

WYROK TRYBUNAŁU (piąta izba)

z dnia 5 kwietnia 2017 r.(*)

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/17/WE – Wartość zamówienia leżąca poniżej progu przewidzianego przez tę dyrektywę – Artykuły 49 TFUE i 56 TFUE – Ograniczenie korzystania z podwykonawstwa – Złożenie wspólnej oferty – Zdolności zawodowe oferentów – Zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia

W sprawie C-298/15

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (sąd najwyższy Litwy) postanowieniem z dnia 12 czerwca 2015 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 18 czerwca 2015 r., w postępowaniu:

„Borta” UAB

przeciwko

Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ,

TRYBUNAŁ (piąta izba),

w składzie: J.L. da Cruz Vilaça, prezes izby, A. Tizzano (sprawozdawca), wiceprezes Trybunału, A. Borg Barthet, E. Levits i F. Biltgen, sędziowie,

rzecznik generalny: E. Sharpston,

sekretarz: M. Aleksejev, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 1 czerwca 2016 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu „Borta” UAB przez V. Kilišauskaitė, advokatė,
- w imieniu Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ przez N. Šilaikego, advokatas, oraz A. Vaitkusa, A. Kamarauskasa, I. Vaičiulisa i L. Rudysa,
- w imieniu rządu litewskiego przez D. Kriauciūnasa, A. Svinkūnaitė oraz R. Butvydytė, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez J. Jokubauskaitė oraz A. Tokára, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 1 grudnia 2016 r.,

wydaje niniejszy

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. 2004, L 134, s. 1 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 7, s. 19), zmienionej rozporządzeniem Komisji (UE) nr 1336/2013 z dnia 13 grudnia 2013 r. (Dz.U. 2013, L 335, s. 17), (zwanej dalej „dyrektywą 2004/17”).
- 2 Wniosek ów został złożony w ramach sporu pomiędzy spółką „Borta” UAB (zwaną dalej „Bortą”) a Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ (zarządem państwowego portu morskiego w Kłajpedzie, Litwa) (zwanym dalej „zarządem portu”) w przedmiocie

zgodności z prawem specyfikacji istotnych warunków zamówienia publicznego na roboty budowlane dotyczące przebudowy kei tego portu.

Ramy prawne

Przepisy Unii

3 Motyw 9 dyrektywy 2004/17 stanowi:

„(9) W celu zagwarantowania otwarcia zamówień publicznych udzielanych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych na konkurencję, zalecane jest opracowanie przepisów dotyczących koordynacji przez Wspólnotę zamówień powyżej określonej wartości [których wartość przekracza określoną wartość]. [...]

Dla zamówień publicznych, których wartość jest niższa od wartości zobowiązującej do stosowania koordynujących przepisów wspólnotowych, wskazane jest odwołanie się do orzecznictwa wypracowanego przez Trybunał Sprawiedliwości, zgodnie z którym zastosowanie mają [...] reguły i zasady [t]raktatów”.

4 Artykuł 16 tej dyrektywy przewiduje:

„[...] [N]iniejsza dyrektywa dotyczy zamówień, których szacunkowa wartość bez podatku od towarów i usług (VAT) jest równa lub większa [wyższa] od następujących progów:

[...]

b) 5 186 000 EUR w przypadku zamówień na roboty budowlane”.

5 Artykuł 37 wspomnianej dyrektywy ma następujące brzmienie:

„W dokumentach zamówienia [W specyfikacji istotnych warunków zamówienia] podmiot zamawiający może zażądać lub zostać zobowiązany przez państwo członkowskie do zażądania od oferenta umieszczenia w ofercie informacji o tym, jaką część zamówienia zamierza zlecić on stronie trzeciej, oraz informacji o wskazaniu ewentualnych podwykonawców. Wskazanie takie nie narusza kwestii odpowiedzialności [nie ma wpływu na odpowiedzialność] głównego wykonawcy”.

6 Zgodnie z art. 38 dyrektywy 2004/17:

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

7 Artykuł 54 tej dyrektywy przewiduje:

„1. Podmioty zamawiające, które ustanawiają kryteria kwalifikacji w procedurze otwartej, dokonują tego zgodnie z obiektywnymi zasadami i kryteriami dostępnymi dla zainteresowanych wykonawców.

[...]

6. Jeżeli kryteria i zasady kwalifikacji, o których mowa w ust. 1 [...], obejmują wymogi odnoszące się do możliwości [zdolności] technicznych lub zawodowych wykonawcy, wówczas w uzasadnionych przypadkach podmiot taki może zdać się na możliwości [zdolności] innych podmiotów, niezależnie od rodzaju powiązań prawnych pomiędzy nim a tymi podmiotami. W takim przypadku wykonawca musi udowodnić podmiotowi zamawiającemu, że będzie miał dostęp do tych zasobów przez cały okres ważności systemu kwalifikowania [realizacji zamówienia], przedstawiając na przykład zobowiązanie tych podmiotów, zgodnie z którym udostępnią mu one te zasoby.

Na tych samych warunkach grupa wykonawców, o której mowa w art. 11, może polegać na możliwościach [zdolnościach] uczestników swojej grupy lub na możliwościach [zdolnościach] innych podmiotów”.

- 8 Załącznik XVI do wspomnianej dyrektywy, zatytułowany „Informacje, które należy zamieścić w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia”, stanowi w części I:

„I. Informacje do publikacji w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*:

[...]

10. O ile dotyczy, należy zaznaczyć, czy zamówienie było lub może być wykonywane przez podwykonawców [zostało lub może zostać zlecone podwykonawcom].

[...]

13. Informacje fakultatywne:

- wartość i część zamówienia, która została lub może być [zostać] zlecona podwykonawcom,

[...]”.

Prawo litewskie

Litewska ustawa o zamówieniach publicznych

- 9 Artykuł 24 ust. 5 Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (litewskiej ustawy o zamówieniach publicznych, zwanej dalej „ustawą o zamówieniach publicznych”) stanowi:

„Dokumentacja przetargowa powinna wymagać, aby kandydat lub oferent wskazał w ofercie proponowanych podwykonawców [...], i może wymagać, aby kandydat lub oferent wskazał w ofercie część zamówienia, jaką zamierza zlecić tym podwykonawcom [...]. W przypadku zlecenia podwykonawcom wykonania zamówienia publicznego na roboty budowlane wybrany oferent jest zobowiązany do wykonania głównych robót określonych przez instytucję zamawiającą. [...]”.

- 10 Zgodnie z art. 27 ust. 4 ustawy o zamówieniach publicznych:

„Instytucja zamawiająca może przed upływem terminu na składanie ofert objaśnić (doprecyzować) dokumentację przetargową”.

- 11 Artykuł 32 ust. 3 ustawy o zamówieniach publicznych stanowi, że w stosownym przypadku, w ramach szczególnej procedury przetargowej, oferent może polegać na zdolnościach innych podmiotów gospodarczych, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z tymi podmiotami powiązań. W tej sytuacji oferent jest zobowiązany do wykazania instytucji zamawiającej, że będzie mógł dysponować tymi zasobami w celu wykonania zamówienia. W tych samych okolicznościach grupa podmiotów gospodarczych może polegać na zdolnościach swoich członków lub innych podmiotów gospodarczych.

