Συλλογή της Νομολογίας

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΗΣ ΓΕΝΙΚΗΣ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
ELEANOR SHARPSTON
της 1ης Δεκεμβρίου 2016[1]

Υπόθεση C-298/15

UAB «Borta»

[αίτηση του Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Ανωτάτου Δικαστηρίου, Λιθουανία) για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως]

«Δημόσιες συμβάσεις — Ποιοτικά κριτήρια επιλογής — Απαίτηση για εκτέλεση των "κύριων εργασιών" από τον ίδιο τον ανάδοχο — Απόδειξη των επαγγελματικών ικανοτήτων — Προσφορά υποβληθείσα από ομάδα οικονομικών φορέων — Απαίτηση να είναι η συμμετοχή κάθε μέλους της κοινοπραξίας ανάλογη με τη συμβολή του στην απόδειξη των επαγγελματικών ικανοτήτων — Διαδικασία συνάψεως συμβάσεως — Τροποποίηση της συγγραφής υποχρεώσεων κατά τη διάρκεια της διαδικασίας — Αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της διαφάνειας»

1. Η παρούσα αίτηση προδικαστικής αποφάσεως του Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Ανωτάτου Δικαστηρίου, Λιθουανία) αφορά όρο στη συγγραφή υποχρεώσεων για την ανάθεση συμβάσεως δημοσίων έργων που αφορά την κατασκευή προκυμαίας στον λιμένα της Klaipėda (Λιθουανία). Ο επίμαχος όρος περιλαμβάνει διατάξεις που διέπουν τις προσφορές που υποβάλλονται από μέλη κοινοπραξίας. Οι διατάξεις αυτές απαιτούν την από κάθε μέλος *εκτέλεση* τμήματος της συμβάσεως αντίστοιχου της συμβολής του μέλους στην απόδειξη της επαγγελματικής εμπειρίας της κοινοπραξίας, στο στάδιο της *αναθέσεως* της δημόσιας συμβάσεως. Το αιτούν δικαστήριο έχει αμφιβολίες ως προς τη συμβατότητα της εν λόγω απαιτήσεως με τους κανόνες για τη συγκέντρωση των επαγγελματικών ικανοτήτων σύμφωνα με το δίκαιο της Ένωσης για τις δημόσιες συμβάσεις. Δεδομένου ότι ο επίμαχος όρος της συγγραφής υποχρεώσεων ανακοινώθηκε αρκετές εβδομάδες μετά τη δημοσίευση της προκηρύξεως του διαγωνισμού, το αιτούν δικαστήριο ζητεί καθοδήγηση επίσης ως προς το ζήτημα αν (και, σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως, υπό ποιες προϋποθέσεις) οι αναθέτουσες αρχές έχουν δυνατότητα να μεταβάλουν τη συγγραφή υποχρεώσεων κατά τη διάρκεια της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως. Επιπλέον, το αιτούν δικαστήριο θέτει αυτεπαγγέλτως το ερώτημα αν το δίκαιο της Ένωσης για τις δημόσιες συμβάσεις αντιτίθεται σε διάταξη της λιθουανικής νομοθεσίας που απαγορεύει την υπεργολαβία των «κύριων εργασιών» στο πλαίσιο των συμβάσεων δημοσίων έργων.

2. Ένα προκαταρκτικό ζήτημα που ανακύπτει αφορά την αρμοδιότητα του Δικαστηρίου να απαντήσει στα προαναφερθέντα ερωτήματα. Το αιτούν δικαστήριο εκφράζει τους προβληματισμούς του στο πλαίσιο της οδηγίας 2004/17/ΕΚ[2]. Πάντως, δεν αμφισβητείται ότι η εκτιμώμενη αξία της επίμαχης δημόσιας συμβάσεως δεν καλύπτει το σχετικό κατώτατο όριο και ότι, ως εκ τούτου, η εν λόγω οδηγία δεν έχει εφαρμογή στην κύρια δίκη. Έχει, σύμφωνα με τη λιθουανική νομοθεσία, η εν λόγω οδηγία άμεση και ανεπιφύλακτη εφαρμογή στην εν λόγω σύμβαση; Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως, κατά πάγια νομολογία το Δικαστήριο έχει αρμοδιότητα να ερμηνεύσει τις σχετικές διατάξεις της εν

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η αγγλική.

2 — Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών συνάψεως συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών (ΕΕ 2004, L 134, σ. 1). Η σχετική μορφή της εν λόγω οδηγίας είναι αυτή μετά την πιο πρόσφατη τροποποίηση υπό τον κανονισμό (ΕΕ) 1336/2013 της Επιτροπής, της 13ης Δεκεμβρίου 2013 (ΕΕ 2013, L 335, σ. 17).

λόγω οδηγίας. Επικουρικώς, αν η επίμαχη σύμβαση παρουσιάζει σαφές διασυνοριακό ενδιαφέρον, η ανάθεσή της υπόκειται στους θεμελιώδεις κανόνες και τις γενικές αρχές της ΣΛΕΕ (και ιδίως στις αρχές της ελεύθερης κυκλοφορίας κατά τα άρθρα 49 και 56 ΣΛΕΕ) και, στην περίπτωση αυτή, το Δικαστήριο οφείλει να παράσχει στο αιτούν δικαστήριο χρήσιμη καθοδήγηση πάνω σε αυτή τη βάση.

Νομικό πλαίσιο

Το δίκαιο της Ένωσης

3. Στην αιτιολογική σκέψη 9 της οδηγίας 2004/17 εκτίθενται τα εξής:

«Για να εξασφαλιστεί το άνοιγμα στον ανταγωνισμό των συμβάσεων δημόσιων προμηθειών που ανατίθενται από φορείς των τομέων του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών, είναι σκόπιμο να καταρτισθούν διατάξεις για τον κοινοτικό συντονισμό των συμβάσεων που υπερβαίνουν μια συγκεκριμένη αξία. Ο συντονισμός αυτός βασίζεται στις απαιτήσεις που προκύπτουν από τα άρθρα 14, 28 και 49 της Συνθήκης ΕΚ και το άρθρο 97 της Συνθήκης Ευρατόμ, όπως η αρχή της ίσης μεταχείρισης, στο πλαίσιο της οποίας η αρχή της αποφυγής των διακρίσεων είναι απλώς μια ειδική έκφραση, η αρχή της αμοιβαίας αναγνώρισης, η αρχή της αναλογικότητας, καθώς και η αρχή της διαφάνειας. Λόγω της φύσεως των τομέων που υπάγονται σε αυτόν, ο συντονισμός αυτός θα πρέπει, διασφαλίζοντας την εφαρμογή των εν λόγω αρχών, να θεσπίζει ένα πλαίσιο θεμιτών εμπορικών πρακτικών και θα πρέπει να επιτρέπει τη μέγιστη δυνατή ευελιξία.

[…]»

4. Η αιτιολογική σκέψη 43 της οδηγίας αναφέρει ότι συνιστάται η πρόβλεψη διατάξεων σχετικά με την υπεργολαβία προκειμένου να ευνοηθεί η πρόσβαση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στην αγορά των δημόσιων συμβάσεων.

5. Κατά το άρθρο 10 της ίδιας οδηγίας, «[ο]ι αναθέτοντες φορείς αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια».

6. Το άρθρο 11, παράγραφος 2, ορίζει:

«Οι κοινοπραξίες οικονομικών φορέων δύνανται να υποβάλλουν προσφορές ή υποψηφιότητες. Για την υποβολή μιας προσφοράς ή μιας αίτησης συμμετοχής, οι αναθέτοντες φορείς δεν μπορούν να απαιτούν να έχουν οι οικονομικοί φορείς συγκεκριμένη νομική μορφή· ωστόσο, η επιλεγόμενη κοινοπραξία είναι δυνατόν να υποχρεούται να περιβληθεί συγκεκριμένη νομική μορφή στο βαθμό που η περιβολή αυτής της νομικής μορφής είναι αναγκαία για την ορθή εκτέλεση της σύμβασης.»

7. Το άρθρο 37 («Υπεργολαβία») ορίζει:

«Στη συγγραφή υποχρεώσεων, ο αναθέτων φορέας μπορεί να ζητεί ή μπορεί να υποχρεώνεται από ένα κράτος μέλος να ζητήσει από τον προσφέροντα να αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει. Η εκδήλωση τέτοιας πρόθεσης δεν αίρει την ευθύνη του κυρίου οικονομικού φορέα.»

8. Κατά το άρθρο 38 («Όροι εκτέλεσης της σύμβασης»):

«Οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να προβλέπουν ειδικούς όρους σχετικά με την εκτέλεση της σύμβασης, εφόσον οι όροι αυτοί είναι συμβατοί με το […] δίκαιο [της Ένωσης] και επισημαίνονται στην προκήρυξη που χρησιμοποιείται ως μέσο έναρξης διαγωνισμού ή στα έγγραφα της σύμβασης. Οι όροι υπό τους οποίους εκτελείται μια σύμβαση μπορούν ιδίως να αφορούν κοινωνικές και περιβαλλοντικές παραμέτρους.»

9. Το άρθρο 53 («Συστήματα προεπιλογής») ορίζει μεταξύ άλλων:

«1. Οι αναθέτοντες φορείς μπορούν, εφόσον το επιθυμούν, να θεσπίζουν και να διαχειρίζονται σύστημα προεπιλογής των οικονομικών φορέων.

[…]

2. Το σύστημα που προβλέπεται στην παράγραφο 1 είναι δυνατόν να περιλαμβάνει διάφορα στάδια προεπιλογής.

Η διαχείρισή του πρέπει να γίνεται βάσει αντικειμενικών κριτηρίων και κανόνων προεπιλογής που ορίζονται από τον αναθέτοντα φορέα.

[…]

5. Όταν τα κριτήρια και οι κανόνες προεπιλογής που αναφέρονται στην παράγραφο 2 περιλαμβάνουν απαιτήσεις σχετικά με τις τεχνικές και/ή επαγγελματικές ικανότητες του οικονομικού φορέα, αυτός μπορεί, ενδεχομένως, να κάνει χρήση της ικανότητας άλλων φορέων, ανεξαρτήτως της νομικής φύσης των υφιστάμενων σχέσεων μεταξύ αυτού και των εν λόγω φορέων. Στην περίπτωση αυτή, πρέπει να αποδεικνύει στον αναθέτοντα φορέα ότι θα διαθέτει τα μέσα αυτά καθ' όλη την περίοδο ισχύος του συστήματος προεπιλογής, π.χ. με την παρουσίαση εγγυήσεων εκ μέρους των εν λόγω φορέων ότι θα διαθέσουν στον οικονομικό φορέα τα απαραίτητα μέσα.

Υπό τους ίδιους όρους, μια κοινοπραξία οικονομικών φορέων που αναφέρεται στο άρθρο 11 μπορεί να επικαλείται την ικανότητα των συμμετεχόντων στην κοινοπραξία ή άλλων φορέων.

[…]»

Το λιθουανικό δίκαιο

10. Το άρθρο 2, παράγραφος 29, του Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (νόμου της Δημοκρατίας της Λιθουανίας περί δημοσίων συμβάσεων, στο εξής: νόμος περί δημοσίων συμβάσεων) ορίζει τον προμηθευτή εν γένει ως οποιονδήποτε οικονομικό φορέα, είτε φυσικό πρόσωπο, νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου, νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου, λοιπούς οργανισμούς ή διακλαδώσεις τους, είτε ομάδα τέτοιων προσώπων, που δύναται να παρέχει, ή παρέχει, αγαθά, υπηρεσίες ή έργα.

