

orzeczenie z dnia 14 września 2017 r. w sprawie C-223/16 *Casertana Costruzioni*

WYROK TRYBUNAŁU (pierwsza izba)

z dnia 14 września 2017 r. (*)

Odesłanie prejudycjalne – Dyrektywa 2004/18/WE – Artykuł 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 –
Oferent powołujący się na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia wymogów
organu zamawiającego – Utrata przez wspomniane podmioty wymaganych zdolności –
Uregulowanie krajowe przewidujące wykluczenie oferenta z postępowania
przetargowego i udzielenie zamówienia konkurentowi

W sprawie C-223/16

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia
w trybie prejudycjalnym, złożony przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy)
postanowieniem z dnia 3 listopada 2015 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu
20 kwietnia 2016 r., w postępowaniu:

Casertana Costruzioni Srl

przeciwko

**Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le
opere pubbliche della Campania e del Molise,**

Azienda Regionale Campana per la Difesa del Suolo – A.R.CA.DI.S.,

przy udziale:

Consorzio Stabile Infratech,

W.E.E. Water Environment Energy SpA,

Massima Fontany,

Studio Tecnico Associato Thinkd,

Claudia Della Rokki,

Nicoli Maione,

Vittoria Ciotoli,

FIN.SE.CO SpA,

Edilgen SpA,

Site Srl,

TRYBUNAŁ (pierwsza izba),

w składzie: R. Silva de Lapuerta, prezes izby, E. Regan, A. Arabadjiev, C.G. Fernlund i S. Rodin (sprawozdawca), sędziowie,

rzecznik generalny: N. Wahl,

sekretarz: I. Illéssy, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 15 marca 2017 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Casertana Costruzioni Srl przez E. Sticchio Damianiego oraz G. Ceceriego, avvocati,
- w imieniu Consorzio Stabile Infratech przez L. Lentiniego oraz F. Migliarottiego, avvocati,
- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez C. Colelli, avvocato dello Stato,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez G. Gattinarę oraz A. Tokára, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 11 maja 2017 r.,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 47 i 48 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114), art. 63 dyrektywy 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Casertana Costruzioni Srl (zwaną dalej „Casertaną”) a Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise (ministerstwem infrastruktury i transportu – międzyregionalnym urzędem ds. zamówień publicznych Kampanii i Molise, Włochy) i Azienda Regionale Campana per la Difesa del Suolo – A.R.CA.DI.S. (kampańskim regionalnym przedsiębiorstwem ochrony gruntów, Włochy) w przedmiocie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia na planowanie wykonawcze, koordynację bezpieczeństwa w fazie planowania i realizacji robót budowlanych związanych z projektem „La Bandiera Blu” regionu nadbrzeżnego Domizio.

Ramy prawne

Prawo Unii

Dyrektywa 2004/18

- 3 Artykuł 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18 stanowił:

„Wykonawca może, w stosownych przypadkach i w odniesieniu do konkretnego zamówienia, powołać się na zdolność innych podmiotów, bez względu na charakter prawny powiązań, jakie ich łączą. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami, np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów”.

- 4 Artykuł 48 ust. 3 wspomnianej dyrektywy miał następujące brzmienie:

„Wykonawca może, w stosownych przypadkach i w odniesieniu do konkretnego zamówienia, powołać się na zdolność innych podmiotów, bez względu na charakter prawny powiązań, jakie ich łączą. 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”.

- 5 Dyrektywa 2004/18 została uchylona dyrektywą 2014/24.

Dyrektywa 2014/24

- 6 Artykuł 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24 stanowi:

„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 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.

Instytucja zamawiająca sprawdza, zgodnie z art. 59, 60 i 61, czy podmioty, na których zdolności wykonawca zamierza polegać, spełniają odpowiednie kryteria kwalifikacji i czy istnieją podstawy wykluczenia na mocy art. 57. Instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca [podmiot gospodarczy] zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia. Instytucja zamawiająca może wymagać lub może być zobowiązana przez państwo członkowskie do wymagania, by wykonawca [podmiot gospodarczy] zastąpił podmiot, wobec którego istnieją nieobowiązkowe podstawy wykluczenia.

Jeżeli wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, instytucja zamawiająca może wymagać od wykonawcy i tych podmiotów solidarnej odpowiedzialności za realizację zamówienia.

[...]”.