Rozpatrywana w postępowaniu głównym specyfikacja istotnych warunków zamówienia

- 12 Zgodnie z klauzulą 3.2.1 rozpatrywanej w postępowaniu głównym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczącej wymogów odnoszących się do zdolności zawodowych oferentów:

„Średni roczny nakład pracy w zakresie kluczowych robót budowlanych lub prac instalacyjnych (budowa i przebudowa kei portu morskiego) przez okres ostatnich pięciu lat lub przez okres od dnia rejestracji oferenta (jeśli oferent prowadził działalność gospodarczą krócej niż pięć lat) musi wynosić co najmniej 5 000 000 [litów litewskich] LTL (1 448 100, 09 EUR) bez VAT”.

- 13 Klauzula 4.2.3 tej specyfikacji istotnych warunków zamówienia obejmująca złożenie wspólnej oferty przez kilku oferentów w ramach umowy konsorcjum stanowi:

„W umowie konsorcjum należy określić zaangażowanie partnerów działających w celu wykonania zamówienia oraz udział procentowy tego zaangażowania [...]. [Ów] podział zakresu usług obowiązuje jedynie partnerów i nie rodzi żadnych zobowiązań po stronie klienta ([zarządu portu]).”

- 14 Klauzula 4.3 wspomnianej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w wersji z późniejszymi zmianami, przewiduje:

„Jeśli oferenci składają ofertę w ramach umowy konsorcjum, co najmniej jedna strona [tej umowy] lub wszyscy partnerzy działający na podstawie wskazanej umowy [...], rozpatrywani łącznie, muszą spełniać wymogi określone w [klauzuli] 3.2.1 [...] specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wkład partnera (zakres wykonanych prac) w ramach [umowy konsorcjum] musi być proporcjonalny do jego wkładu [...] w spełnienie wymogu z [klauzuli] 3.2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także do zakresu wykonanych prac po faktycznym udzieleniu zamówienia (w ramach wykonania zamówienia). [...] Zarząd portu określa zgodnie z art. 24 ust. 5 ustawy [...] o zamówieniach publicznych, że główne roboty definiuje pozycja 1.2.8 znajdująca się w rozdziale „Budowa” wykazu prac, i w konsekwencji wybrany oferent jest zobowiązany do samodzielnej realizacji tych robót”.

- 15 Klauzula 4.4 tej specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi, że w przypadku korzystania z podwykonawstwa oferent musi wskazać zakres robót, które zostaną wykonane przez podwykonawców, w ramach robót uznanych za „inne niż główne”, oraz dodaje, że doświadczenie wspomnianych podwykonawców nie jest brane pod uwagę przy sprawdzaniu wymogów przewidzianych w klauzuli 3.2.1.

- 16 Klauzula 7.2 owej specyfikacji istotnych warunków zamówienia pozwala zarządowi portu doprecyzować z własnej inicjatywy dokumentację przetargową przed upływem terminu na złożenie ofert.

Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

- 17 W dniu 2 kwietnia 2014 r. zarząd portu opublikował ogłoszenie o przetargu na udzielenie w drodze otwartej procedury zamówienia publicznego na roboty budowlane dotyczące przebudowy kei krajowego portu morskiego w Kłajpedzie (Litwa). To ogłoszenie o przetargu zostało opublikowane także w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* w dniu 5 kwietnia 2014 r. Spółka Borta wzięła udział w procedurze udzielenia tego zamówienia.

- 18 W pierwotnej wersji rozpatrywana w postępowaniu głównym specyfikacja istotnych warunków zamówienia powtórzyła w swojej klauzuli 4.3 postanowienia art. 24 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych w zakresie podwykonawstwa i przewidywała ponadto, że w przypadku złożenia przez kilku oferentów jednej, wspólnej oferty w ramach umowy konsorcjum zgodnie z klauzulą 4.2.3 tej specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej „wspólną ofertą”) odpowiednie wymogi w zakresie zdolności zawodowych ustalone w klauzuli 3.2.1 tej specyfikacji powinny zostać spełnione bądź przez wszystkich oferentów łącznie, bądź przez jednego spośród nich.

- 19 W wersji po dwóch modyfikacjach, z których jedna została dokonana z inicjatywy zarządu portu, a druga w następstwie zarzutów podnoszonych przez Bortę, wspomniana klauzula 4.3 dodaje do tych wymagań, że w przypadku złożenia wspólnej oferty wkład każdego oferenta w spełnianiu wyżej wskazanych wymogów musi proporcjonalnie odpowiadać części robót, które oferent ów zobowiązuje się wykonać zgodnie z umową konsorcjum i które rzeczywiście zrealizuje w wypadku udzielenia zamówienia.

- 20 Z powodu tych modyfikacji ogłoszonych w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* zarząd portu przedłużył termin na składanie ofert.

- 21 Zarząd ów nie uwzględnił kolejnych zarzutów podniesionych przez Bortę w odniesieniu do ostatecznej z rzeczonych modyfikacji, dlatego też spółka ta wniosła do Klaipėdos apygardos teismas (sądu rejonowego w Kłajpedzie, Litwa) powództwo o stwierdzenie nieważności wyżej wskazanej klauzuli 4.3, kwestionując zarówno zgodność z prawem treści tego postanowienia, jak i samą możliwość dokonania jego zmian przez rzeczony zarząd. Ze względu na to, iż powództwo to zostało oddalone w drodze orzeczenia tego sądu z dnia 18 sierpnia 2014 r., utrzymanego w mocy w postępowaniu apelacyjnym w drodze postanowienia Lietuvos apeliacinis teismas (sądu apelacyjnego Litwy) z dnia 13 listopada 2014 r., Borta wniosła skargę kasacyjną do Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (sądu najwyższego Litwy).
- 22 Na potrzeby wydania rozstrzygnięcia rozpatrywanego przez niego sporu sąd ów zastanawia się nad zgodnością z prawem Unii, w szczególności z dyrektywą 2004/17, art. 24 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych, do którego to przepisu odwołuje się rozpatrywana w postępowaniu głównym klauzula 4.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie, w jakim przepis ów zakazuje korzystania z podwykonawstwa w odniesieniu do robót uznanych przez instytucję zamawiającą za „główne”. Sąd ów wyraża także wątpliwości co do zgodności z prawem, w świetle tej dyrektywy, rzeczonych klauzuli 4.3 ze zmianami, ponieważ postanowienie to wymaga w przypadku złożenia przez kilku oferentów wspólnej oferty, aby udział każdego z nich w spełnianiu odpowiednich wymogów w zakresie zdolności zawodowych proporcjonalnie odpowiadał części robót, które każdy z nich rzeczywiście zrealizuje w wypadku udzielenia zamówienia. W tych ramach sąd odsyłający dąży ponadto do ustalenia, czy zarząd portu mógł zmienić pierwszą wersję tej klauzuli po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu, nie naruszając przy tym rzeczonych dyrektywy, a w szczególności zasady równego traktowania oraz wynikającego z tej dyrektywy obowiązku przejrzystości.
- 23 Sąd ten uważa, iż Trybunał jest właściwy do wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym w przedmiocie tych kwestii. Co prawda wartość rozpatrywanego w postępowaniu głównym zamówienia leży poniżej progu 5 186 000 EUR przewidzianego w art. 16 lit. b) dyrektywy 2004/17, poniżej którego to progu dyrektywa ta nie ma zastosowania. Niemniej, po pierwsze, zamówienie to posiada niewątpliwie transgraniczne znaczenie, o czym świadczy udział w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia dwóch zagranicznych przedsiębiorstw, wśród których znajduje się wybrany oferent, a także opublikowanie ogłoszenia o przetargu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*. Po drugie, zarząd portu zamierzał w każdym razie stosować do tego przetargu przepisy mające zastosowanie do zamówień publicznych określonych przez dyrektywę 2004/17, a ustawodawca litewski zdecydował się rozszerzyć zakres stosowania niektórych z przepisów tej dyrektywy na zamówienia o wartości niższej niż powyżej wskazany próg.
- 24 W tych okolicznościach Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (sąd najwyższy Litwy) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „1) Czy art. 37, 38, 53 i 54 dyrektywy 2004/17 należy interpretować, łącznie lub osobno (ale bez ograniczenia się do tych przepisów), w ten sposób, że:
- a) stoją one na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, zgodnie z którym w przypadku gdy podwykonawcom zostało zlecone wykonanie zamówienia na roboty budowlane, wskazana przez instytucję zamawiającą główna część prac powinna być zrealizowana przez wybranego oferenta?
 - b) stoją one na przeszkodzie określonym w dokumentacji przetargowej zasadom, takim jak te określone przez instytucję zamawiającą w zaskarżonej [specyfikacji istotnych warunków zamówienia], dotyczącym łączenia zdolności zawodowych dostawców, które to zasady wymagają, aby część zdolności zawodowych danego podmiotu gospodarczego (partnera