11. Κατά το άρθρο 24, παράγραφος 5, του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων, τα έγγραφα του διαγωνισμού απαιτούν από τον υποψήφιο ή τον προσφέροντα να αναφέρει με την προσφορά του τους υπεργολάβους που αυτός προτείνει και μπορεί να απαιτούν από τον υποψήφιο ή τον προσφέροντα να αναφέρει το τμήμα της συμβάσεως που προορίζεται να ανατεθεί στους υπεργολάβους αυτούς. Πάντως, αν υπεργολάβοι καλούνται να εκτελέσουν σύμβαση έργων, οι κύριες εργασίες, όπως προσδιορίζονται από την αναθέτουσα αρχή, πρέπει να εκτελεστούν από τον ανάδοχο.

12. Κατά το άρθρο 27, παράγραφος 4, του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων, η αναθέτουσα αρχή δύναται, με δική της πρωτοβουλία, οποτεδήποτε πριν από την παρέλευση της προθεσμίας για την υποβολή προσφορών, να διευκρινίσει τα έγγραφα του διαγωνισμού.

13. Το άρθρο 32, παράγραφος 3, του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων ορίζει ότι, όταν είναι αναγκαίο σε συγκεκριμένο πλαίσιο υποβολής προσφορών, προμηθευτής μπορεί να επικαλεστεί τις δυνατότητες άλλων οικονομικών φορέων, ανεξάρτητα από τη φύση της έννομης σχέσεώς του με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, ο προμηθευτής πρέπει να αποδείξει στην αναθέτουσα αρχή ότι διαθέτει τα μέσα αυτά για την εκτέλεση της συμβάσεως. Υπό τις ίδιες προϋποθέσεις, ομάδα οικονομικών φορέων μπορεί να επικαλεστεί τις δυνατότητες μελών της ομάδας ή της δυνατότητες άλλων οικονομικών φορέων.

Το πραγματικό πλαίσιο, η διαδικασία και τα προδικαστικά ερωτήματα

14. Στις 2 Απριλίου 2014, η VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija (κρατική αρχή θαλασσίων λιμένων της Klaipėda, στο εξής: αρχή θαλασσίων λιμένων), λιθουανική δημόσια επιχείρηση, δημοσίευσε προκήρυξη διαγωνισμού για «Κατασκευαστικές εργασίες για "Ανακατασκευή των προκυμαιών αριθ. 67 και 68. Στάδιο 1"». Η εν λόγω προκήρυξη δημοσιεύθηκε στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης* στις 5 Απριλίου 2014 [3].

15. Στο σημείο 3.2.1 της συγγραφής υποχρεώσεων περιελήφθη η ακόλουθη απαίτηση: «Ο μέσος ετήσιος όγκος των εργασιών των προμηθευτών σχετικά με το κύριο έργο κατασκευής και εγκαταστάσεως (κατασκευή ή ανακατασκευή προκυμαίας θαλάσσιου λιμένα) κατά τη διάρκεια των τελευταίων πέντε ετών ή κατά τη διάρκεια της περιόδου από την καταχώριση του προμηθευτή (σε περίπτωση που ο προμηθευτής βρίσκεται σε λειτουργία για διάστημα μικρότερο των πέντε ετών) αντιστοιχεί σε αξία τουλάχιστον 5 000 000 LTL (1 448 100,09 ευρώ), χωρίς ΦΠΑ.»

16. Το σημείο 4.2.3 της συγγραφής υποχρεώσεων απαιτούσε σε κάθε προσφορά «να εξειδικεύονται οι δεσμεύσεις των μελών κοινοπραξίας σχετικά με την εφαρμογή της συμβάσεως, καθώς και το ποσοστό στο οποίο οι δεσμεύσεις αυτές αναλογούν σε κάθε μέλος της κοινοπραξίας, και να δηλώνεται ότι η εν λόγω διαίρεση του όγκου των υπηρεσιών ισχύει μόνο για τα μέλη της κοινοπραξίας και δεν δημιουργεί υποχρεώσεις για τον πελάτη (την αναθέτουσα αρχή)».

17. Η αρχική μορφή του σημείου 4.3 της συγγραφής υποχρεώσεων προέβλεπε τα ακόλουθα:

«Αν η προσφορά υποβάλλεται από προμηθευτές που ενεργούν στο πλαίσιο κοινοπραξίας, οι απαιτήσεις [του σημείου 3.2.1] πρέπει να ικανοποιούνται τουλάχιστον από ένα από τα μέλη της κοινοπραξίας ή από κοινού από όλα τα μέλη της κοινοπραξίας. […] Σύμφωνα με το άρθρο 24, παράγραφος 5, του [νόμου περί δημοσίων συμβάσεων], η [αρχή θαλασσίων λιμένων] δηλώνει ότι οι κύριες εργασίες συνίστανται στο Στοιχείο 1.2.8 της Ενότητας Κατασκευή η οποία υπάγεται στις Ποσοτικές Προδιαγραφές και, επομένως, οι εν λόγω εργασίες πρέπει να εκτελεστούν από τον ίδιο τον ανάδοχο» [4].

3 — ΕΕ 2014/S 68-117458.

4 — Το αιτούν δικαστήριο εξηγεί ότι οι εν λόγω κύριες εργασίες συνίστανται, μεταξύ άλλων, στην κατασκευή αυλακωτού τοίχου από χάλυβα που στηρίζεται με δοκούς θέσεως.

18. Στις 24 Απριλίου 2014, η αρχή θαλασσίων λιμένων, ενεργώντας με δική της πρωτοβουλία, εξέδωσε μια πρώτη τροποποίηση του σημείου 4.3 της συγγραφής υποχρεώσεων. Η νέα αυτή έκδοση, η οποία δημοσιεύθηκε στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, προέβλεπε, ειδικότερα, ότι, αν η προσφορά είχε υποβληθεί από προμηθευτές που ενεργούν στο πλαίσιο κοινοπραξίας, κάθε ένα από τα μέλη της κοινοπραξίας έπρεπε να ικανοποιεί τουλάχιστον ποσοστό 50 % της απαιτήσεως του σημείου 3.2.1. Λόγω της ανωτέρω τροποποιήσεως, η αρχή θαλασσίων λιμένων παρέτεινε την προθεσμία υποβολής προσφορών.

19. Στις 3 Μαΐου 2014, η UAB Borta, περιορισμένης ευθύνης εταιρία λιθουανικού δικαίου, προσέβαλε ενώπιον της αρχής θαλασσίων λιμένων τον προαναφερθέντα επανακαθορισμό. Αυτό είχε ως αποτέλεσμα τη για δεύτερη φορά τροποποίηση του σημείου 4.3 της συγγραφής υποχρεώσεων από την αρχή θαλασσίων λιμένων, με απόφαση της 9ης Μαΐου 2014[5]. Η νέα (και τελική) μορφή του εν λόγω σημείου είχε ως εξής:

«Αν η προσφορά υποβάλλεται από προμηθευτές που ενεργούν στο πλαίσιο κοινοπραξίας, οι απαιτήσεις των σημείων 3.2.1 […] πρέπει να ικανοποιούνται τουλάχιστον από ένα από τα μέλη της κοινοπραξίας ή από κοινού από όλα τα μέλη της κοινοπραξίας. Η συμμετοχή του μέλους (ο ολοκληρωμένος όγκος εργασιών) στην κοινοπραξία πρέπει να είναι ανάλογη με τη συμβολή του στην ικανοποίηση της απαιτήσεως του σημείου 3.2.1 […] καθώς και με τον όγκο εργασιών που πράγματι θα εκτελεστεί από αυτό το μέλος σε περίπτωση επιτυχούς προσφοράς (εκτέλεση της συμβάσεως) [6]. […] Σύμφωνα με το άρθρο 24, παράγραφος 5, του [νόμου περί δημοσίων συμβάσεων], [η αρχή θαλασσίων λιμένων] δηλώνει ότι οι κύριες εργασίες συνίστανται στο Στοιχείο 1.2.8 της Ενότητας Κατασκευή η οποία υπάγεται στις Ποσοτικές Προδιαγραφές και, επομένως, οι εν λόγω εργασίες πρέπει να εκτελεστούν από τον ίδιο τον ανάδοχο.»

20. Η τελευταία τροποποίηση, η οποία δημοσιεύθηκε στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, είχε ως συνέπεια να παραταθεί για δεύτερη φορά η προθεσμία για την υποβολή προσφορών, έως τις 12 Ιουνίου 2014.

21. Η Borta υπέβαλε προσφορά στις 12 Ιουνίου 2014, με την οποία πρότεινε να εκτελέσει τις εν λόγω εργασίες αντί του αντίστοιχου σε LTL ποσού περίπου 4 761 460 ευρώ. Η προσφορά αυτή ήταν η ακριβότερη[7].

22. Πάντως, η Borta προσέβαλε την τελική μορφή του σημείου 4.3 της συγγραφής υποχρεώσεων ενώπιον της αρχής θαλασσίων λιμένων και, κατόπιν απορρίψεως της εν λόγω ενστάσεως, άσκησε προσφυγή ενώπιον του Klaipėdos apygardos teismas (πρωτοβάθμιου δικαστηρίου της Klaipėda, Λιθουανία). Στις 18 Αυγούστου 2014 το Klaipėdos apygardos teismas (πρωτοβάθμιο δικαστήριο της Klaipėda) απέρριψε την εν λόγω προσφυγή. Η Borta προσέβαλε την εν λόγω απόφαση ενώπιον του Lietuvos apeliacinis teismas (λιθουανικού δευτεροβάθμιου δικαστηρίου), το οποίο απέρριψε τη σχετική έφεση στις 13 Νοεμβρίου 2014. Αμφότερα τα δικαστήρια έκριναν κατ' ουσίαν ότι ο επίμαχος όρος της συγγραφής υποχρεώσεων δικαιολογούνταν από τη φύση του αντικειμένου της συμβάσεως και από τη σημασία της για το δημόσιο συμφέρον, καθώς και ότι η εις ολόκληρον ευθύνη των μελών της κοινοπραξίας έναντι της αρχής θαλασσίων λιμένων δεν διασφάλιζε από μόνη της την επιτυχή εκτέλεση της δημόσιας συμβάσεως. Τα παραπάνω δικαστήρια απέρριψαν επίσης την αιτίαση ότι οι διαδοχικές τροποποιήσεις της συγγραφής υποχρεώσεων ήσαν παράνομες, καθόσον το άρθρο 27, παράγραφος 4, του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων ρητώς παρείχε στην αρχή θαλασσίων λιμένων τη δυνατότητα να διευκρινίζει τους εν λόγω όρους.

5 — Ταυτόχρονα, η αναθέτουσα αρχή με δική της πρωτοβουλία αναδιατύπωσε ελαφρώς το σημείο 4.2.3 της συγγραφής υποχρεώσεων. Πάντως, αυτή η τροποποίηση της συγγραφής υποχρεώσεων δεν αμφισβητείται στην κύρια δίκη.

6 — Στο εξής θα αποκαλώ την τελευταία απαίτηση «απαίτηση αντιστοιχίας». Ο «όγκος εργασιών» πιθανότατα αποτιμάται σε χρήμα.

7 — Η προσφορά του αναδόχου ανήλθε στο αντίστοιχο σε LTL ποσό περίπου 3 168 400 ευρώ.