Prawo włoskie

- 7 Artykuł art. 40 ust. 1 i 2 decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (dekretu ustawodawczego nr 163 – kodeks zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi

i dostawy w wykonaniu dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE) z dnia 12 kwietnia 2006 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 100 z dnia 2 maja 2006 r.) stanowi, że:

„1. Podmioty wykonujące publiczne roboty budowlane na jakiegokolwiek podstawie muszą mieć zezwolenie i zapewniać wykonywanie swojej działalności zgodnie z zasadami jakości, profesjonalizmu i uczciwości. W tym samym celu produkty, procedury, usługi i systemy jakości w przedsiębiorstwie wykorzystywane przez te podmioty podlegają certyfikacji zgodnie z obowiązującymi przepisami.

2. Rozporządzenie przewidziane w art. 5 reguluje jednolity system zezwoleń dla wszystkich podmiotów wykonujących na jakiegokolwiek podstawie publiczne roboty budowlane o wartości przewyższającej 150 000 EUR, w zależności od rodzaju i wartości robót. Rozporządzenie, o którym mowa w art. 5, umożliwia również dokonywanie okresowych przeglądów kategorii zezwoleń i ustanawianie ewentualnych nowych kategorii zezwoleń”.

8 Artykuł 49 wspomnianego dekretu przewiduje:

„Ofereń, czy to indywidualny, czy tworzący konsorcjum lub grupę wykonawców w rozumieniu art. 34 w związku z określonym przetargiem na roboty budowlane, usługi lub dostawy, może spełniać warunek dotyczący wymogów o charakterze ekonomicznym, finansowym, technicznym, organizacyjnym, to znaczy uzyskać certyfikat SOA poprzez powołanie się na kwalifikacje innego podmiotu spełniającego wymogi lub na certyfikat SOA innego podmiotu”.

Postępowanie główne i pytanie prejudycjalne

9 Z postanowienia odsyłającego wynika, że w czerwcu 2013 r. międzyregionalny urząd ds. zamówień publicznych Kampanii i Molise, działając z upoważnienia regionalnej spółki Kampanii ds. ochrony gruntów, wszczął otwarte postępowanie przetargowe o zasięgu europejskim w celu udzielenia zamówienia na planowanie wykonawcze, koordynację bezpieczeństwa w fazie planowania i realizacji robót budowlanych związanych z projektem „La Bandiera Blu” regionu nadbrzeżnego Domizio.

10 W specyfikacji warunków zamówienia sprecyzowano, że dla udziału w postępowaniu przetargowym konieczne jest uzyskanie od Società Organismo di Attestazione (spółki certyfikacyjnej) zaświadczenia o kwalifikacjach wymaganych do świadczenia usług polegających na planowaniu i wykonywaniu należących do określonych kategorii.

11 Casertana uczestniczyła w przetargu w ramach będącego w trakcie tworzenia tymczasowego stowarzyszenia przedsiębiorstw jako lider i pełnomocnik i oświadczyła, że jeżeli chodzi o kwalifikacje wymagane przez dekret ustawodawczy nr 163, może ona wskazać na kwalifikacje dwóch przedsiębiorstw pomocniczych, z których jednym było Consorzio Stabile GAP.

12 W trakcie postępowania i po zakończeniu etapu dopuszczenia do przetargu wspomniane przedsiębiorstwo pomocnicze utraciło wymaganą dla danej kategorii usług klasyfikację, tak że musiało zostać zaklasyfikowane jedynie do niższej kategorii usług.

13 Decyzją z dnia 8 października 2014 r. zamówienie zostało udzielone tymczasowemu stowarzyszeniu przedsiębiorstw kierowanemu przez Consorzio Stabile Infratech, podczas gdy tymczasowe stowarzyszenie przedsiębiorstw, na którego czele stała Casertana, zostało zaklasyfikowane na drugim miejscu.