działającego na podstawie umowy konsorcjum) odpowiadała części określonych robót, które zostaną przez niego rzeczywiście wykonane zgodnie z zamówieniem publicznym?

- 2) Czy art. 10, 46 i 47 dyrektywy 2004/17 należy interpretować, łącznie lub osobno (ale bez ograniczenia się do tych przepisów), w ten sposób, że:
- a) zasada równego traktowania oferentów i zasada przejrzystości nie są naruszone, w wypadku gdy instytucja zamawiająca:
 - uprzednio przewiduje w dokumentacji przetargowej ogólną możliwość łączenia zdolności zawodowych dostawców, lecz nie określa zasad korzystania z tej możliwości;
 - następnie, w trakcie postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia, określa ona szczegółowe wymogi w zakresie oceny kwalifikacji dostawców poprzez ustanowienie pewnych ograniczeń dotyczących łączenia zdolności zawodowych dostawców;
 - ze względu na owo bardziej szczegółowe określenie treści wymogów kwalifikacji przedłuża termin składania ofert i ogłasza to przedłużenie w Dzienniku Urzędowym?
 - b) ograniczenie dotyczące łączenia zdolności dostawców nie musi być wyraźnie i uprzednio wskazane, jeżeli specyficzny charakter prowadzonej przez instytucję zamawiającą działalności i szczególne cechy zamówienia publicznego sprawiają, że takie ograniczenie jest przewidywalne i uzasadnione?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

Uwagi wstępne

- 25 Rząd litewski stwierdził w uwagach na piśmie oraz podczas rozprawy przed Trybunałem, że w celu udzielenia odpowiedzi na zadane pytania należy uwzględnić nie tylko dyrektywę 2004/17, ale także dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 243), ponieważ ustawodawca litewski zdecydował wprowadzić do prawa krajowego pewne przepisy dyrektywy 2014/25, jeszcze przed jej przyjęciem, w szczególności art. 79 ust. 3 dotyczący podwykonawstwa.
- 26 Przeciwnie stanowisko zajęła Komisja Europejska, która zauważyła, że nie należy interpretować ani dyrektywy 2004/17, ani dyrektywy 2014/25, a odpowiedzi na zadane pytania należy udzielić w świetle podstawowych i ogólnych zasad traktatu FUE.
- 27 W pierwszej kolejności, w odniesieniu do dyrektywy 2014/25 należy na wstępie przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, co do zasady, zastosowanie ma dyrektywa obowiązująca w momencie, gdy podmiot zamawiający wybiera tryb postępowania, który będzie stosować, i ostatecznie rozstrzygał kwestię, czy musi uprzednio ogłosić przetarg w celu udzielenia zamówienia publicznego. Nie znajdują natomiast zastosowania przepisy dyrektywy, której termin transpozycji upłynął po tej dacie (zob. podobnie wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 83 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 28 Otóż w niniejszym przypadku rozpatrywany w postępowaniu głównym przetarg został ogłoszony w dniu 2 kwietnia 2014 r., a dyrektywa 2014/25 weszła w życie w dniu 17 kwietnia 2014 r. i uchyliła dyrektywę 2004/17 ze skutkiem od dnia 18 kwietnia 2016 r., czyli dnia, w którym upłynął termin na transpozycję dyrektywy 2014/25. Ponadto, o ile rząd litewski twierdzi, że wprowadził do prawa krajowego pewne przepisy dyrektywy

2014/25 jeszcze przed jej przyjęciem, o tyle rząd ów przyznaje także w uwagach na piśmie, że dyrektywa ta nie została jeszcze transponowana w momencie wystąpienia relewantnych okoliczności faktycznych w postępowaniu głównym.