23. Η Borta προσέβαλε την απόφαση του Lietuvos apeliacinis teismas (λιθουανικού δευτεροβάθμιου δικαστηρίου) με αίτηση αναιρέσεως ενώπιον του Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Ανωτάτου Δικαστηρίου, Λιθουανία), το οποίο ανέστειλε την ενώπιόν του διαδικασία και έθεσε τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

«1) Πρέπει οι διατάξεις των άρθρων 37, 38, 53 και 54 της οδηγίας 2004/17, σε συνδυασμό μεταξύ τους ή χωριστά (αλλά χωρίς περιορισμό στις εν λόγω διατάξεις), να ερμηνευθούν υπό την έννοια ότι:

α) αντιτίθενται σε εθνική ρύθμιση κατά την οποία, στην περίπτωση που υπεργολάβοι καλούνται να εκτελέσουν σύμβαση δημοσίων έργων, οι κύριες εργασίες, όπως ορίζονται από την αναθέτουσα αρχή, πρέπει να εκτελεστούν από τον ανάδοχο [8];

β) απαγορεύουν να προβλέπεται στα έγγραφα του διαγωνισμού σύστημα που επιτρέπει την ομαδοποίηση των επαγγελματικών ικανοτήτων των προμηθευτών, όπως αυτές ορίζονται από την αναθέτουσα αρχή στην επίμαχη προκήρυξη του διαγωνισμού, το οποίο απαιτεί το μέρος που αντιπροσωπεύει τις επαγγελματικές ικανότητες του οικείου οικονομικού φορέα (μέλους της κοινοπραξίας) να αντιστοιχεί στο μέρος του συγκεκριμένου έργου που αυτός πράγματι θα εκτελέσει στο πλαίσιο της δημόσιας συμβάσεως;

2) Πρέπει οι διατάξεις των άρθρων 10, 46 και 47 της οδηγίας 2004/17, σε συνδυασμό μεταξύ τους ή χωριστά (αλλά χωρίς περιορισμό στις εν λόγω διατάξεις), να ερμηνευθούν υπό την έννοια ότι:

α) οι αρχές της ίσης μεταχειρίσεως των υποβαλόντων προσφορά και της διαφάνειας δεν παραβιάζονται όταν η αναθέτουσα αρχή:

— προβλέπει, στα έγγραφα του διαγωνισμού, γενική δυνατότητα ομαδοποιήσεως των επαγγελματικών ικανοτήτων των προμηθευτών, χωρίς όμως να ορίζει συγκεκριμένο τρόπο για την εφαρμογή της δυνατότητας αυτής·

— στη συνέχεια, κατά τη διάρκεια της διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, ορίζει με μεγαλύτερη ακρίβεια τις απαιτήσεις που διέπουν την εκτίμηση των προσόντων των προμηθευτών θέτοντας ορισμένους περιορισμούς στην ομαδοποίηση των επαγγελματικών ικανοτήτων των προμηθευτών· ή

— λόγω του ανωτέρω λεπτομερέστερου ορισμού του περιεχομένου των απαιτήσεων σχετικά με τα προσόντα, παρατείνει την προθεσμία για την υποβολή προσφορών και αναγγέλλει την παράταση αυτή στην *Επίσημη Εφημερίδα [της Ευρωπαϊκής Ένωσης*];

β) περιορισμός στην ομαδοποίηση των ικανοτήτων των προμηθευτών δεν πρέπει να αναφέρεται σαφώς και εκ των προτέρων αν ο συγκεκριμένος χαρακτήρας των δραστηριοτήτων της αναθέτουσας αρχής και τα χαρακτηριστικά της δημόσιας συμβάσεως καθιστούν τον εν λόγω περιορισμό προβλέψιμο και δικαιολογήσιμο;»

24. Η αρχή θαλασσίων λιμένων, η Λιθουανική Κυβέρνηση και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή υπέβαλαν γραπτές παρατηρήσεις. Οι εν λόγω μετέχοντες στη διαδικασία καθώς και η Borta ανέπτυξαν προφορικώς τις παρατηρήσεις τους κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση της 1ης Ιουνίου 2016.

8 — Στην αίτηση προδικαστικής αποφάσεως σημειώνεται ότι το εθνικό δικαστήριο έθεσε το εν λόγω ερώτημα «αυτεπαγγέλτως» χάριν προστασίας του δημοσίου συμφέροντος.

Νομική εκτίμηση

Προκαταρκτικές παρατηρήσεις

25. Η Λιθουανική Κυβέρνηση προέβαλε, κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, ότι το άρθρο 24, παράγραφος 5, του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων μετέφερε στην εσωτερική έννομη τάξη τον σχετικό με την υπεργολαβία νέο κανόνα του άρθρου 79, παράγραφος 3, της οδηγίας 2014/25/ΕΕ[9] πριν από τη λήξη της προθεσμίας για τη μεταφορά της εν λόγω οδηγίας στην εσωτερική έννομη τάξη και ότι, κατά συνέπεια, το Δικαστήριο πρέπει να εξετάσει την παρούσα αίτηση προδικαστικής αποφάσεως μόνο βάσει της οδηγίας αυτής[10]. Παρόμοια ήταν η τοποθέτηση της αρχής θαλασσίων λιμένων. Η Επιτροπή αντέτεινε ότι η οδηγία 2014/25 δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη. Πρώτον, το άρθρο 24, παράγραφος 5, του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων είχε θεσπιστεί πριν από την έκδοση της οδηγίας. Δεύτερον, η Λιθουανία είχε παραλείψει να κοινοποιήσει στην Επιτροπή τα μέτρα μεταφοράς της οδηγίας 2014/25 στο λιθουανικό δίκαιο.

26. Κατά πάγια νομολογία, εφαρμοστέα, κατά κανόνα, είναι η οδηγία που ισχύει στο χρονικό σημείο που η αναθέτουσα αρχή επιλέγει το είδος της διαδικασίας που θα εφαρμόσει και δίνει οριστική απάντηση στο ζήτημα αν υπάρχει ή όχι υποχρέωση διεξαγωγής διαγωνισμού για τη σύναψη δημοσίας συμβάσεως. Αντιθέτως, *δεν* έχουν εφαρμογή οι διατάξεις οδηγίας της οποίας η προθεσμία για τη μεταφορά στο εσωτερικό δίκαιο έληξε μετά το χρονικό αυτό σημείο[11].

27. Η οδηγία 2014/25 κατήργησε την οδηγία 2004/17 από τις 18 Απριλίου 2016. Ως εκ τούτου, η πρώτη οδηγία δεν έχει εφαρμογή στην κύρια δίκη, η οποία αφορά προκήρυξη διαγωνισμού που δημοσιεύθηκε στις 2 Απριλίου 2014. Όπως κρίθηκε προσφάτως από το Δικαστήριο σχετικά με την οδηγία 2014/24, η εφαρμογή της εν λόγω οδηγίας πριν από την παρέλευση της προθεσμίας για τη μεταφορά της στην εσωτερική έννομη τάξη θα στερούσε από τα κράτη μέλη, όπως και από τις αναθέτουσες αρχές και τους οικονομικούς φορείς, τη δυνατότητα να επωφεληθούν από μια επαρκή προθεσμία για την προσαρμογή τους στις νέες διατάξεις που θεσπίστηκαν με την οδηγία αυτή[12]. Φρονώ ότι τούτο θα αντέβαινε επίσης προς την αρχή της ασφάλειας δικαίου[13]. Το ίδιο ισχύει κατ' αναλογία ως προς την οδηγία 2014/25.

28. Στη συνέχεια, δεν αμφισβητείται ότι η αξία της επίμαχης συμβάσεως (η οποία προφανώς μπορεί να εκτιμηθεί σε σχέση με την ακριβότερη υποβληθείσα προσφορά, δηλαδή με το αντίστοιχο ποσό σε LTL των 4 761 459,72 ευρώ) υπολείπεται του κατώτατου ορίου των 5 186 000 ευρώ που, κατά τον κρίσιμο χρόνο, προβλεπόταν για τις συμβάσεις έργων από το άρθρο 16, στοιχείο β', της οδηγίας 2004/17. Όπως παρατηρεί το αιτούν δικαστήριο, κατά συνέπεια η επίμαχη σύμβαση δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2004/17.

9 — Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις προμήθειες φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση της οδηγίας 2004/17/ΕΚ (ΕΕ 2014, L 94, σ. 243). Κατά την εν λόγω διάταξη, «[σ]την περίπτωση συμβάσεων έργων, συμβάσεων υπηρεσιών και εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης αγαθών, οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα ή, σε περίπτωση που η προσφορά υποβάλλεται από κοινοπραξία οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στο άρθρο 37, παράγραφος 2, από έναν από τους συμμετέχοντες στην κοινοπραξία αυτή». Ανάλογος κανόνας θεσπίζεται στο άρθρο 63, παράγραφος 2, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ (ΕΕ 2014, L 94, σ. 65).

10 — Από τις γραπτές παρατηρήσεις της Λιθουανικής Κυβερνήσεως προκύπτει ότι, κατά τον κρίσιμο χρόνο, η οδηγία 2014/25 δεν είχε ακόμη μεταφερθεί πλήρως στο λιθουανικό δίκαιο.

11 — Αποφάσεις της 10ης Ιουλίου 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, σκέψη 31 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία), και της 7ης Απριλίου 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, σκέψη 83).

12 — Απόφαση της 7ης Απριλίου 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, σκέψη 86).

13 — Βλ., κατ' αναλογία, απόφαση της 15ης Οκτωβρίου 2009, Hochtief και Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627, σκέψη 29 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Βλ., επίσης, απόφαση της 5ης Οκτωβρίου 2000, Επιτροπή κατά Γαλλίας (C-337/98, EU:C:2000:543, σκέψη 40).

29. Πάντως, το αιτούν δικαστήριο εκτιμά ότι το Δικαστήριο είναι αρμόδιο να απαντήσει στα υποβληθέντα προδικαστικά ερωτήματα. Πρώτον, η αρχή θαλασσίων λιμένων, δημοσιεύοντας την προκήρυξη του διαγωνισμού και τις μεταγενέστερες τροποποιήσεις της συγγραφής υποχρεώσεων στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, δήλωσε με σαφή τρόπο την πρόθεσή της να προσδώσει στην προκήρυξη του διαγωνισμού διεθνή εμβέλεια. Τούτο επιβεβαιώνεται από το γεγονός ότι υποβλήθηκαν προσφορές από δύο μη λιθουανικές εταιρίες. Επίσης, το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει κατ' ουσίαν ότι ο Λιθουανός νομοθέτης, όταν ενσωμάτωσε την οδηγία 2004/17 στον νόμο περί δημοσίων συμβάσεων, αποφάσισε να εφαρμόσει ορισμένους κανόνες της οδηγίας αυτής σε διαδικασίες συνάψεως δημοσίων συμβάσεων που δεν ενέπιπταν στο πεδίο εφαρμογής της εν λόγω οδηγίας.

30. Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, η Λιθουανική Κυβέρνηση προσέθεσε ότι ο λιθουανικός νόμος επιβάλλει στις αναθέτουσες αρχές να προβαίνουν σε επιλογή όσον αφορά την εφαρμοζόμενη διαδικασία όταν οργανώνουν διαδικασία συνάψεως συμβάσεως η εκτιμώμενη αξία της οποίας υπολείπεται του οικείου κατώτατου ορίου. Οι αναθέτουσες αρχές δύνανται να αποφασίσουν να εφαρμόσουν είτε την απλοποιημένη διαδικασία του εθνικού δικαίου για τις εν λόγω συμβάσεις είτε τη διαδικασία που ισχύει για τις δημόσιες συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία που υπερβαίνει το οικείο κατώτατο όριο. Στην τελευταία περίπτωση, και κατ' εφαρμογήν της ισχύουσας κατά τον κρίσιμο χρόνο νομοθεσίας της Ένωσης, οι διατάξεις –αναλόγως του αντικειμένου της δημοσίας συμβάσεως– της οδηγίας 2004/17 ή της οδηγίας 2004/18/ΕΚ[14] θα ήσαν δεσμευτικές για την αναθέτουσα αρχή. Επίσης, τα εθνικά δικαστήρια θα είχαν καθήκον να εφαρμόζουν τις εν λόγω διατάξεις.