- 14 Ostatnia z wymienionych spółek wniosła skargę do Tribunale amministrativo regionale per la Campania (regionalnego sądu administracyjnego dla Kampanii, Włochy), kwestionując pod wieloma względami sporną decyzję o ostatecznym udzieleniu zamówienia.
- 15 Następnie tymczasowe stowarzyszenie przedsiębiorstw, któremu udzielono zamówienia, wniosło skargę wzajemną zmierzającą do wykluczenia skarżącej w postępowaniu głównym, podnosząc, że powinna ona zostać wykluczona z przetargu z tego powodu, iż jej przedsiębiorstwo pomocnicze utraciło w trakcie postępowania przetargowego klasyfikację wymaganą dla uczestnictwa w przetargu. W obronie skarżąca w postępowaniu głównym podniosła, że owa utrata klasyfikacji przypisywana przedsiębiorstwu pomocniczemu stanowiła przypadek siły wyższej i nie mogła powodować automatycznego wykluczenia jej stowarzyszenia.
- 16 Wyrokiem z dnia 27 marca 2015 r. Tribunale amministrativo regionale per la Campania (regionalny sąd administracyjny dla Kampanii) uznał skargę wzajemną złożoną przez tymczasowe stowarzyszenie przedsiębiorstw, któremu udzielono zamówienia, poprzez uznanie pierwszego zarzutu, twierdząc, że utrata kwalifikacji dla wymaganego zaklasyfikowania przez przedsiębiorstwo pomocnicze w trakcie postępowania przetargowego skutkowałą wykluczeniem stowarzyszenia skarżącej w postępowaniu głównym z tego postępowania. Ponadto sąd ten uznał, że argumenty skarżącej w postępowaniu głównym dotyczące zaistnienia przypadku siły wyższej nie miały znaczenia.
- 17 W dniu 8 lipca 2015 r. Casertana wniosła odwołanie od tego wyroku Tribunale amministrativo regionale per la Campania (regionalnego sądu administracyjnego dla Kampanii). Zasadniczo skarżąca w postępowaniu głównym uważa, że oferent mający zaufanie co do tego, iż przedsiębiorstwo pomocnicze posiada wymagane kwalifikacje, nie może zostać pociągnięty do odpowiedzialności za utratę tej kwalifikacji, ponieważ nie można mu przypisać odpowiedzialności za tę okoliczność. Nie można wskazać „winy”, którą można mu przypisać, w związku z czym sąd ten powinien uznać, iż oferent ma uprawnienie do zastąpienia przedsiębiorstwa pomocniczego, które miałyby wynikać z orzecznictwa Trybunału, jak również z art. 63 dyrektywy 2014/24, który to przepis wyraźnie przewiduje wspomniane uprawnienie.
- 18 W tych okolicznościach Consiglio di Stato (rada stanu, Włochy) postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:
- „Czy art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 [...], zastąpione przez art. 63 dyrektywy 2014/24 [...], stoją na przeszkodzie obowiązywaniu krajowego uregulowania, które wyklucza – lub może być interpretowane w ten sposób, że wyklucza – możliwość wskazania przez podmiot gospodarczy, czyli podmiot uczestniczący w przetargu, innego przedsiębiorstwa w miejsce tego, które zostało pierwotnie wybrane jako »przedsiębiorstwo pomocnicze« i które utraciło w całości lub w części zdolności wymagane do udziału w tym przetargu, co powoduje wykluczenie tego wykonawcy z przetargu z powodu zdarzenia, którego nie można mu przypisać ani obiektywnie, ani subiektywnie?».

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

- 19 Przez swoje pytanie sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 w świetle art. 63 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one uregulowaniu krajowemu

wykluczającym możliwość zastąpienia przez podmiot gospodarczy uczestniczący w przetargu przedsiębiorstwa pomocniczego, które utraciło wymagane kwalifikacje po złożeniu jego oferty, czego konsekwencją jest automatyczne wykluczenie tego podmiotu gospodarczego.

W przedmiocie zastosowania art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24