- 29 W tych okolicznościach nie można uwzględnić dyrektywy 2014/25 do celów udzielenia odpowiedzi na zadane pytania.
- 30 W drugiej kolejności, w odniesieniu do dyrektywy 2004/17, z postanowienia odsyłającego wynika, że rozpatrywane w postępowaniu głównym zamówienie ma wartość leżącą poniżej progu 5 186 000 EUR przewidzianego w art. 16 lit. b) dyrektywy 2004/17. W związku z tym dyrektywa ta nie ma zastosowania do tego zamówienia (zob. analogicznie wyrok z dnia 16 kwietnia 2015 r., Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, pkt 15 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 31 Sąd odsyłający uważa jednak, że Trybunał jest właściwy do orzekania w przedmiocie zadanych pytań i że wykładnia przepisów rzeczony dyrektywy jest uzasadniona względami przedstawionymi w pkt 23 niniejszego wyroku.
- 32 Na rozprawie przed Trybunałem rząd litewski, który zgadza się z analizą sądu odsyłającego, sprecyzował, iż zgodnie z ustawodawstwem litewskim podmiot zamawiający może zdecydować o poddaniu procedury udzielenia zamówienia, którego wartość jest niższa niż wskazany powyżej próg, bądź to przepisom dyrektywy 2004/17, bądź uproszczonej procedurze przewidzianej przez prawo krajowe dla tego typu zamówień. Jeżeli, tak jak w tym przypadku, rzeczony podmiot wybierze pierwszą opcję, jest on zobowiązany, według tego rządu, do stosowania całokształtu przepisów owej dyrektywy.
- 33 W tym względzie należy przypomnieć, że jeżeli ustawodawstwo krajowe dostosowuje się w zakresie rozwiązań sytuacji nieobjętych zakresem danego aktu Unii do rozwiązań przyjętych przez ten akt, istnieje określony interes Unii w tym, by celem uniknięcia przyszłych rozbieżności w wykładni przepisy przejęte ze wspomnianego aktu były interpretowane w sposób jednolity (zob. podobnie wyroki: z dnia 18 października 2012 r., Nolan, C-583/10, EU:C:2012:638, pkt 46; z dnia 7 listopada 2013 r., Romeo, C-313/12, EU:C:2013:718, pkt 22).
- 34 Wykładnia przepisów danego aktu Unii dokonana w sytuacjach nieobjętych zakresem stosowania tego aktu jest zatem uzasadniona, gdy przepisy te znalazły zastosowanie do takich sytuacji na podstawie prawa krajowego w sposób bezpośredni i bezwarunkowy w celu zapewnienia identycznego traktowania tych sytuacji i sytuacji objętych zakresem stosowania tego aktu (zob. podobnie wyroki: z dnia 18 października 2012 r., Nolan, C-583/10, EU:C:2012:638, pkt 47; z dnia 7 listopada 2013 r., Romeo, C-313/12, EU:C:2013:718, pkt 22, 23, a także z dnia 14 stycznia 2016 r., Ostas celnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, pkt 20).
- 35 Jednocześnie z utrwalonego orzecznictwa wynika również, iż gdy wymogi wskazane w dwóch poprzednich punktach niniejszego wyroku nie są spełnione, Trybunał może – w celu udzielenia użytecznej odpowiedzi sądowi, który zwrócił się do niego z pytaniem prejudycjalnym – uznać, że należy wziąć pod rozwagę normy prawa Unii, na które sąd ów nie powołał się w swoim wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym (wyrok z dnia 16 kwietnia 2015 r., Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, pkt 17 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 36 W odniesieniu w szczególności do udzielania zamówienia, które ze względu na swoją wartość nie wchodzi w zakres stosowania dyrektywy 2004/17, Trybunał może uwzględnić podstawowe i ogólne zasady traktatu FUE, zwłaszcza jego art. 49 i 56 oraz wynikające z nich zasady równego traktowania i niedyskryminacji, a także obowiązek przejrzystości, pod warunkiem że dane zamówienie ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne. Zamówienia takie, mimo że nie są objęte zakresem stosowania dyrektywy 2004/17, nadal podlegają bowiem wymogowi poszanowania owych zasad

(zob. podobnie wyroki: z dnia 23 grudnia 2009 r., Serrantoni i Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 22–24; z dnia 18 grudnia 2014 r., Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, pkt 27; z dnia 6 października 2016 r., Tecnoedi Costruzioni, C-318/15, EU:C:2016:747, pkt 19).

- 37 To w świetle powyższych rozważań należy zbadać, w odniesieniu do każdego zadanego pytania, czy wykładnia przepisów dyrektywy 2004/17 jest uzasadniona w niniejszej sprawie z uwagi na rozważania przedstawione w pkt 33 i 34 niniejszego wyroku, względnie czy należy udzielić odpowiedzi na te pytania w świetle wskazanych powyżej podstawowych i ogólnych zasad traktatu FUE, uwzględniając rozważania znajdujące się w pkt 35 i 36 niniejszego wyroku.

W przedmiocie pytania pierwszego lit. a)

- 38 Poprzez pytanie pierwsze lit. a) sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy dyrektywę 2004/17 należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu takiemu jak art. 24 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych, który przewiduje, że w przypadku korzystania z podwykonawców w celu wykonania zamówienia na roboty budowlane wybrany oferent jest zobowiązany do wykonania we własnym zakresie prac głównych, określonych jako takie przez podmiot zamawiający.
- 39 Tytułem wstępu należy zauważyć, że w odniesieniu do korzystania z podwykonawstwa dyrektywa 2004/17 ogranicza się do ustanowienia, w jej art. 37 i załączniku XVI do niej, pewnych obowiązków informacyjnych i dotyczących odpowiedzialności ponoszonej przez oferenta. Dyrektywa ta dodaje w jej art. 38, iż podmioty zamawiające mogą określić szczególne warunki odnoszące się do realizacji danego zamówienia, o ile w szczególności są one zgodne z prawem Unii.
- 40 Natomiast, jak zauważył sąd odsyłający, dyrektywa ta nie zawiera żadnego przepisu, którego brzmienie byłoby analogiczne do brzmienia art. 24 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych. Ponadto – według tego sądu – ustawodawca litewski nie wskazał, że uwzględnił rzeczoną dyrektywę, gdy przyjmował ten ostatni przepis.
- 41 W tych okolicznościach nie można uznać, że art. 24 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych, w przypadku gdy znajduje on zastosowanie do zamówień nieobjętych zakresem stosowania dyrektywy 2004/17, dokonuje bezpośredniego i bezwarunkowego odesłania do tej dyrektywy w rozumieniu wskazanego w pkt 34 niniejszego wyroku orzecznictwa (zob. analogicznie wyrok z dnia 7 lipca 2011 r., Agafitei i in., C-310/10, EU:C:2011:467, pkt 45).
- 42 Wynika z tego, że dokonanie wykładni owej dyrektywy nie jest uzasadnione dla potrzeb udzielenia odpowiedzi na pytanie pierwsze lit. a).
- 43 Jednak, jak wskazano w pkt 35 i 36 niniejszego wyroku, w celu udzielenia sądowi odsyłającemu użytecznej odpowiedzi Trybunał może uznać, że należy uwzględnić podstawowe i ogólne zasady traktatu FUE, zwłaszcza jego art. 49 i 56 oraz wynikające z nich zasady równego traktowania i niedyskryminacji, a także obowiązek przejrzystości, pod warunkiem że dane zamówienie ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne.
- 44 Dane zamówienie może mieć takie znaczenie z uwagi na między innymi jego znaczną wartość w związku z jego szczególnymi cechami lub też z miejscem wykonania robót. Można również uwzględnić zainteresowanie podmiotów z innych państw członkowskich udziałem w procedurze udzielania tego zamówienia, pod warunkiem że zainteresowanie to jest prawdziwe, a nie fikcyjne (zob. podobnie wyrok z dnia 16 kwietnia 2015 r., Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, pkt 20 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 45 W niniejszym przypadku sąd odsyłający ustalił, że rozpatrywane w postępowaniu głównym zamówienie ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne. Jak zauważyła rzecznik generalna w pkt 37 opinii, wartość tego zamówienia, chociaż leży poniżej

progów określonych w art. 16 lit. b) dyrektywy 2004/17, jest relatywnie wysoka. Ponadto, jak podkreślił rząd litewski, rzeczony zamówienie dotyczy budowy kei portu morskiego o strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwowego. Dodatkowo z postanowienia odsyłającego wynika, że dwa przedsiębiorstwa zagraniczne, wśród których znajduje się wybrany oferent, wzięły udział w postępowaniu przetargowym.