31. Υπό ορισμένες συνθήκες, ο αμιγώς εσωτερικός χαρακτήρας μιας καταστάσεως δεν αποτελεί εμπόδιο προκειμένου το Δικαστήριο να απαντήσει σε ερώτημα που του έχει υποβληθεί κατ' εφαρμογήν του άρθρου 267 ΣΛΕΕ[15]. Αυτό συμβαίνει, ιδίως, όταν το εθνικό δίκαιο επιβάλλει στο αιτούν δικαστήριο να διασφαλίζει στους υπηκόους του κράτους μέλους, στη δικαιοδοσία του οποίου υπάγεται το εν λόγω δικαστήριο, τα ίδια δικαιώματα με εκείνα που θα αντλούσε από το δίκαιο της Ένωσης ο υπήκοος άλλου κράτους μέλους που θα βρισκόταν στην ίδια κατάσταση, ή όταν η αίτηση προδικαστικής αποφάσεως αφορά διατάξεις του δικαίου της Ένωσης στις οποίες το εθνικό δίκαιο κράτους μέλους παραπέμπει για τον καθορισμό των κανόνων που έχουν εφαρμογή σε μια κατάσταση αμιγώς εσωτερικού χαρακτήρα στο κράτος αυτό[16].

32. Όσον αφορά την τελευταία κατάσταση, το Δικαστήριο είναι αρμόδιο να αποφαίνεται επί προδικαστικών ερωτημάτων που αφορούν διατάξεις του δικαίου της Ένωσης όταν τα πραγματικά περιστατικά της κύριας δίκης δεν εμπίπτουν μεν στο πεδίο εφαρμογής του δικαίου της Ένωσης, πλην όμως οι εν λόγω διατάξεις έχουν *άμεση* και *ανεπιφύλακτη* εφαρμογή βάσει του εσωτερικού δικαίου, προκειμένου να διασφαλιστεί η ομοιόμορφη μεταχείριση των εσωτερικών καταστάσεων και των καταστάσεων που διέπονται από το δίκαιο της Ένωσης[17]. Πράγματι, είναι προς το συμφέρον της Ευρωπαϊκής Ένωσης, για να αποφεύγονται ερμηνευτικές αποκλίσεις στο μέλλον, να υπάρχει ομοιόμορφη ερμηνεία διατάξεων ή εννοιών του δικαίου της Ένωσης όταν, για τη ρύθμιση καταστάσεων που δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της συγκεκριμένης ρυθμίσεως της Ένωσης, η εθνική νομοθεσία εναρμονίζει τις προβλεπόμενες λύσεις προς τις λύσεις που έχουν γίνει δεκτές από την εν λόγω ρύθμιση, για να εξασφαλιστεί ομοιόμορφη μεταχείριση τόσο των εσωτερικών όσο και των διεπόμενων από το δίκαιο της Ένωσης καταστάσεων, ανεξαρτήτως των συνθηκών υπό τις οποίες εφαρμόζονται οι διατάξεις ή οι έννοιες του δικαίου της Ένωσης[18].

14 — Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών συνάψεως δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (ΕΕ 2004, L 134, σ. 114).

15 — Βλ., μεταξύ άλλων, διάταξη της 3ης Ιουλίου 2014, Tudoran (C-92/14, EU:C:2014:2051, σκέψη 38).

16 — Βλ., μεταξύ άλλων, διατάξεις της 3ης Ιουλίου 2014, Tudoran (C-92/14, EU:C:2014:2051, σκέψη 39 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία), και της 12ης Μαΐου 2016, Security Service κ.λπ. (C-692/15 έως C-694/15, EU:C:2016:344, σκέψη 27).

17 — Αποφάσεις της 22ας Δεκεμβρίου 2008, Les Vergers du Vieux Tauves (C-48/07, EU:C:2008:758, σκέψη 21 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία), και της 18ης Δεκεμβρίου 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, σκέψη 23).

18 — Απόφαση της 7ης Νοεμβρίου 2013, Romeo (C-313/12, EU:C:2013:718, σκέψη 22 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

33. Πάντως, στην υπό κρίση υπόθεση δεν υφίστανται αρκούντως σαφείς ενδείξεις από τις οποίες να προκύπτει ότι οι προπαρατεθείσες διατάξεις του δικαίου της Ένωσης «έχουν άμεση και ανεπιφύλακτη εφαρμογή βάσει του εσωτερικού δικαίου», προκειμένου να διασφαλιστεί ότι τόσο οι εσωτερικές καταστάσεις όσο και οι καταστάσεις που διέπονται από το δίκαιο της Ένωσης υπόκεινται στους ίδιους κανόνες [19]. Ειδικότερα, ούτε το αιτούν δικαστήριο ούτε η Λιθουανική Κυβέρνηση προσδιόρισαν στο Δικαστήριο κάποια ειδική διάταξη του λιθουανικού νόμου, βάσει της οποίας η οδηγία 2004/17 έχει άμεση και ανεπιφύλακτη εφαρμογή στις δημόσιες συμβάσεις με αξία που υπολείπεται του σχετικού κατώτατου ορίου που προβλέπεται από το άρθρο 16 της εν λόγω οδηγίας [20]. Κατά συνέπεια, συνάγω ότι το Δικαστήριο δεν έχει αρμοδιότητα να ερμηνεύσει την οδηγία 2004/17 στο πλαίσιο της παρούσας διαδικασίας.

34. Τα προδικαστικά ερωτήματα αφορούν αποκλειστικά την ερμηνεία της οδηγίας 2004/17. Ωστόσο, το Δικαστήριο, προκειμένου να παράσχει λυσιτελή απάντηση σε εθνικό δικαστήριο που υπέβαλε προδικαστικό ερώτημα, μπορεί να θεωρήσει αναγκαίο να λάβει υπόψη κανόνες του δικαίου της Ένωσης τους οποίους το εθνικό δικαστήριο δεν έχει μνημονεύσει στην αίτησή του προδικαστικής αποφάσεως [21].

35. Επομένως, είναι αναγκαίο να βεβαιωθεί αν το Δικαστήριο έχει αρμοδιότητα να απαντήσει στα προδικαστικά ερωτήματα βάσει των γενικών αρχών της ΣΛΕΕ, και ιδίως των αρχών της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγενείας, καθώς και της απορρέουσας από αυτές υποχρεώσεως διαφάνειας. Τούτο, κατά πάγια νομολογία, τελεί υπό την προϋπόθεση ότι η συγκεκριμένη σύμβαση παρουσιάζει σαφές διασυνοριακό ενδιαφέρον, υπό το πρίσμα, μεταξύ άλλων, της αξίας της και του τόπου εκτελέσεώς της [22]. Η ύπαρξη ενός τέτοιου διασυνοριακού ενδιαφέροντος πρέπει να εκτιμάται βάσει του συνόλου των σχετικών κριτηρίων, όπως είναι η οικονομική αξία της συμβάσεως, ο τόπος εκτελέσεώς της ή τα τεχνικά χαρακτηριστικά της, λαμβανομένων υπόψη των ιδιαζόντων χαρακτηριστικών της σχετικής συμβάσεως [23].

36. Το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι η ύπαρξη διασυνοριακού ενδιαφέροντος μπορεί να αποδειχθεί, μεταξύ άλλων, από το γεγονός ότι η επίμαχη σύμβαση είναι σημαντικής αξίας, σε συνδυασμό με τον τόπο εκτελέσεως των εργασιών ή με τα τεχνικά χαρακτηριστικά της συμβάσεως [24]. Επομένως, σύμβαση δημοσίων έργων μπορεί να παρουσιάζει διασυνοριακό ενδιαφέρον λόγω της εκτιμώμενης αξίας της σε συνδυασμό με την τεχνική της περιπλοκότητα ή με το γεγονός ότι ο τόπος εκτελέσεως των έργων βρίσκεται σε μέρος που είναι πρόσφορο για να ελκύσει το ενδιαφέρον αλλοδαπών επιχειρηματιών [25].

19 — Βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2012, Nolan (C-583/10, EU:C:2012:638, σκέψη 51). Στην απόφασή του της 14ης Ιανουαρίου 2016, Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2016:6, σκέψεις 19 έως 21), το Δικαστήριο συμφώνησε να ερμηνεύσει την οδηγία 2004/18 λαμβάνοντας υπόψη, ιδίως, το λεχθέν από τη Λεττονική Κυβέρνηση ότι ο λεττονικός νόμος περί δημοσίων συμβάσεων είχε εφαρμογή επί συμβάσεων δημοσίων έργων αξίας κατώτερης του χρηματικού ορίου που προέβλεπε η οδηγία 2004/18. Πάντως, το Δικαστήριο δέχθηκε ότι ήταν αρμόδιο να δώσει απάντηση στο υποβληθέν ερώτημα μόνο «με την επιφύλαξη των επαληθεύσεων στις οποίες πρέπει να προβεί το αιτούν δικαστήριο».

20 — Βλ., κατ' αναλογία, απόφαση της 18ης Δεκεμβρίου 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, σκέψη 25).

21 — Βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 10ης Οκτωβρίου 2013, Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, σκέψη 24 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία), και της 16ης Απριλίου 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, σκέψη 17 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

22 — Βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 19ης Δεκεμβρίου 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce κ.λπ. (C-159/11, EU:C:2012:817, σκέψη 23)· της 10ης Ιουλίου 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, σκέψη 24), και της 18ης Δεκεμβρίου 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, σκέψη 27).

23 — Βλ., εσχάτως, απόφαση της 14ης Ιουλίου 2016, Promoimpresa κ.λπ. (C-458/14 και C-67/15, EU:C:2016:558, σκέψη 66 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Βλ., επίσης, προτάσεις μου στην υπόθεση Επιτροπή κατά Φινλανδίας (C-195/04, EU:C:2007:28, σημείο 55).

24 — Απόφαση της 16ης Απριλίου 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, σκέψη 20).

25 — Βλ. αποφάσεις της 15ης Μαΐου 2008, SECAP και Santorso (C-147/06 και C-148/06, EU:C:2008:277, σκέψη 24), και της 17ης Νοεμβρίου 2015, RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760, σκέψη 51).

37. Το Δικαστήριο σε ορισμένες περιπτώσεις εκτιμά ότι στο εθνικό δικαστήριο απόκειται να διαπιστώσει την ύπαρξη διασυνοριακού ενδιαφέροντος [26]. Πάντως, στην υπό κρίση υπόθεση το Δικαστήριο διαθέτει επαρκή στοιχεία για να συναγάγει ότι η επίμαχη δημόσια σύμβαση όντως παρουσιάζει το απαιτούμενο διασυνοριακό ενδιαφέρον. Πρώτον, η εκτιμώμενη αξία της συμβάσεως είναι σημαντική [27]. Επιπλέον, ο θαλάσσιος λιμένας της Klaipėda αποτελεί έναν από τους κύριους λιμένες της Βαλτικής. Η κατασκευή προκυμαίας θαλάσσιου λιμένα, όπως αυτή που αποτελεί το αντικείμενο της επίμαχης διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, απαιτεί εξάλλου υψηλές τεχνικές ικανότητες, τις οποίες μόνον λίγες επιχειρήσεις μπορεί να θεωρηθεί ότι διαθέτουν. Τέλος, η ελκυστικότητα της εν λόγω δημόσιας συμβάσεως για αλλοδαπούς επιχειρηματίες επιβεβαιώνεται από το γεγονός ότι δύο μη λιθουανικές εταιρίες υπέβαλαν προσφορές [28], στη μία εκ των οποίων ανατέθηκε τελικά η σύμβαση.

38. Κατά συνέπεια, τα προδικαστικά ερωτήματα πρέπει να εξεταστούν στο πλαίσιο των γενικών αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως που απορρέουν από τα άρθρα 49 και 56 ΣΛΕΕ, οι οποίες πρέπει να τηρούνται κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων [29]. Δεδομένου ότι τα άρθρα 49 και 56 ΣΛΕΕ έχουν εφαρμογή σε δημόσια σύμβαση όπως η επίμαχη στην κύρια δίκη, η αρχή θαλασσίων λιμένων υποχρεούται να τηρεί την απαγόρευση των διακρίσεων λόγω ιθαγενείας καθώς και την υποχρέωση διαφάνειας που προβλέπουν τα εν λόγω άρθρα [30].

