramach zamówienia publicznego.

Artykuł 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24 – nie stanowiąc w żaden sposób kontynuacji art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 ani nie zawierając wyjaśnień co do zakresu tego ostatniego – wprowadza nowe przesłanki, które nie były przewidziane w poprzednim systemie prawnym.

W tej sytuacji wskazany przepis dyrektywy 2014/24 nie może być wykorzystywany jako kryterium w celu interpretacji art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18, gdyż w tym wypadku nie chodzi o rozstrzygnięcie wątpliwości interpretacyjnych dotyczących treści tego ostatniego przepisu.

Odmienne podejście wprowadzałoby w pewnym sensie ryzyko nieprawidłowego zastosowania z wyprzedzeniem nowego systemu prawnego odmiennego od systemu prawnego przewidzianego w dyrektywie 2004/18 i byłoby wyraźnie sprzeczne z zasadą pewności prawa w odniesieniu do wykonawców, której zapewnienie jest wyraźnym celem dyrektywy 2014/24, jak wynika w szczególności z jej motywu 2.

W świetle powyższego na pytanie dziesiąte należy odpowiedzieć, że w okolicznościach takich jak w postępowaniu głównym art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 nie może być interpretowany w świetle art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24.