- 46 Z powyższego wynika, że na pytanie pierwsze lit. a) należy odpowiedzieć w świetle podstawowych i ogólnych zasad traktatu FUE, zwłaszcza jego art. 49 i 56. W szczególności, w celu udzielenia sądowi odsyłającemu użytecznej odpowiedzi należy zbadać, czy uregulowanie krajowe takie jak art. 24 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych może stanowić nieuzasadnioną przeszkodę dla swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług.
- 47 W tym celu warto przypomnieć, że art. 49 i 56 TFUE stoją na przeszkodzie wszelkim krajowym środkom, które – nawet stosowane bez dyskryminacji ze względu na przynależność państwową – są tej natury, że zakazują, utrudniają lub czynią mniej atrakcyjnym korzystanie ze swobód przedsiębiorczości i świadczenia usług (wyroki: z dnia 27 października 2005 r., *Contse i in.*, C-234/03, EU:C:2005:644, pkt 25; z dnia 23 grudnia 2009 r., *Serrantoni et Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 41; z dnia 8 września 2016 r., *Politanò*, C-225/15, EU:C:2016:645, pkt 37).
- 48 Co się tyczy zamówień publicznych, w interesie Unii leży otwarcie przetargów na jak najszerszą konkurencję, również jeżeli chodzi o zamówienia nieobjęte zakresem dyrektywy 2004/17 (zob. podobnie wyroki: z dnia 10 lipca 2014 r., *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, pkt 29; a także z dnia 28 stycznia 2016 r., *CASTA i in.*, C-50/14, EU:C:2016:56, pkt 55). Korzystanie z podwykonawstwa, które może zachęcać małe i średnie przedsiębiorstwa do udziału w rynku zamówień publicznych, przyczynia się do realizacji tego celu.
- 49 Tymczasem przepis prawa krajowego, taki jak art. 24 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych, może uniemożliwiać, utrudniać lub czynić mniej atrakcyjnym udział podmiotów gospodarczych z innych państw członkowskich w procedurze udzielania zamówienia publicznego takiego jak rozpatrywane w postępowaniu głównym lub w wykonaniu tego zamówienia, ponieważ uniemożliwia on tym podmiotom bądź zlecenie podmiotom trzecim całości lub części robót uznanych przez podmiot zamawiający za „główne”, bądź oferowanie swoich usług w charakterze podwykonawców w odniesieniu do tej części robót.
- 50 Wspomniany przepis stanowi zatem ograniczenie swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług.
- 51 Jednakże ograniczenie takie może być uzasadnione w zakresie, w jakim realizuje zgodny z prawem cel interesu ogólnego oraz o ile następuje z poszanowaniem zasady proporcjonalności, to znaczy jest właściwe dla zagwarantowania realizacji tego celu i nie wykracza poza to co konieczne dla jego osiągnięcia (zob. podobnie wyroki: z dnia 27 października 2005 r., *Contse i in.*, C-234/03, EU:C:2005:644, pkt 25; a także z dnia 23 grudnia 2009 r., *Serrantoni i Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 44).
- 52 W sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym z akt sprawy, którymi dysponuje Trybunał, wynika, po pierwsze, że art. 24 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych ma na celu zapewnienie prawidłowego wykonania robót. Przepis ów został zatem przyjęty zwłaszcza w celu zapobieżenia stosowaniu istniejącej praktyki polegającej na tym, że oferent powołuje się na swoje zdolności zawodowe tylko po to, aby uzyskać udzielenie danego zamówienia, bez zamiaru samodzielnego wykonania robót, a z zamiarem powierzenia większości lub prawie całości robót podwykonawcom, która to praktyka wpływa na jakość robót i ich prawidłowe wykonanie. Po drugie, ograniczając korzystanie z podwykonawstwa do robót uznanych za „inne niż główne”, art. 24 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych ma na celu zachęcenie małych i średnich przedsiębiorstw

do udziału w rynku zamówień publicznych w charakterze współoferentów w ramach grupy podmiotów gospodarczych, a nie w charakterze podwykonawców.

- 53 W odniesieniu, w pierwszej kolejności, do celu polegającego na prawidłowym wykonaniu robót, należy stwierdzić, że jest on zgodny z prawem.
- 54 Niemniej, o ile nie jest wykluczone, że cel taki może uzasadniać pewne ograniczenia korzystania z podwykonawstwa (zob. podobnie wyroki: z dnia 18 marca 2004 r., Siemens i ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, pkt 45; z dnia 14 lipca 2016 r., Wrocław – miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, pkt 34), o tyle należy stwierdzić, że uregulowanie krajowe, takie jak art. 24 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych, wykracza poza to, co konieczne dla osiągnięcia tego celu, jako że zakazuje ono w sposób ogólny takiego korzystania w odniesieniu do robót uznanych przez podmiot zamawiający za „główne”.
- 55 Zakaz ów ma bowiem zastosowanie niezależnie od sektora gospodarki, którego dotyczy dane zamówienie, charakteru robót oraz kwalifikacji podwykonawców. Ponadto taki ogólny zakaz nie pozostawia miejsca na ocenę każdego konkretnego przypadku z osobna przez wskazany podmiot.
- 56 Co prawda podmiot zamawiający może zdefiniować roboty mające być uznane za „główne”. Niemniej musi wciąż określić w stosunku do wszystkich zamówień, że roboty te w całości musi wykonać samodzielnie oferent. W konsekwencji art. 24 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych zakazuje podwykonawstwa wskazanych robót, w tym w przypadkach, w których podmiot zamawiający jest w stanie zweryfikować zdolności danych podwykonawców i uznać po tym badaniu, że zakaz taki nie jest niezbędny dla prawidłowego wykonania robót z uwagi w szczególności na charakter zadań, które oferent zamierza zlecić rzeczonym podwykonawcom.
- 57 Jak zauważyła rzecznik generalna w pkt 51 swojej opinii, alternatywne środki mniej restrykcyjne i gwarantujące osiągnięcie zamierzonego celu mogłyby polegać na zobowiązaniu oferentów do wskazania w ich ofertach części zamówienia i robót, które mają zamiar zlecić podwykonawcom, proponowanych podwykonawców oraz ich zdolności. Można by także przewidzieć między innymi możliwość zakazania przez podmiot zamawiający dokonywania przez oferentów zmian podwykonawców, jeśli podmiot ów nie miał możliwości uprzedniego zweryfikowania tożsamości i zdolności tych podwykonawców.
- 58 Ponadto w zakresie, w jakim sąd odsyłający i rząd litewski utrzymują, że art. 24 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych został przyjęty w celu zapobieżeniu stosowaniu istniejącej praktyki polegającej na tym, że oferenci powołują się na swoje zdolności zawodowe tylko po to, aby uzyskać udzielenie danego zamówienia z zamiarem powierzenia większości lub prawie całości robót podwykonawcom, należy zauważyć, że przepis ów nie dotyczy w szczególności takiej praktyki. Zakazuje on bowiem oferentowi zlecenia wykonania robót uznanych przez podmiot zamawiający za „główne”, w tym zadań stanowiących proporcjonalnie jedynie małą część tych robót. W konsekwencji wskazany przepis wykracza poza to, co niezbędne do zapobieżenia stosowaniu powyżej wspomnianej praktyki.
- 59 W drugiej kolejności, w odniesieniu do uzasadnienia nawiązującego do zachęcania małych i średnich przedsiębiorstw do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w charakterze współoferentów, a nie jako podwykonawców, nie jest oczywiście wykluczone, że w pewnych okolicznościach i pod pewnymi warunkami cel taki może stanowić cel zgodny z prawem (zob. analogicznie wyrok z dnia 25 października 2007 r., Geurts i Vogten, C-464/05, EU:C:2007:631, pkt 26).
- 60 Niemniej i w każdym razie żadna spośród informacji, którymi dysponuje Trybunał, nie wskazuje, w jaki sposób uregulowanie krajowe takie jak art. 24 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych byłoby niezbędne do osiągnięcia tego celu.