Ο σχετικός με την υπεργολαβία περιορισμός κατά το άρθρο 24, παράγραφος 5, του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων (πρώτο προδικαστικό ερώτημα, υπό α΄)

39. Με το υπό α΄ του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος, το αιτούν δικαστήριο ερωτά αν αντιβαίνει προς το δίκαιο της Ένωσης διάταξη, όπως αυτή του άρθρου 24, παράγραφος 5, του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων, η οποία απαιτεί, σε περίπτωση συμβάσεως δημοσίων έργων, οι «κύριες εργασίες», όπως ορίζονται από την αναθέτουσα αρχή, να εκτελούνται από τον ίδιο τον προσφέροντα.

40. Η Borta, με την ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου αίτησή της αναιρέσεως, δεν αμφισβήτησε τη νομιμότητα του εν λόγω περιορισμού σχετικά με την υπεργολαβία. Το αιτούν δικαστήριο έθεσε το ερώτημα «αυτεπαγγέλτως» για λόγους δημοσίου συμφέροντος. Πράγματι, δεν προκύπτει εκ πρώτης όψεως αν τα πραγματικά περιστατικά της κύριας δίκης αφορούν υπεργολαβία. Προσφορά που υποβάλλεται στο πλαίσιο συμφωνίας κοινοπραξίας μπορεί να έχει την έννοια ότι, σε περίπτωση αναθέσεως της συμβάσεως στην κοινοπραξία αυτή, όλοι οι μετέχοντες σε αυτήν καθίστανται επιμέρους συμβαλλόμενα μέρη στη δημόσια σύμβαση με την αναθέτουσα αρχή. Μια τέτοια κατάσταση δεν αφορά υπεργολαβία, για την οποία πρόκειται μόνον όταν η σύμβαση (εν όλω ή εν μέρει) εκτελείται από τρίτα προς τη σύμβαση πρόσωπα [31]. Αντιθέτως, μια κοινοπραξία θα αφορούσε υπεργολαβία αν ένας και μόνον από τους μετέχοντες ενεργούσε επισήμως ως προσφέρων, αλλά όλοι

26 — Βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 23ης Δεκεμβρίου 2009, Serrantoni και Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, σκέψη 25), και της 14ης Νοεμβρίου 2013, Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736, σκέψη 30 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

27 — Βλ., κατ' αναλογία, απόφαση της 16ης Απριλίου 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, σκέψη 20).

28 — Βλ. αποφάσεις της 15ης Μαΐου 2008, SECAP και Santorso (C-147/06 και C-148/06, EU:C:2008:277, σκέψη 24), και της 17ης Νοεμβρίου 2015, RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760, σκέψη 51).

29 — Βλ. μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 13ης Νοεμβρίου 2007, Επιτροπή κατά Ιρλανδίας (C-507/03, EU:C:2007:676, σκέψη 26), και της 10ης Ιουλίου 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, σκέψη 27). Το Δικαστήριο έχει κρίνει επανειλημμένως ότι ο συντονισμός των διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων σε επίπεδο Ένωσης αποβλέπει ακριβώς στην εξάλειψη των εμποδίων στην ελεύθερη παροχή των υπηρεσιών και των εμπορευμάτων και, συνεπώς, στην προστασία των συμφερόντων των εγκατεστημένων σε ένα κράτος μέλος επιχειρηματιών οι οποίοι επιθυμούν να παραδώσουν αγαθά ή να παράσχουν υπηρεσίες στις αναθέτουσες αρχές που εδρεύουν σε άλλο κράτος μέλος (βλ., για παράδειγμα, αποφάσεις της 3ης Οκτωβρίου 2000, University of Cambridge, C-380/98, EU:C:2000:529, σκέψη 16· της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 32, και της 24ης Ιανουαρίου 2008, Λιανάκης κ.λπ., C-532/06, EU:C:2008:40, σκέψη 39).

30 — Βλ., κατ' αναλογία, απόφαση της 18ης Δεκεμβρίου 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, σκέψη 32 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

31 — Βλ., όσον αφορά την εν λόγω διάκριση, προτάσεις του γενικού εισαγγελέα N. Jääskinen στην υπόθεση Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2015:558, σημείο 22).

θα εκτελούσαν τη σύμβαση, ή αν οι μετέχοντες έχουν συστήσει κοινή επιχείρηση η οποία θα υπογράψει τη σύμβαση αντί για τους ίδιους τους μετέχοντες. Πολύ λίγα στοιχεία είναι διαθέσιμα σχετικά με την προσφορά που υπέβαλε η Borta, ενώ δεν είναι έργο του Δικαστηρίου να διαπιστώσει αν η εν λόγω προσφορά αφορούσε πραγματικά ή δυνητικά υπεργολαβία.

41. Κατά πάγια νομολογία, το Δικαστήριο δεν μπορεί να αποφανθεί επί ερωτήματος υποβληθέντος από εθνικό δικαστήριο όταν είναι πρόδηλο ότι η ζητούμενη από το εθνικό δικαστήριο ερμηνεία ή εκτίμηση του κύρους κανόνα του δικαίου της Ένωσης δεν έχει σχέση με το υποστατό ή το αντικείμενο της κύριας δίκης[32]. Πάντως, αυτό δεν συμβαίνει εν προκειμένω. Το σημείο 4.3 της συγγραφής υποχρεώσεων, που βρίσκεται στο επίκεντρο της διαφοράς στην κύρια δίκη, ρητώς παραπέμπει στο άρθρο 24, παράγραφος 5, του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων. Στο πλαίσιο αυτό, δεν προκύπτει ότι το υπό α′ του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος προδήλως δεν έχει σχέση με το υποστατό και το αντικείμενο της διαφοράς και, κατά συνέπεια, το εν λόγω προδικαστικό ερώτημα είναι παραδεκτό[33].

42. Προχωρώ στην εξέταση της ουσίας.

43. Κατά πάγια νομολογία, τα άρθρα 49 και 56 ΣΛΕΕ αντιτίθενται σε κάθε εθνικό μέτρο το οποίο, ακόμη και αν εφαρμόζεται άνευ διακρίσεων λόγω ιθαγενείας, είναι ικανό να απαγορεύσει, να εμποδίσει ή να καταστήσει λιγότερο ελκυστική την άσκηση, από τους υπηκόους της Ευρωπαϊκής Ένωσης, της ελευθερίας εγκαταστάσεως και την παροχή υπηρεσιών που διασφαλίζουν οι εν λόγω διατάξεις[34].

44. Όσον αφορά τις δημόσιες συμβάσεις και την ελευθερία εγκαταστάσεως αλλά και την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών, η Ευρωπαϊκή Ένωση επιδιώκει να διασφαλίσει τη συμμετοχή του μεγαλύτερου δυνατού αριθμού επιχειρήσεων στους δημόσιους διαγωνισμούς, ακόμη και όταν δεν έχουν εφαρμογή οι οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις[35]. Τούτο είναι προς το συμφέρον της ίδιας της αναθέτουσας αρχής, η οποία διαθέτει με τον τρόπο αυτόν μεγαλύτερη δυνατότητα επιλογής σχετικά με την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως και πλέον αρμόζουσα προς τις ανάγκες της προσφορά[36]. Επομένως, στις κύριες εκφάνσεις της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως των προσφερόντων και της συνακόλουθης υποχρεώσεως διαφάνειας συγκαταλέγεται η διασφάλιση τόσο της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών όσο και του ανόθευτου ανταγωνισμού εντός όλων των κρατών μελών[37].

45. Η υπεργολαβία συμβάλλει στην επίτευξη των εν λόγω σκοπών δεδομένου ότι κατά πάσα πιθανότητα διευκολύνει την πρόσβαση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις και ως εκ τούτου συντελεί στην αύξηση του αριθμού των πιθανών υποψηφίων για την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων[38].

46. Εν προκειμένω, διάταξη όπως αυτή του άρθρου 24, παράγραφος 5, του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων σαφώς περιορίζει τη δυνατότητα των επιχειρήσεων που είναι εγκατεστημένες σε άλλα κράτη μέλη να ασκήσουν τα δικαιώματα που τους παρέχονται από τα άρθρα 49 και 56 ΣΛΕΕ, στο μέτρο που εμποδίζει τις εν λόγω επιχειρήσεις, αν υποβάλουν προσφορά για τη σύμβαση, τόσο να αναλάβουν καθ' υπεργολαβία το σύνολο ή μέρος των «κύριων εργασιών», όπως αυτές ορίζονται από

32 — Βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 12ης Μαΐου 2011, Runevič-Vardyn και Wardyn (C-391/09, EU:C:2011:291, σκέψη 33).

33 — Βλ., κατ' αναλογία, απόφαση της 12ης Μαΐου 2011, Runevič-Vardyn και Wardyn (C-391/09, EU:C:2011:291, σκέψη 34).

34 — Αποφάσεις της 23ης Δεκεμβρίου 2009, Serrantoni και Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, σκέψη 41), και της 10ης Ιουλίου 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, σκέψη 28 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

35 — Βλ. αποφάσεις της 23ης Δεκεμβρίου 2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, σκέψη 37)· της 10ης Ιουλίου 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, σκέψη 29), και της 11ης Δεκεμβρίου 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» κ.λπ. (C-113/13, EU:C:2014:2440, σκέψη 51 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

36 — Απόφαση της 23ης Δεκεμβρίου 2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, σκέψη 37 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

37 — Απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 28).

38 — Βλ., κατ' αναλογία, αποφάσεις της 10ης Οκτωβρίου 2013, Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, σκέψη 34), και της 14ης Ιανουαρίου 2016, Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2016:6, σκέψη 24). Βλ., επίσης, προτάσεις μου στην υπόθεση Wrocław - Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2015:761, σημείο 30).

την αναθέτουσα αρχή, όσο και να προτείνουν τις υπηρεσίες τους ως υπεργολάβοι για το εν λόγω μέρος της συμβάσεως. Επομένως, όπως ορθώς προβάλλει η Επιτροπή, το άρθρο 24, παράγραφος 5, του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων περιορίζει την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών καθώς και την ελευθερία εγκαταστάσεως.

47. Εντούτοις, ο περιορισμός αυτός μπορεί να δικαιολογείται, στο μέτρο κατά το οποίο επιδιώκει θεμιτό σκοπό γενικού συμφέροντος και εφόσον συνάδει με την αρχή της αναλογικότητας, δηλαδή είναι κατάλληλος για την επίτευξη του σκοπού αυτού και δεν βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου για την επίτευξη του εν λόγω σκοπού [39].

48. Η Λιθουανική Κυβέρνηση εξηγεί ότι ο επίμαχος περιορισμός σχετικά με την υπεργολαβία εισήχθη προκειμένου να καταστήσει ευχερέστερη για τις αναθέτουσες αρχές την προστασία των συμφερόντων τους, καθώς και να διασφαλίσει την ορθή εκτέλεση των καθ' υπεργολαβία ανατιθεμένων εργασιών. Ο εν λόγω περιορισμός αποσκοπούσε ειδικότερα στην αντιμετώπιση της συνήθους καταστάσεως όπου οικονομικοί φορείς μετείχαν σε δημόσιους διαγωνισμούς με σκοπό, αν ανακηρύσσονταν ανάδοχοι, να αναθέσουν καθ' υπεργολαβία το κύριο μέρος της συμβάσεως. Συχνά το αποτέλεσμα της παραπάνω καταστάσεως ήταν εργασίες χαμηλής ποιότητας ή η εμφάνιση δυσχερειών κατά την εκτέλεσή τους. Η Λιθουανική Κυβέρνηση προσθέτει ότι το άρθρο 24, παράγραφος 5, του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων στοιχεί με την κοινή θέση που σε παρόμοια ζητήματα υιοθετήθηκε στο πλαίσιο του Συμβουλίου, και η οποία οδήγησε, ειδικότερα, στη θέσπιση του κανόνα που ήδη περιλαμβάνεται στο άρθρο 79, παράγραφος 3, της οδηγίας 2014/25 [40]. Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, η αρχή θαλασσίων λιμένων προέβαλε, κατ' ουσίαν, ότι είχε έννομο συμφέρον να διασφαλίσει την ορθή εκτέλεση δημοσίων έργων, όπως τα επίμαχα στην κύρια δίκη, τα οποία είναι στρατηγικής σημασίας για την εθνική ασφάλεια.