- 20 Sąd odsyłający zastanawia się nad tym, czy art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 należy interpretować z uwzględnieniem art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24.
- 21 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 w celu udzielenia zamówienia publicznego istnieje obowiązek wcześniejszego ogłoszenia przetargu. Nie znajdują natomiast zastosowania przepisy dyrektywy, której termin transpozycji upłynął po tej dacie (wyroki: z dnia 10 lipca 2014 r., *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 7 kwietnia 2016 r., *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 83).
- 22 W sprawie głównej ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane w dniu 7 czerwca 2013 r. do publikacji w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* i opublikowane w dniu 10 czerwca 2013 r. w *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* (dzienniku urzędowym Republiki Włoskiej), podczas gdy dyrektywa 2014/24 została przyjęta w dniu 26 lutego 2014 r., a w każdym razie termin na jej transpozycję upłynął zgodnie z jej art. 90 w dniu 18 kwietnia 2016 r.
- 23 W tych okolicznościach, w czasie opublikowania spornego w postępowaniu głównym ogłoszenia o przetargu w czerwcu 2013 r., dyrektywa 2014/24 nie miała zastosowania *ratione temporis*.
- 24 Jeżeli chodzi o to, czy art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 należy interpretować z uwzględnieniem treści art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24, który stanowi przepis odpowiadający w szczególności wspomnianemu art. 48 ust. 3, należy zauważyć, że przepis ten został sformułowany ogólnie i nie wskazuje wyraźnie, w jaki sposób podmiot gospodarczy może powoływać się na zdolności innych podmiotów w ramach postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 87, 88).
- 25 Z kolei art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24 przewiduje obecnie, że podmioty gospodarcze mogą powoływać się na środki i możliwości innych podmiotów „tylko wtedy, gdy te ostatecznie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne” (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 89), oraz że „[i]nstytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia”.
- 26 Tymczasem, o ile prawdą jest, że dyrektywa 2014/24, jak stanowi w szczególności jej motyw 2, ma na celu doprecyzowanie podstawowych pojęć i koncepcji w celu zapewnienia pewności prawa oraz uwzględnienia niektórych aspektów utrwalonego orzecznictwa Trybunału w tej dziedzinie, o tyle jednak art. 63 tej dyrektywy wprowadza istotne zmiany w odniesieniu do przysługującego wykonawcy prawa polegania na środkach i zdolnościach innych podmiotów w ramach zamówienia publicznego (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 90).

27 W rzeczywistości bowiem art. 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 (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 91).

28 W tych okolicznościach 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 (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 92).

W przedmiocie art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18

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

30 Przepis ten nie ustanawia co do zasady żadnego zakazu powoływania się przez oferenta nie tylko na własne zdolności, lecz również na zdolności jednego lub kilku podmiotów trzecich w celu spełnienia kryteriów określonych przez instytucję zamawiającą. Ponadto Trybunał wyraźnie stwierdził istnienie możliwości wykorzystania przez podmiot gospodarczy w celu realizacji zamówienia środków należących do jednego lub kilku innych podmiotów, ewentualnie wraz ze swoimi własnymi środkami (wyrok z dnia 10 października 2013 r., Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 30, 32).

31 Taka wykładnia jest zgodna z celem polegającym na otwarciu zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję, do którego dążą dyrektywy z tej dziedziny z korzyścią nie tylko dla wykonawców, lecz również dla instytucji zamawiających. Ponadto wykładnia ta sprzyja także ułatwianiu małym i średnim przedsiębiorstwom dostępu do zamówień publicznych, co również jest zamierzeniem dyrektywy 2004/18, jak wskazuje na to jej motyw 32 (wyrok z dnia 10 października 2013 r., Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 34).

32 W niniejszej sprawie Casertana kwestionuje ocenę Tribunale amministrativo regionale per la Campania (regionalnego sądu administracyjnego dla Kampanii), zgodnie z którą spółka ta została automatycznie wykluczona z postępowania o udzielenie zamówienia rozpatrywanego w postępowaniu głównym ze względu na to, że Consorzio Stabile GAP utraciło kwalifikację służącą klasyfikacji do danej kategorii usług.

33 W tym zakresie należy przypomnieć, że zgodnie z motywem 46 i art. 2 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające powinny zapewnić równe traktowanie wykonawców w sposób niedyskryminacyjny i przejrzysty (wyroki: z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-387/14, EU:C:2017:338, pkt 60; a także z dnia 4 maja 2017 r., Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, pkt 35).

34 Tym samym z jednej strony zasady równego traktowania i niedyskryminacji wymagają, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom.

Z drugiej strony 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 drugie, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (wyroki: z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 61 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 4 maja 2017 r., Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, pkt 36).