61 W świetle powyższych rozważań na pytanie pierwsze lit. a) należy odpowiedzieć, że w odniesieniu do zamówienia publicznego, które nie wchodzi w zakres stosowania dyrektywy 2004/17, lecz które ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne, art. 49 i 56 TFUE należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu takiemu jak art. 24 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych, który przewiduje, że w przypadku korzystania z podwykonawców w celu wykonania zamówienia na roboty budowlane wybrany oferent jest zobowiązany do wykonania we własnym zakresie prac głównych, określonych jako takie przez podmiot zamawiający.

W przedmiocie pytania drugiego

62 Poprzez drugie pytanie sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy dyrektywa 2004/17, a w szczególności zasady równego traktowania i niedyskryminacji, a także wynikający z tej dyrektywy obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że pozwalają one podmiotom zamawiającym zmienić, po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu, pewne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, takie jak rozpatrywana w postępowaniu głównym klauzula 4.3, skoro podmiot ten – z powodu dokonanych zmian, które zostały ogłoszone w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*– przedłużył termin na składanie ofert.

63 Tytułem wstępu należy zaznaczyć, że taka możliwość dokonania zmian w dokumentacji przetargowej jest przewidziana w art. 27 ust. 4 ustawy o zamówieniach publicznych.

64 Tymczasem, jak zaznaczył sąd odsyłający we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, dyrektywa 2004/17 nie zawiera żadnych przepisów w tym zakresie.

65 W tych okolicznościach nie można uznać, że art. 27 ust. 4 ustawy o zamówieniach publicznych, w przypadku gdy ma on zastosowanie do zamówień nieobjętych zakresem stosowania owej dyrektywy, dokonuje bezpośredniego i bezwarunkowego odesłania do tej dyrektywy w rozumieniu orzecznictwa przywołanego w pkt 34 niniejszego wyroku (zob. analogicznie wyrok z dnia 7 lipca 2011 r., *Agafitei i in.*, C-310/10, EU:C:2011:467, pkt 45).

66 Wynika z tego, że dokonanie wykładni rzeczowej dyrektywy nie jest uzasadnione na potrzeby udzielenia odpowiedzi na pytanie drugie.

67 Jednak w celu udzielenia sądowi odsyłającemu użytecznej odpowiedzi, z przyczyn wskazanych w pkt 43–45 niniejszego wyroku, na to pytanie należy odpowiedzieć w świetle podstawowych i ogólnych zasad traktatu FUE, wśród których znajdują się zasady niedyskryminacji i równego traktowania, a także obowiązek przejrzystości, które wynikają między innymi z art. 49 i 56 TFUE i co do których, w szczególności, ma wątpliwość ów sąd.

68 W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału owe zasady i ów obowiązek wymagają w szczególności, aby oferenci byli traktowani jednakowo na etapie przygotowywania przez nich ofert. Obowiązek przejrzystości ma na celu w szczególności zagwarantowanie braku faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony podmiotu zamawiającego (zob. podobnie wyroki: z dnia 6 listopada 2014 r., *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 44; z dnia 14 lipca 2016 r., *TNS Dimarso*, C-6/15, EU:C:2016:555, pkt 22).

69 Wspomniane zasady i obowiązek wymagają w szczególności, by przedmiot i kryteria udzielenia zamówienia publicznego były jasno określone już z chwilą wszczęcia procedury udzielania tego zamówienia oraz by warunki i zasady postępowania w sprawie udzielania zamówienia były zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, który, po pierwsze, pozwoli wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, umożliwi podmiotowi zamawiającemu faktyczne sprawdzenie, czy złożone oferty odpowiadają kryteriom obowiązującym w ramach wskazanego zamówienia (zob.

podobnie wyroki: z dnia 10 maja 2012 r., Komisja/Niderlandy, C-368/10, EU:C:2012:284, pkt 56, 88 i 109; z dnia 6 listopada 2014 r., Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 44; a także z dnia 14 lipca 2016 r., TNS Dimarso, C-6/15, EU:C:2016:555, pkt 23). Obowiązek przejrzystości oznacza także, iż przedmiot i kryteria udzielenia zamówienia muszą zostać w odpowiedni sposób ogłoszone przez podmiot zamawiający (zob. podobnie wyrok z dnia 24 stycznia 2008 r., Lianakis i in., C-532/06, EU:C:2008:40, pkt 40).

- 70 Z orzecnictwa Trybunału wynika również, że podmiot zamawiający nie może, co do zasady, zmienić w trakcie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia zakresu zasadniczych warunków zamówienia, do których należą specyfikacje techniczne i kryteria udzielenia zamówienia, na których zasadnie oparły się zainteresowane podmioty gospodarcze celem podjęcia decyzji w przedmiocie przedstawienia oferty lub, przeciwnie, w przedmiocie odstąpienia od udziału w procedurze udzielania danego zamówienia (zob. podobnie wyroki: z dnia 10 maja 2012 r., Komisja/Niderlandy, C-368/10, EU:C:2012:284, pkt 55; z dnia 16 kwietnia 2015 r., Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, pkt 27–29).
- 71 Jednak nie wynika z tego, że każda zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu jest z zasady i w każdych okolicznościach zakazana.
- 72 Podmiot zamawiający dysponuje mianowicie wyjątkowo możliwością poprawienia lub uzupełnienia danych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które wymagają zwykłego wyjaśnienia lub poprawienia oczywistych błędów materialnych, pod warunkiem powiadomienia o tym wszystkich oferentów (zob. analogicznie wyrok z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 40).
- 73 Podmiot ów powinien być również upoważniony do dokonania pewnych zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności w zakresie warunków i zasad łączenia zdolności zawodowych, pod warunkiem że są przestrzegane zasady niedyskryminacji i równego traktowania, a także obowiązek przejrzystości.
- 74 Wymóg ów oznacza, po pierwsze, że dane zmiany, mimo że mogą być znaczne, nie powinny być na tyle znaczące, by przyciągnąć potencjalnych oferentów, którzy wobec braku tych zmian nie mogliby złożyć oferty. Mogłoby się tak zdarzyć zwłaszcza w sytuacji, gdy wprowadzane zmiany istotnie modyfikują charakter zamówienia w porównaniu z jego pierwotnie określonym charakterem.
- 75 Po drugie, wspomniany wymóg oznacza, że zmiany te powinny zostać odpowiednio ogłoszone, w sposób pozwalający wszystkim potencjalnym, rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na uzyskanie informacji w tych samych warunkach i w tym samym momencie.
- 76 Po trzecie, wymóg ten zakłada ponadto, że rzeczony zmiany są dokonywane przed składaniem ofert przez oferentów, a również, że termin na składanie tych ofert jest przedłużany, w przypadku gdy zmiany te są znaczne, że przedłużenie to jest dostosowane do znaczenia rzeczonych zmian oraz że przedłużenie to jest wystarczająco długie, aby pozwolić zainteresowanym podmiotom gospodarczym na będące konsekwencją tych zmian dostosowanie ich ofert.
- 77 W świetle powyższych rozważań na drugie pytanie należy odpowiedzieć, iż w odniesieniu do zamówienia publicznego, które nie wchodzi w zakres stosowania dyrektywy 2004/17, lecz ma niewątpliwie znaczenie transgraniczne, wynikające w szczególności z art. 49 i 56 TFUE, zasady równego traktowania i niedyskryminacji, a także obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że nie stoją na przeszkodzie temu, aby podmiot zamawiający zmieniał po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące warunków i zasad łączenia zdolności zawodowych, takie jak rozpatrywana