49. Οι αναθέτουσες αρχές έχουν έννομο συμφέρον να διασφαλίζουν ότι η εκάστοτε σύμβαση θα εκτελεστεί κατά τρόπο αποτελεσματικό και ορθό [41]. Αυτό ισχύει ιδίως όταν οι επίμαχες εργασίες κρίνονται αναγκαίες για την προστασία της εθνικής ασφάλειας, η οποία, σύμφωνα με το άρθρο 4, παράγραφος 2, ΣΕΕ, συγκαταλέγεται στις ουσιώδεις λειτουργίες του κράτους που πρέπει να γίνονται σεβαστές από την Ευρωπαϊκή Ένωση [42]. Ως εκ τούτου, μπορεί να ζητηθεί από προσφέροντα να προσκομίσει αποδεικτικά στοιχεία ως προς το αν πράγματι έχει στη διάθεσή του τους πόρους των φορέων ή των επιχειρήσεων τις δυνατότητες των οποίων επικαλείται, οι οποίοι δεν του ανήκουν και είναι αναγκαίοι για την εκτέλεση της συγκεκριμένης συμβάσεως [43]. Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή δικαιούται να απαγορεύσει την προσφυγή σε υπεργολάβους, οι ικανότητες των οποίων δεν επαληθεύθηκαν κατά την εξέταση των προσφορών και κατά την επιλογή του εργολήπτη για την εκτέλεση των ουσιωδών τμημάτων της συμβάσεως [44].

50. Πάντως, ο περιορισμός της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών και της ελευθερίας εγκαταστάσεως, τον οποίο συνεπάγεται το άρθρο 24, παράγραφος 5, του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων, δεν φαίνεται να τελεί σε αναλογία με τον εν λόγω σκοπό.

39 — Βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 27ης Οκτωβρίου 2005, Contse κ.λπ. (C-234/03, EU:C:2005:644, σκέψη 25), και της 10ης Ιουλίου 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, σκέψη 31). Βλ., επίσης, όσον αφορά την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας ως γενικής αρχής του δικαίου της Ένωσης, στο πλαίσιο των διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων που δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2004/17 ή της οδηγίας 2004/18, απόφαση της 22ας Οκτωβρίου 2015, Impresa Edilux και SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721, σκέψη 29).

40 — Στην οδηγία 2004/17 δεν περιλαμβάνεται κανόνας αντίστοιχος με τη διάταξη αυτή.

41 — Βλ., κατ' αναλογία, απόφαση της 14ης Ιουλίου 2016, Wrocław - Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, σκέψη 34 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Βλ., επίσης, προτάσεις μου στην εν λόγω υπόθεση, EU:C:2015:761, σημείο 32 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία.

42 — Το αν σκέψεις εθνικής ασφάλειας μπορούν να δικαιολογήσουν περιορισμό των κρίσιμων εν προκειμένω αρχών της Συνθήκης αποτελεί διαφορετικό ζήτημα, το οποίο δεν χρειάζεται να εξεταστεί στις παρούσες προτάσεις.

43 — Βλ., κατ' αναλογία, απόφαση της 7ης Απριλίου 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, σκέψη 37 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

44 — Βλ., κατ' αναλογία, αποφάσεις της 18ης Μαρτίου 2004, Siemens και ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, σκέψη 45), και της 14ης Ιουλίου 2016, Wrocław - Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, σκέψη 34).

51. Πρώτον, ο εν λόγω περιορισμός εφαρμόζεται ακόμη και όταν η αναθέτουσα αρχή είναι όντως σε θέση να επαληθεύσει την τεχνική και οικονομική ικανότητα των υπεργολάβων κατά τη διάρκεια της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως. Μια εναλλακτική στον περιορισμό αυτόν θα ήταν (για παράδειγμα) να απαιτείται από τον κύριο εργολήπτη να προσδιορίσει τους υπεργολάβους κατά την υποβολή της προσφοράς του και να αποδείξει τόσο ότι πράγματι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους των εν λόγω υπεργολάβων για την εκτέλεση της συγκεκριμένης συμβάσεως όσο και ότι οι υπεργολάβοι αυτοί είναι κατάλληλοι για την εκτέλεση των καθηκόντων που προτίθεται να τους αναθέσει.

52. Δεύτερον, το άρθρο 24, παράγραφος 5, έχει υπερβολικά *άκαμπτο* και *αόριστο* χαρακτήρα για να πληροί το κριτήριο της αναλογικότητας. Παρά το γεγονός ότι οι αναθέτουσες αρχές φαίνεται να διαθέτουν ευελιξία κατά τον προσδιορισμό του τι ακριβώς είναι «οι κύριες εργασίες» στην εκάστοτε σύμβαση, ο σχετικός με την υπεργολαβία περιορισμός που προκύπτει από την εν λόγω διάταξη ορίζεται με ιδιαιτέρως γενικούς όρους. Ο εν λόγω περιορισμός ισχύει ανεξαρτήτως του αντικειμένου της συμβάσεως δημοσίων έργων και είναι δεσμευτικός για τις αναθέτουσες αρχές κατά τη σύναψη κάθε είδους συμβάσεως δημοσίων έργων, ακόμη και όταν αυτές θεωρούν ότι δεν υφίσταται εμφανής λόγος για την επιβολή τέτοιου περιορισμού.

53. Όπως προβάλλει η Επιτροπή, ο σχετικός με την υπεργολαβία περιορισμός κατά το άρθρο 24, παράγραφος 5, του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων διαφέρει, από την άποψη αυτή, από το άρθρο 79, παράγραφος 3, της οδηγίας 2014/25. Η εν λόγω διάταξη απλώς *παρέχει* στην αναθέτουσα αρχή τη δυνατότητα να απαιτήσει ειδικά την εκτέλεση ορισμένων *κρίσιμων* καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα. Ως εκ τούτου, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να εκτιμούν αν είναι σκόπιμος ο εν λόγω περιορισμός, αναλόγως των περιστάσεων. Επομένως, ακόμη και αν, όπως διατείνεται η Λιθουανική Κυβέρνηση, το άρθρο 24, παράγραφος 5, του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων θεωρούνταν ότι μεταφέρει το άρθρο 79, παράγραφος 3, της οδηγίας 2014/25 στο λιθουανικό δίκαιο [45], θα επρόκειτο για μη ορθή μεταφορά.

54. Για τους λόγους αυτούς, φρονώ ότι, στο πλαίσιο δημόσιας συμβάσεως η οποία δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2004/17 ή της οδηγίας 2004/18, αλλά η οποία παρουσιάζει σαφές διασυνοριακό ενδιαφέρον, η απαγόρευση των διακρίσεων λόγω ιθαγενείας και η υποχρέωση διαφάνειας που απορρέουν από τα άρθρα 49 και 56 ΣΛΕΕ αντιτίθενται σε εθνική ρύθμιση, όπως αυτή του άρθρου 24, παράγραφος 5, του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων, βάσει της οποίας οι «κύριες εργασίες», όπως ορίζονται από την αναθέτουσα αρχή, πρέπει να εκτελεστούν από τον ίδιο τον προσφέροντα, χωρίς αυτός να έχει τη δυνατότητα να αναθέσει καθ' υπεργολαβία το εν λόγω τμήμα της συμβάσεως.

Νομιμότητα του σημείου 4.3 της συγγραφής υποχρεώσεων (πρώτο προδικαστικό ερώτημα, υπό β')

55. Με το υπό β' του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος τίθεται το ζήτημα αν το δίκαιο της Ένωσης απαγορεύει, σε περίπτωση που τα μέλη κοινοπραξίας προτείνουν ομαδοποίηση των επαγγελματικών τους ικανοτήτων υποβάλλοντας από κοινού προσφορά, να απαιτείται από τη συγγραφή υποχρεώσεων να υπάρχει αριθμητική αντιστοιχία μεταξύ του τμήματος της συμβάσεως που θα εκτελέσει το κάθε ένα από τα μέλη της κοινοπραξίας και της συμβολής του στην τήρηση του όρου που αφορά την επαγγελματική εμπειρία.

56. Στην υπόθεση της κύριας δίκης, το σημείο 4.3 της συγγραφής υποχρεώσεων αφορά την ανάθεση της δημόσιας συμβάσεως. Ο εν λόγω όρος πρέπει να ερμηνεύεται σε συνδυασμό με το σημείο 4.2.3 της συγγραφής υποχρεώσεων, το οποίο απαιτεί να αναφέρονται στις προσφορές που υποβάλλονται από μέλη κοινοπραξίας οι δεσμεύσεις (έργα ή υπηρεσίες) που θα εκτελεστούν από το κάθε ένα από αυτά καθώς και το ποσοστό στο οποίο οι δεσμεύσεις αυτές αναλογούν στο κάθε μέλος. Επομένως, η

45 — Βλ. σημείο 25 των παρουσών προτάσεων.

αναθέτουσα αρχή είναι σε θέση να επαληθεύσει, κατά την εξέταση των προσφορών και την επιλογή του αναδόχου, ότι κάθε ένα από τα μέλη της κοινοπραξίας θα είναι υπεύθυνο για τμήμα του έργου ή των υπηρεσιών που αντιστοιχεί στη συμβολή του στην ικανοποίηση της απαιτήσεως σχετικά με την επαγγελματική εμπειρία κατά το σημείο 3.2.1 της συγγραφής υποχρεώσεων.

57. Οι προαναφερθείσες αρχές σχετικά με την υπεργολαβία ισχύουν εξίσου για τα μέλη κοινοπραξίας που συγκεντρώνουν τις ικανότητές τους [46].

58. Κατά την άποψή μου, απαίτηση όπως αυτή του σημείου 4.3 της συγγραφής υποχρεώσεων είναι ικανή να περιορίσει την ευελιξία των μελών της κοινοπραξίας. Μια τέτοια απαίτηση όχι μόνο επηρεάζει τον τρόπο που συμφωνούν να κατανείμουν τις υποχρεώσεις κατά τον χρόνο υποβολής της από κοινού προσφοράς τους, αλλά επίσης τα εμποδίζει να τροποποιήσουν τη συμμετοχή κάθε μέλους στη σύμβαση έργου σε επόμενο στάδιο, εφόσον τους ανατεθεί η σύμβαση.

59. Κατά συνέπεια, η απαίτηση του σημείου 4.3 της συγγραφής υποχρεώσεων είναι ικανή να λειτουργήσει αποτρεπτικά ως προς τους οικονομικούς φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε άλλα κράτη μέλη. Θα επηρεάζει τους φορείς που επιθυμούν να εγκατασταθούν στο συγκεκριμένο κράτος μέλος με τη σύσταση μόνιμης κοινοπραξίας, αποτελούμενης ενδεχομένως από ημεδαπές και αλλοδαπές επιχειρήσεις. Θα επηρεάζει επίσης τους φορείς που επιθυμούν να προσφέρουν τις υπηρεσίες τους προσχωρώντας σε τέτοιες ήδη συσταθείσες κοινοπραξίες, προκειμένου να μπορούν να μετέχουν ευχερέστερα στις διαδικασίες συνάψεως δημοσίων συμβάσεων τις οποίες κινούν οι αναθέτουσες αρχές του εν λόγω κράτους μέλους [47]. Επομένως, ένας τέτοιος όρος συνιστά περιορισμό κατά την έννοια των άρθρων 49 και 56 ΣΛΕΕ.

60. Η αρχή θαλασσίων λιμένων και η Λιθουανική Κυβέρνηση διατείνονται, κατ' ουσίαν, ότι το σημείο 4.3 της συγγραφής υποχρεώσεων αποσκοπεί απλώς να διασφαλίσει ότι κάθε μέλος της κοινοπραξίας διαθέτει την επαγγελματική ικανότητα να εκτελέσει το τμήμα της συμβάσεως δημοσίων έργων για το οποίο θα είναι υπεύθυνο.