- 35 Ponadto z orzecznictwa Trybunału wynika, że zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani z inicjatywy oferenta. Wynika stąd, że instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (wyroki: z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 62 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 4 maja 2017 r., Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, pkt 37).
- 36 Trybunał zaznaczył jednak, że art. 2 dyrektywy 2004/18 nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistej omyłki (wyroki: z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 63 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 4 maja 2017 r., Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, pkt 38).
- 37 Odnośnie do zmian dotyczących wyłonionych podmiotów Trybunał orzekł już, że decyzja dotycząca zezwolenia na zmianę składu wyłonionej grupy oznacza zmianę w stosunku do decyzji o udzieleniu zamówienia, która może być uznana za istotną, o ile w świetle szczególnych okoliczności odnośnego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia dotyczy ona jednego z istotnych elementów wpływających na przyjęcie decyzji o udzieleniu zamówienia. W tej sytuacji należy zastosować wszelkie niezbędne środki przewidziane w prawie krajowym w celu usunięcia takiej nieprawidłowości, włączając w to również zorganizowanie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia (wyrok z dnia 8 maja 2014 r., Idrodinamica Spurgo Velox i in., C-161/13, EU:C:2014:307, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 38 Ponadto w dziedzinie umów koncesyjnych Trybunał orzekł, że zmiana podwykonawcy, nawet jeżeli przewidziano możliwość takiej zmiany w treści umowy, może w wyjątkowych wypadkach stanowić zmianę jednego z istotnych elementów umowy koncesyjnej, w sytuacji gdy skorzystanie z usług określonego podwykonawcy, nie zaś innego, stanowiło, zważywszy na cechy charakterystyczne świadczenia będącego przedmiotem umowy, czynnik rozstrzygający o zawarciu umowy (wyrok z dnia 13 kwietnia 2010 r., Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, pkt 39).
- 39 W postępowaniu głównym, jak zauważył rzecznik generalny w pkt 47 opinii, nieprzewidziane przyznanie wyłącznie jednemu stowarzyszeniu przedsiębiorstw możliwości zastąpienia należącego do tego stowarzyszenia przedsiębiorstwa trzeciego, które utraciło klasyfikację wymaganą pod sankcją wykluczenia, stanowiłoby istotną

zmianę oferty i tożsamości samego stowarzyszenia. W rzeczywistości bowiem taka zmiana oferty zobowiązywałaby instytucję zamawiającą do przystąpienia do nowych kontroli przy jednoczesnym przyznaniu korzyści konkurencyjnej temu stowarzyszeniu, które mogłoby usiłować zoptymalizować swoją ofertę w celu skuteczniejszego stawienia czoła ofertom konkurencyjnym w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

- 40 Taka sytuacja byłaby sprzeczna z zasadą równego traktowania, która nakazuje, aby oferenci mieli jednakowe szanse przy formułowaniu swych ofert, i wymaga, by oferty te podlegały tym samym warunkom dla wszystkich oferentów, oraz stanowiłaby zakłócenie zdrowej i skutecznej konkurencji pomiędzy przedsiębiorstwami uczestniczącymi w przetargu.
- 41 Wreszcie, jeżeli chodzi o argument siły wyższej podniesiony przez Casertanę, należy stwierdzić, że o ile dyrektywa 2004/18, o czym była mowa w pkt 31 i 32 niniejszego wyroku, pozwala oferentowi na poleganie – oprócz swoich własnych zdolności – na zdolnościach jednego lub kilku podmiotów trzecich w celu spełnienia kryteriów ustalonych przez instytucję zamawiającą, o tyle jednak ów oferent pozostaje odpowiedzialny jako lider stowarzyszenia przedsiębiorstw za przestrzeganie przez te przedsiębiorstwa obowiązków i warunków uczestnictwa w przetargu ustanowionych przez instytucję zamawiającą w dokumentacji danego postępowania o udzielenie zamówienia.
- 42 Z uwagi na powyższe na przedstawione pytanie trzeba odpowiedzieć, iż art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwiają się one uregulowaniu krajowemu wykluczającemu możliwość zastąpienia przez podmiot gospodarczy uczestniczący w przetargu przedsiębiorstwa pomocniczego, które utraciło wymagane kwalifikacje po złożeniu jego oferty, czego konsekwencją jest automatyczne wykluczenie tego podmiotu.

W przedmiocie kosztów

- 43 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (pierwsza izba) orzeka, co następuje:

Artykuł 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwiają się one uregulowaniu krajowemu wykluczającemu możliwość zastąpienia przez podmiot gospodarczy uczestniczący w przetargu przedsiębiorstwa pomocniczego, które utraciło wymagane kwalifikacje po złożeniu jego oferty, czego konsekwencją jest automatyczne wykluczenie tego podmiotu.

Podpisy