w postępowaniu głównym klauzula 4.3, pod warunkiem, po pierwsze, że dokonane zmiany nie są na tyle znaczące, by przyciągnąć potencjalnych oferentów, którzy wobec braku tych zmian nie mogliby złożyć oferty, po drugie, że rzeczony zmiany są odpowiednio ogłoszone, po trzecie, że zmiany te są dokonywane przed składaniem ofert przez oferentów, że termin na składanie tych ofert jest przedłużany, w przypadku gdy zmiany te są znaczne, że przedłużenie to jest dostosowane do znaczenia owych zmian oraz że przedłużenie to jest wystarczająco długie, aby pozwolić zainteresowanym podmiotom gospodarczym na będące konsekwencją tych zmian dostosowanie ich ofert, czego zbadanie należy do sądu odsyłającego.

W przedmiocie pytania pierwszego lit. b)

- 78 Poprzez pytanie pierwsze lit. b) sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy dyrektywę 2004/17 należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie postanowieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, takiemu jak rozpatrywana klauzula 4.3, która w przypadku złożenia przez kilku oferentów wspólnej oferty wymaga, aby udział każdego z nich w spełnianiu odpowiednich wymogów w zakresie zdolności zawodowych odpowiadał proporcjonalnie części robót, którą każdy z nich rzeczywiście zrealizuje w wypadku udzielenia zamówienia.
- 79 Tytułem wstępu zarząd portu sprecyzował, na rozprawie przed Trybunałem, w istocie, że rozpatrywana w postępowaniu głównym klauzula 4.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna być czytana w związku z klauzulą 4.2.3 tej specyfikacji. Zgodnie z tą ostatnią klauzulą oferenci, którzy chcą złożyć wspólną ofertę, muszą wskazać w umowie konsorcjum część robót, którą każdy z nich zobowiązuje się wykonać, przy czym podział ten jest dowolnie ustalany przez tych oferentów. Klauzula 4.3 pozwala rzeczonemu zarządowi zweryfikować przy badaniu ofert, czy każdy z danych oferentów ma zdolności zawodowe odpowiadające proporcjonalnie części robót, które zobowiązał się zrealizować zgodnie z tą umową i które rzeczywiście wykona w przypadku udzielenia zamówienia.
- 80 Jak zauważyła rzecznik generalna w pkt 56 swojej opinii, rozpatrywana w postępowaniu głównym klauzula 4.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczy udzielenia zamówienia, a zwłaszcza możliwości łączenia przez oferentów, poprzez złożenie wspólnej oferty, ich zdolności zawodowych w celu spełnienia wymogów tej specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
- 81 Możliwość taka została przewidziana w art. 32 ust. 3 ustawy o zamówieniach publicznych.
- 82 Z postanowienia odsyłającego wynika jednak, że przepis ów, który ma zastosowanie do wszystkich zamówień na roboty budowlane niezależnie od ich wartości, powtarza wiernie brzmienie art. 54 ust. 6 dyrektywy 2004/17. Ponadto sąd odsyłający wskazał, że przy dokonywaniu transpozycji tej dyrektywy do prawa litewskiego ustawodawca krajowy zdecydował się objąć zakresem pewnych przepisów tejże dyrektywy zamówienia o wartości niższej niż progi ustanowione w art. 16 lit. b) rzeczony dyrektywy, w szczególności przewidując przepisy wyraźnie analogiczne do przepisów tej dyrektywy.
- 83 W tych okolicznościach należy stwierdzić, że art. 32 ust. 3 ustawy o zamówieniach publicznych spowodował bezpośrednio i bezwarunkowo stosowanie art. 54 ust. 6 dyrektywy 2004/17 do zamówień wyłączonych z zakresu stosowania tej dyrektywy.
- 84 W konsekwencji, przy uwzględnieniu orzecznictwa przywołanego w pkt 33 i 34 niniejszego wyroku pytanie pierwsze lit. b) należy zbadać w świetle art. 54 ust. 6 dyrektywy 2004/17.
- 85 Przepis ów, w przypadku gdy podmiot zamawiający ustala jakościowe kryterium wyboru obejmujące wymogi odnoszące się do zdolności technicznych lub zawodowych, przyznaje każdemu podmiotowi gospodarczemu prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru

prawnego łączących go z nimi powiązań, o ile zostanie wykazane podmiotowi zamawiającemu, że oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania zamówienia (zob. analogicznie wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo). Zgodnie z tym przepisem prawo to przysługuje grupom podmiotów gospodarczych składające wspólną ofertę, które mogą na tych samych warunkach powoływać się na zdolności ich członków i innych podmiotów.