61. Έχω ήδη επισημάνει ότι ο σκοπός διασφαλίσεως της ορθής εκτελέσεως μιας δημόσιας συμβάσεως μπορεί να δικαιολογήσει περιορισμό (με τον οποίο δεν εισάγονται δυσμενείς διακρίσεις) της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών και της ελευθερίας εγκαταστάσεως [48]. Τα μέλη κοινοπραξίας μπορεί να είναι σε θέση να εκπληρώσουν *συλλογικά* τον/τους όρο/όρους σχετικά με την επαγγελματική ικανότητα (συμπεριλαμβανομένης της επαγγελματικής εμπειρίας) που ορίζει η αναθέτουσα αρχή, όταν υποβάλλουν την προσφορά. Πάντως, το γεγονός αυτό δεν παρέχει εγγυήσεις ότι όντως θα ανατεθούν σε κάθε μέλος τα συγκεκριμένα καθήκοντα ως προς τα οποία έχει επαληθευθεί η επαγγελματική του ικανότητα πριν από την ανάθεση της συμβάσεως. Επομένως, τα άρθρα 49 και 56 ΣΛΕΕ κατ' αρχήν δεν εμποδίζουν την αναθέτουσα αρχή να απαιτήσει να εξειδικεύεται στις προσφορές που υποβάλλονται από κοινοπραξίες ο τρόπος που θα κατανεμηθούν τα διάφορα καθήκοντα μεταξύ των μελών τους, να επαληθεύσει την ικανότητα κάθε μέλους να εκτελέσει τα καθήκοντα για τα οποία θα είναι υπεύθυνο, καθώς και να ελέγξει ότι, μετά την ανάθεση της συμβάσεως, κάθε μέλος εκτελεί προσηκόντως τα εν λόγω καθήκοντα, ως προς τα οποία η επαγγελματική του ικανότητα έχει αποδειχθεί [49].

62. Πάντως, το σημείο 4.3 της επίμαχης εν προκειμένω συγγραφής υποχρεώσεων δεν είναι κατάλληλο για τη διασφάλιση της επιτεύξεως του εν λόγω σκοπού.

46 — Βλ. σημεία 43 έως 45, 47 και 49 των παρουσών προτάσεων.

47 — Βλ., κατ' αναλογία, απόφαση της 23ης Δεκεμβρίου 2009, Serrantoni και Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, σκέψη 42).

48 — Βλ. σημείο 49 των παρουσών προτάσεων.

49 — Η συλλογιστική είναι ίδια με αυτήν στο πλαίσιο υπεργολαβίας. Βλ. σημείο 49 των παρουσών προτάσεων και τη νομολογία που παρατίθεται κατ' αναλογία στις υποσημειώσεις 43 και 44.

63. Το εν λόγω σημείο απαιτεί να υπάρχει αριθμητική αντιστοιχία μεταξύ της συμβολής κάθε μέλους στην απαίτηση επαγγελματικής εμπειρίας κατά το σημείο 3.2.1 και του «όγκου» (ή της χρηματικής αξίας) των καθηκόντων που πράγματι εκτελούνται από το εν λόγω μέλος κατά την εκτέλεση της συμβάσεως.

64. Όπως ορθώς προβάλλει η Επιτροπή, ο εν λόγω όρος της συγγραφής υποχρεώσεων *δεν σχετίζεται* με τις *συγκεκριμένες εργασίες ή υπηρεσίες* που απαιτούνται για την ορθή εκτέλεση της επίμαχης δημόσιας συμβάσεως. Για παράδειγμα, κάθε μέλος της κοινοπραξίας μπορεί να είναι σε θέση να αποδείξει ότι έχει αποκτήσει εμπειρία στον τομέα της κατασκευής ή ανακατασκευής προκυμαιών λιμένων κατά τα τελευταία 5 έτη. Έτσι, τα μέλη της κοινοπραξίας πληρούν συλλογικά την απαίτηση επαγγελματικής εμπειρίας κατά το σημείο 3.2.1 της συγγραφής υποχρεώσεων. Ωστόσο, κάθε ένα από αυτά ενδέχεται να ειδικεύεται σε διαφορετικό τομέα της κατασκευής προκυμαιών θαλασσίων λιμένων, όπως η εκβάθυνση λιμενολεκανών, η εκτέλεση χωματουργικών εργασιών, η κατασκευή αυλακωτών τοίχων από χάλυβα, ή η προμήθεια και η εγκατάσταση εξοπλισμού προκυμαιών θαλασσίων λιμένων. Η προβλεπόμενη στο σημείο 4.3 απαίτηση δεν απαγορεύει στα επιμέρους μέλη της κοινοπραξίας να εκτελέσουν συγκεκριμένα καθήκοντα για τα οποία στην πραγματικότητα δεν διαθέτουν σχετική εμπειρία (παρά το γεγονός ότι, από αριθμητικής απόψεως, τα εν λόγω καθήκοντα ενδέχεται να αντιστοιχούν στη συμβολή του συγκεκριμένου μέλους στην τήρηση της απαιτήσεως του σημείου 3.2.1 της συγγραφής υποχρεώσεων και, ως εκ τούτου, να τηρούν την πρόβλεψη του σημείου της 4.3).

65. Κατά συνέπεια, φρονώ ότι ο σκοπός διασφαλίσεως της ορθής εκτελέσεως της δημόσιας συμβάσεως δεν μπορεί, σε μια κατάσταση όπως αυτή της κύριας δίκης, να δικαιολογήσει τον περιορισμό της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών και της ελευθερίας εγκαταστάσεως ο οποίος προκύπτει από το σημείο 4.3 της συγγραφής υποχρεώσεων. Τούτο ισχύει κατά μείζονα λόγο επειδή ακόμη και καθήκοντα που αντιστοιχούν σε μικρό ποσοστό της συνολικής αξίας της συμβάσεως μπορεί να είναι ζωτικής σημασίας για την ορθή εκτέλεσή της[50].

66. Η αρχή θαλασσίων λιμένων αντιτείνει ότι η τήρηση των αρχών της ίσης μεταχειρίσεως των προσφερόντων και της διαφάνειας επιτάσσει να λαμβάνονται υπόψη κατά την αξιολόγηση της επαγγελματικής ικανότητας των επιμέρους μελών κοινοπραξίας μόνον οι επαγγελματικές ικανότητες που όντως θα χρησιμοποιηθούν για την εκτέλεση της δημόσιας συμβάσεως.

67. Παρά το γεγονός ότι πρόκειται για θεμιτούς σκοπούς[51], το εν λόγω επιχείρημα δεν μπορεί να γίνει δεκτό. Απαντώντας σε ερώτηση του Δικαστηρίου κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, η αρχή θαλασσίων λιμένων εξήγησε ότι η συγγραφή υποχρεώσεων δεν εμπόδιζε τα μέλη που υπέβαλαν προσφορά στο πλαίσιο κοινοπραξίας, όπως και τους λοιπούς προσφέροντες, να αναθέσουν καθ' υπεργολαβία την εκτέλεση της δημόσιας συμβάσεως έργων (εξαιρουμένων των «κύριων εργασιών») και ότι, στις περιπτώσεις αυτές, η επαγγελματική εμπειρία των υπεργολάβων *δεν* χρειαζόταν να δηλωθεί κατά την υποβολή της από κοινού προσφοράς. Ως εκ τούτου, σε αντίθεση με όσα προέβαλε η αρχή θαλασσίων λιμένων, στην πραγματικότητα με την επίμαχη στην κύρια δίκη συγγραφή υποχρεώσεων δεν διασφαλίστηκε ότι οι επαγγελματικές ικανότητες, που τα μέλη κοινοπραξίας δήλωσαν ότι έχουν κατά την υποβολή από κοινού προσφοράς και που επαληθεύθηκαν από την αναθέτουσα αρχή, όντως θα χρησιμοποιούνταν στην εκτέλεση της επίμαχης συμβάσεως δημοσίων έργων.

68. Κατά συνέπεια, συνάγω ότι, στο πλαίσιο δημόσιας συμβάσεως με αξία που υπολείπεται του προβλεπόμενου στην οδηγία 2004/17 ή την οδηγία 2004/18 κατώτατου ορίου, αλλά με σαφές διασυνοριακό ενδιαφέρον, η απαγόρευση διακρίσεων λόγω ιθαγενείας και η υποχρέωση διαφάνειας που απορρέουν από τα άρθρα 49 και 56 ΣΛΕΕ απαγορεύουν όρο στη συγγραφή υποχρεώσεων, όπως αυτός του σημείου 4.3 της επίμαχης συγγραφής υποχρεώσεων, ο οποίος απαιτεί, όταν μέλη

50 — Για παράδειγμα, η στεγανοποίηση υποδομής.

51 — Βλ., συναφώς, αποφάσεις της 23ης Δεκεμβρίου 2009, Serrantoni και Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, σκέψεις 31 και 32 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία), και της 22ας Οκτωβρίου 2015, Impresa Edilux και SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721, σκέψη 36).

κοινοπραξίας προτίθενται να ομαδοποιήσουν τις επαγγελματικές τους ικανότητες υποβάλλοντας από κοινού προσφορά, να υπάρχει αριθμητική αντιστοιχία μεταξύ του τμήματος της συμβάσεως που εκτελεί το κάθε μέλος της κοινοπραξίας και της συμβολής του στην τήρηση του όρου που αφορά την επαγγελματική εμπειρία.

Νομιμότητα των αλλαγών κατά το σημείο 4.3 της συγγραφής υποχρεώσεων κατά τη διάρκεια της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως (δεύτερο προδικαστικό ερώτημα)

69. Εμποδιζόταν η αρχή θαλασσίων λιμένων να τροποποιήσει, όπως τροποποίησε, τη ρήτρα 4.3 της συγγραφής υποχρεώσεων από τις αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγενείας που απορρέουν από τα άρθρα 49 και 56 ΣΛΕΕ και τη συνακόλουθη υποχρέωση διαφάνειας;

70. Για την απάντηση στο εν λόγω ερώτημα, χρήσιμη καθοδήγηση παρέχεται από τη νομολογία του Δικαστηρίου σχετικά με την ερμηνεία του άρθρου 2 της οδηγίας 2004/18. Κατά την εν λόγω διάταξη, «[ο]ι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια». Η διάταξη αυτή ως εκ τούτου βασίζεται στις αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των δυσμενών διακρίσεων καθώς και στην υποχρέωση διαφάνειας που απορρέουν από τη ΣΛΕΕ[52].

71. Επομένως, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι τόσο η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως όσο και η υποχρέωση διαφάνειας που απορρέει από αυτήν επιβάλλουν τον σαφή καθορισμό, από την έναρξη της διαδικασίας, του αντικειμένου της συμβάσεως και των κριτηρίων αναθέσεως της εκτελέσεώς της[53]. Η ίση μεταχείριση επιβάλλει όλοι οι προσφέροντες να έχουν τις ίδιες ευκαιρίες κατά τη διατύπωση των προσφορών τους. Αυτό συνεπάγεται ότι οι προσφορές αυτές υποβάλλονται με τους ίδιους όρους για όλους τους προσφέροντες[54]. Περαιτέρω, η υποχρέωση διαφάνειας σκοπό έχει να αποκλείσει τον κίνδυνο ευνοιοκρατίας και αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Η υποχρέωση αυτή σημαίνει ότι όλοι οι όροι και ο τρόπος διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, έτσι ώστε, πρώτον, να παρέχουν σε όλους τους έχοντες εύλογη ενημέρωση και συνήθη επιμέλεια προσφέροντες τη δυνατότητα να κατανοήσουν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύσουν με τον ίδιο τρόπο και, δεύτερον, να καθιστούν δυνατό τον εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των διαγωνιζομένων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την οικεία σύμβαση[55].

72. Κατά συνέπεια, οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να τροποποιήσουν, ούτε καν διορθωτικά, το περιεχόμενο των βασικών όρων του διαγωνισμού, όπως αυτοί έχουν καθοριστεί στη συγγραφή υποχρεώσεων, στους οποίους έχουν καλόπιστα στηριχθεί οι ενδιαφερόμενοι επιχειρηματίες για να αποφασίσουν αν θα υποβάλουν προσφορά ή αν, αντιθέτως, δεν θα λάβουν μέρος στη διαδικασία συνάψεως της οικείας συμβάσεως[56].

73. Οι ίδιες αρχές ισχύουν όταν σύμβαση που δεν διέπεται από την οδηγία 2004/18 παρουσιάζει σαφές διασυνοριακό ενδιαφέρον. Στην απόφαση Enterprise Focused Solutions[57], το Δικαστήριο έκρινε ότι η αναθέτουσα αρχή δεν δύναται, μετά τη δημοσίευση προκηρύξεως διαγωνισμού, να τροποποιήσει τεχνική προδιαγραφή σχετική με ορισμένο στοιχείο της συμβάσεως, κατά παραβίαση των αρχών της

52 — Απόφαση της 7ης Σεπτεμβρίου 2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, σκέψη 34).

53 — Αποφάσεις της 10ης Δεκεμβρίου 2009, Επιτροπή κατά Γαλλίας (C-299/08, EU:C:2009:769, σκέψη 41), και της 10ης Μαΐου 2012, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών (C-368/10, EU:C:2012:284, σκέψη 56).

54 — Απόφαση της 6ης Νοεμβρίου 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, σκέψη 44).

55 — Βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 6ης Νοεμβρίου 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, σκέψη 44 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία)· βλ., επίσης, απόφαση της 10ης Μαΐου 2012, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών (C-368/10, EU:C:2012:284, σκέψη 88).

56 — Απόφαση της 10ης Μαΐου 2012, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών (C-368/10, EU:C:2012:284, σκέψη 55).

57 — Απόφαση της 16ης Απριλίου 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228).

ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των δυσμενών διακρίσεων καθώς και της υποχρεώσεως διαφάνειας[58]. Η απόφαση αυτή συνάδει με άλλες αποφάσεις όπου το Δικαστήριο κατέστησε σαφές ότι η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας, κατά κανόνα, απαγορεύουν την τροποποίηση προσφοράς μετά την υποβολή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε κατόπιν αιτήσεως του συγκεκριμένου υποβαλόντος προσφορά, εκτός αν η τροποποίηση διορθώνει πρόδηλα εκ παραδρομής σφάλματα ή διευκρινίζει μια λεπτομέρεια της προσφοράς[59].

74. Στην παρούσα υπόθεση, η αρχή θαλασσίων λιμένων παραβίασε τις εν λόγω αρχές τροποποιώντας δύο φορές το σημείο 4.3 της συγγραφής υποχρεώσεων.

75. Πρώτον, όπως προβάλλει η Επιτροπή, οι εν λόγω τροποποιήσεις δεν μπορούν να αντιμετωπιστούν ως ήσσονος σημασίας διευκρινίσεις ή διορθώσεις σφαλμάτων εκ παραδρομής. Η αρχική μορφή του σημείου 4.3 σαφώς επέτρεπε την τήρηση της κατά το σημείο 3.2.1 της συγγραφής υποχρεώσεων απαιτήσεως επαγγελματικής ικανότητας τουλάχιστον από ένα από τα μέλη της κοινοπραξίας *ή* από κοινού από όλα τα μέλη της κοινοπραξίας. Αμφότερες οι τροποποιήσεις (που έγιναν στις 24 Απριλίου και 9 Μαΐου 2014) εισήγαγαν περιορισμούς σχετικά με την απόδειξη της επαγγελματικής ικανότητας στην περίπτωση κοινοπραξίας. Οι εν λόγω περιορισμοί σαφώς δεν αποτελούσαν μέρος της αρχικής μορφής του εν λόγω σημείου. Αντιθέτως, μετέβαλαν την ουσία του σημείου 4.3 της συγγραφής υποχρεώσεων, στο οποίο θεμιτά είχαν ήδη στηριχθεί οι ενδιαφερόμενοι επιχειρηματίες για να αποφασίσουν αν θα υποβάλουν προσφορά ή αν, αντιθέτως, δεν θα λάβουν μέρος στη διαδικασία συνάψεως της οικείας συμβάσεως. Για τον λόγο αυτόν, διαφωνώ με την αιτίαση της αρχής θαλασσίων λιμένων ότι οι έχοντες εύλογη ενημέρωση προσφέροντες μπορούσαν να αναμένουν τις επίμαχες αλλαγές.

76. Περαιτέρω, η αρχή θαλασσίων λιμένων δεν παρουσίασε κάποια αντικειμενική αιτιολογία που να εξηγεί γιατί προέβη δύο φορές σε ουσιώδεις τροποποιήσεις του σημείου 4.3 της συγγραφής υποχρεώσεων μετά τη δημοσίευση της αρχικής προκηρύξεως του διαγωνισμού. Επομένως, μολονότι αυτό αποτελεί ζήτημα η κρίση επί του οποίου είναι έργο του αιτούντος δικαστηρίου, ως μόνου αρμοδίου επί της ουσίας, από κανένα στοιχείο που τέθηκε ενώπιον του Δικαστηρίου δεν προκύπτει ότι οι εν λόγω τροποποιήσεις είχαν καταστεί αναγκαίες λόγω ουσιώδους μεταβολής στις συνθήκες αναθέσεως ή εκτελέσεως της επίμαχης δημόσιας συμβάσεως μετά τη δημοσίευση της προκηρύξεως του διαγωνισμού.

77. Θα μπορούσε να φανταστεί κανείς περιστάσεις υπό τις οποίες θα μπορούσε να επέλθει μια τέτοια θεμελιώδης αλλαγή, με αποτέλεσμα η αναθέτουσα αρχή να βρεθεί αντιμέτωπη με το δίλημμα να επαναλάβει εξαρχής τη διαδικασία αναθέσεως ή να αλλάξει τη συγγραφή υποχρεώσεων. Κάθε λύση από τις ανωτέρω θα παρουσίαζε μειονεκτήματα, από απόψεως εξόδων στα οποία θα είχαν υποβληθεί ασκόπως όσοι θα είχαν ήδη μετάσχει στην αρχική διαδικασία υποβολής προσφορών· επίσης ενδέχεται να προέκυπταν προφανή ζητήματα, ιδίως όσον αφορά τον κίνδυνο καταχρήσεων ή χειραγωγήσεως, την ανάγκη για διαφάνεια και ισότητα μεταχειρίσεως μεταξύ των (δυνητικών) προσφερόντων και την (πιθανή) απόδοση (μέρους) των ασκόπως πραγματοποιηθέντων εξόδων. Ευτυχώς, κανένα από τα εν λόγω ακανθώδη ζητήματα δεν χρειάζεται να κριθεί εν προκειμένω από το Δικαστήριο, και δεν προτίθεμαι να τα εξετάσω περαιτέρω.

78. Κατά συνέπεια, λαμβανομένων υπόψη των περιστάσεων της παρούσας υποθέσεως, συνάγω ότι η απαγόρευση των διακρίσεων λόγω ιθαγενείας και η υποχρέωση διαφάνειας που απορρέουν από τα άρθρα 49 και 56 ΣΛΕΕ απαγορεύουν αλλαγές στη συγγραφή υποχρεώσεων, όπως αυτές της κύριας δίκης, οι οποίες εισάγουν περιορισμούς σχετικά με την εκ μέρους των μελών της κοινοπραξίας απόδειξη των επαγγελματικών ικανοτήτων που σαφώς δεν περιλαμβάνονταν στην αρχική μορφή της εν λόγω συγγραφής υποχρεώσεων.

58 — Απόφαση της 16ης Απριλίου 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, σκέψη 29).

59 — Βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12 (EU:C:2013:647, σκέψεις 31 και 32).

79. Το συμπέρασμα αυτό δεν τίθεται υπό αμφισβήτηση από το γεγονός ότι οι αλλαγές πραγματοποιήθηκαν πριν από την υποβολή οποιασδήποτε προσφοράς ή από το γεγονός ότι η αρχή θαλασσίων λιμένων δημοσίευσε τις αλλαγές αυτές στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης* και παρέτεινε την προθεσμία υποβολής προσφορών. Όπως εξήγησα, οι διαδοχικές τροποποιήσεις του σημείου 4.3 της συγγραφής υποχρεώσεων από την αρχή θαλασσίων λιμένων είχαν ως αποτέλεσμα ουσιώδη αλλαγή των όρων υπό τους οποίους μπορούσε να υποβληθεί προσφορά από μέλη κοινοπραξίας, χωρίς αντικειμενική δικαιολογία [60].

80. Τέλος, επισημαίνω ότι η παρούσα ανάλυσή μου αφορά τη συγκεκριμένη κατάσταση της κύριας δίκης. Ως εκ τούτου, ουδόλως προδικάζει τον τρόπο που οι αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των δυσμενών διακρίσεων και η υποχρέωση διαφάνειας που απορρέουν από τη ΣΛΕΕ θα έχουν εφαρμογή υπό διαφορετικές περιστάσεις.

Πρόταση

81. Κατόπιν όλων των ανωτέρω, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στα ερωτήματα του Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Ανωτάτου Δικαστηρίου, Λιθουανία) ως εξής:

1) Στο πλαίσιο δημόσιας συμβάσεως η οποία δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2004/17/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών συνάψεως συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών, ούτε της οδηγίας 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών συνάψεως δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, αλλά η οποία παρουσιάζει σαφές διασυνοριακό ενδιαφέρον, η απαγόρευση των διακρίσεων λόγω ιθαγενείας και η υποχρέωση διαφάνειας που απορρέουν από τα άρθρα 49 και 56 ΣΛΕΕ αντιτίθενται σε εθνική ρύθμιση, όπως αυτή του άρθρου 24, παράγραφος 5, του Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (νόμου περί δημοσίων συμβάσεων), βάσει της οποίας οι «κύριες εργασίες», όπως ορίζονται από την αναθέτουσα αρχή, πρέπει να εκτελεστούν από τον ίδιο τον προσφέροντα, χωρίς αυτός να έχει τη δυνατότητα να αναθέσει καθ' υπεργολαβία το εν λόγω τμήμα της συμβάσεως.

2) Στο ίδιο πλαίσιο, η απαγόρευση των διακρίσεων λόγω ιθαγενείας και η υποχρέωση διαφάνειας που απορρέουν από τα άρθρα 49 και 56 ΣΛΕΕ απαγορεύουν όρο στη συγγραφή υποχρεώσεων, όπως αυτός του σημείου 4.3 της επίμαχης στην κύρια δίκη συγγραφής υποχρεώσεων, ο οποίος απαιτεί, όταν μέλη κοινοπραξίας προτείνουν ομαδοποίηση των επαγγελματικών τους ικανοτήτων υποβάλλοντας από κοινού προσφορά, να υπάρχει αριθμητική αντιστοιχία μεταξύ του τμήματος της συμβάσεως που εκτελεί το κάθε μέλος της κοινοπραξίας και της συμβολής του στην τήρηση του όρου που αφορά την επαγγελματική εμπειρία.

3) Η απαγόρευση των διακρίσεων λόγω ιθαγενείας και η υποχρέωση διαφάνειας που απορρέουν από τα άρθρα 49 και 56 ΣΛΕΕ απαγορεύουν αλλαγές στη συγγραφή υποχρεώσεων, όπως αυτές της κύριας δίκης, οι οποίες εισάγουν περιορισμούς σχετικά με την εκ μέρους των μελών της κοινοπραξίας απόδειξη των επαγγελματικών ικανοτήτων που σαφώς δεν περιλαμβάνονταν στην αρχική μορφή της εν λόγω συγγραφής υποχρεώσεων.

60 — Βλ. σημεία 75 και 76 των παρουσών προτάσεων.