- 86 Niemniej dyrektywa 2004/17 nie stoi na przeszkodzie temu, aby korzystanie z prawa ustanowionego w jej art. 54 ust. 6 było ograniczane w wyjątkowych okolicznościach (zob. analogicznie wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 39).
- 87 Nie można zwłaszcza wykluczyć, że w szczególnych okolicznościach z uwagi na charakter i cele danego zamówienia oraz określonych robót dany oferent nie może polegać na zdolnościach podmiotu trzeciego niezbędnych do wykonania tego zamówienia, co oznacza, że oferent ów może powołać się na wskazane zdolności wyłącznie wtedy, gdy wspomniany podmiot trzeci osobiście i bezpośrednio uczestniczy w wykonaniu rzeczonożego zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 41).
- 88 W takich okolicznościach podmiot zamawiający może – do celów prawidłowego wykonania tego zamówienia – wskazać wyraźnie w dokumentacji przetargowej szczegółowe zasady, zgodnie z którymi podmiot gospodarczy może polegać na zdolnościach innych podmiotów, pod warunkiem że te zasady są związane z przedmiotem i celami rzeczonożego zamówienia oraz proporcjonalne względem nich (zob. podobnie wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 54–56).
- 89 Podobnie nie można z góry wykluczyć, że w szczególnych okolicznościach, z uwagi na charakter danych robót, jak i przedmiot oraz cele zamówienia niezbędne do prawidłowego wykonania wskazanego zamówienia, zdolności poszczególnych członków grupy podmiotów gospodarczych, która składa wspólną ofertę, nie mogą być przekazywane pomiędzy tymi członkami. W takiej sytuacji podmiot zamawiający może zatem zasadnie wymagać, aby każdy z rzeczonożych członków wykonał roboty odpowiadające ich własnym zdolnościom.
- 90 W niniejszym przypadku zarząd portu i rząd litewski utrzymują zasadniczo, że rozpatrywana w postępowaniu głównym klauzula 4.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma na celu uniknięcie sytuacji, w której w celu wygrania przetargu dany oferent powołuje się na zdolności, z których nie ma zamiaru skorzystać, i odwrotnie – sytuacji, w której dany oferent uzyskuje dostęp do zamówienia i wykonuje część robót, nie dysponując jednak zdolnościami i środkami niezbędnymi do prawidłowego wykonania tych robót.
- 91 W tym względie nie można co prawda wykluczyć, że uwzględniając charakter techniczny i znaczenie rozpatrywanych w postępowaniu głównym robót, ich prawidłowe wykonanie wymaga, aby w przypadku złożenia przez kilku oferentów wspólnej oferty każdy z nich wykonał szczególne zadania odpowiadające pod względem przedmiotu i charakteru tych robót lub zadań ich własnym zdolnościom zawodowym.
- 92 Niemniej nie wydaje się, by taki był zakres rozpatrywanej w postępowaniu głównym klauzuli 4.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak w istocie zauważyła rzeczniczka generalna w pkt 63 i 64 swojej opinii, postanowienie to wymaga czysto arytmetycznej korelacji między udziałem każdego z danych oferentów w spełnieniu wymogów dotyczących zdolności zawodowych a częścią robót, jaką oferent ten zobowiązuje się wykonać i którą rzeczywiście zrealizuje w wypadku udzielenia zamówienia. Natomiast postanowienie to nie uwzględnia ani charakteru zadań, jakie ma zrealizować każdy oferent, ani umiejętności technicznych posiadanych przez każdego

oferenta. W tej sytuacji wspomniana klauzula 4.3 nie stoi na przeszkodzie temu, aby jeden z danych oferentów realizował szczególne zadania, wobec których nie posiada w rzeczywistości doświadczenia czy wymaganych zdolności.

- 93 Dodatkowo zarząd portu i rząd litewski podkreślili, że rozpatrywana w postępowaniu głównym klauzula 4.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie uniemożliwia danym oferentom korzystania z podwykonawstwa w celu wykonania robót uznanych za „inne niż główne” i że zgodnie z klauzulą 4.4 tej specyfikacji zdolności zawodowe podwykonawców nie są weryfikowane. Jeśli tak jest, czego zbadanie należy do sądu odsyłającego, należałoby stwierdzić, że wskazana klauzula 4.3, po pierwsze, nie zapewnia, że oferenci będą rzeczywiście wykorzystywać zdolności, które zadeklarowali przy udzielaniu zamówienia i które zostały wzięte pod uwagę przez zarząd portu w ramach badania ofert. Po drugie, postanowienie to nie wyklucza, że roboty uznane za „inne niż główne” są realizowane przez podwykonawców nieposiadających wymaganych zdolności zawodowych.
- 94 Wynika z tego, że rozpatrywana w postępowaniu głównym klauzula 4.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest właściwa dla zagwarantowania osiągnięcia zamierzonego celu.
- 95 W konsekwencji należy stwierdzić, że wynikające z tego postanowienia specyfikacji ograniczenie prawa przewidzianego w art. 54 ust. 6 dyrektywy 2004/17 nie jest uzasadnione w świetle przedmiotu i celów rozpatrywanego w postępowaniu głównym zamówienia.
- 96 W tych okolicznościach na pytanie pierwsze lit. b) należy odpowiedzieć, że art. 54 ust. 6 dyrektywy 2004/17 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie postanowieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, takiemu jak rozpatrywana klauzula 4.3, która w przypadku złożenia przez kilku oferentów wspólnej oferty wymaga, aby udział każdego z nich w spełnianiu odpowiednich wymogów w zakresie zdolności zawodowych odpowiadał proporcjonalnie części robót, którą każdy z nich rzeczywiście zrealizuje w wypadku udzielenia danego zamówienia.

W przedmiocie kosztów

- 97 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 (piąta izba) orzeka, co następuje:

- 1) **W odniesieniu do zamówienia publicznego, które nie wchodzi w zakres stosowania dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, zmienionej rozporządzeniem Komisji (UE) nr 1336/2013 z dnia 13 grudnia 2013 r., lecz które ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne, art. 49 i 56 TFUE należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu takiemu jak art. 24 ust. 5 Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (litewskiej ustawy o zamówieniach publicznych), który przewiduje, że w przypadku korzystania z podwykonawców w celu wykonania zamówienia na roboty budowlane wybrany oferent jest zobowiązany do wykonania we własnym zakresie prac głównych określonych jako takie przez podmiot zamawiający.**
- 2) **W odniesieniu do takiego zamówienia publicznego wynikające w szczególności z art. 49 i 56 TFUE zasady równego traktowania i niedyskryminacji, a także obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie temu, aby podmiot**

zamawiający zmieniał po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące warunków i zasad łączenia zdolności zawodowych, takie jak rozpatrywana w postępowaniu głównym klauzula 4.3, pod warunkiem, po pierwsze, że dokonane zmiany nie są na tyle znaczące, by przyciągnąć potencjalnych oferentów, którzy wobec braku tych zmian nie mogliby złożyć oferty, po drugie, że rzeczony zmiany są odpowiednio ogłoszone, po trzecie, że zmiany te są dokonywane przed składaniem ofert przez oferentów, że termin na składanie tych ofert jest przedłużany, w przypadku gdy zmiany te są znaczne, że przedłużenie to jest dostosowane do znaczenia owych zmian oraz że przedłużenie to jest wystarczająco długie, aby pozwolić zainteresowanym podmiotom gospodarczym na będące konsekwencją tych zmian dostosowanie ich ofert, czego zbadanie należy do sądu odsyłającego.

- 3) Artykuł 54 ust. 6 dyrektywy 2004/17, zmienionej przez rozporządzenie nr 1336/2013, należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie postanowieniu specyfikacji warunków zamówienia, takiemu jak rozpatrywana klauzula 4.3, która w przypadku złożenia przez kilku oferentów wspólnej oferty wymaga, aby udział każdego z nich w spełnianiu odpowiednich wymogów w zakresie zdolności zawodowych odpowiadał proporcjonalnie części robót, którą każdy z nich rzeczywiście zrealizuje w wypadku udzielenia danego zamówienia.

Podpisy