CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL
ELEANOR SHARPSTON
prezentate la 1 decembrie 2016[1]

Cauza C-298/15

UAB „Borta”

[cerere de decizie preliminară formulată de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Curtea Supremă din Lituania)]

„Contracte de achiziții publice — Criterii de selecție calitativă — Cerința ca ofertantul câștigător să execute «lucrarea principală» el însuși — Demonstrarea capacității profesionale — Ofertă depusă de un grup de operatori economici — Obligația ca contribuția fiecărui partener să fie proporțională cu contribuția sa la demonstrarea capacității profesionale — Procedura de atribuire a contractului — Modificarea caietului de sarcini în timpul procedurii — Principiile egalității de tratament și transparenței”

1. Prezenta cerere de decizie preliminară formulată de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Curtea Supremă din Lituania) privește un caiet de sarcini pentru atribuirea unui contract de achiziții publice de lucrări pentru construcția unui chei în portul Klaipeda (Lituania). Caietul de sarcini în cauză conține dispoziții care reglementează ofertele depuse de partenerii care au încheiat un contract de colaborare. Acestea impun ca fiecare partener să *execute* o parte din contract echivalentă cu contribuția sa la demonstrarea experienței profesionale a parteneriatului, la nivelul *atribuirii* contractului de achiziții publice. Instanța de trimitere are îndoieli cu privire la aspectul dacă o astfel de cerință este compatibilă cu normele privind punerea în comun a capacităților profesionale în temeiul legislației Uniunii în domeniul achizițiilor publice. Întrucât caietul de sarcini în cauză nu a fost disponibil decât după mai multe săptămâni de la publicarea cererii de ofertă, instanța de trimitere solicită de asemenea îndrumări cu privire la aspectul dacă (și, în caz afirmativ, în ce împrejurări) autoritățile contractante pot modifica caietul de sarcini pe parcursul procedurii de atribuire a contractului. De asemenea, aceasta adresează din oficiu întrebarea dacă legislația Uniunii în domeniul achizițiilor publice se opune unei dispoziții a legislației lituaniene care interzice subcontractarea „lucrării principale” în cadrul contractelor de achiziții publice de lucrări.

2. O primă dificultate apare cu privire la competența Curții de a răspunde la aceste întrebări. Instanța de trimitere își exprimă preocupările în contextul Directivei 2004/17/CE[2]. Cu toate acestea, este cert că valoarea estimată a contractului de achiziții publice în discuție nu atinge pragul relevant și că această directivă nu este, așadar, aplicabilă în procedura principală. Legislația lituaniană a consfințit aplicabilitatea directă și necondiționată a acestei directive în privința contractului? În caz afirmativ, potrivit unei jurisprudențe constante, Curtea este competentă să interpreteze dispozițiile relevante ale

1 — Limba originală: engleza.

2 — Directiva Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale (JO 2004, L 134, p. 1, Ediție specială, 06/vol. 8, p. 3). Versiunea relevantă a directivei respective este cea modificată ultima dată prin Regulamentul (UE) nr. 1336/2013 al Comisiei din 13 decembrie 2013 (JO 2013, L 335, p. 17).

acestei directive. Alternativ, în cazul în care contractul în cauză prezintă un interes transfrontalier evident, atribuirea acestuia va fi supusă normelor fundamentale și principiilor generale ale TFUE (în special principiilor libertăților de circulație prevăzute la articolele 49 și 56 din TFUE) și este, așadar, obligația Curții de a furniza orientări utile instanței de trimitere în acest temei.

Cadrul juridic

Dreptul Uniunii Europene

3. Considerentul (9) al Directivei 2004/17 prevede următoarele:

„În vederea garantării deschiderii către concurență a contractelor de achiziții publice atribuite de entități care operează în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale, este recomandabil să se elaboreze dispoziții privind coordonarea la nivel comunitar a contractelor care depășesc o anumită valoare. O astfel de coordonare se bazează pe cerințele care rezultă din articolele 14, 28 și 49 din Tratatul CE și din articolul 97 din Tratatul Euratom, mai precis principiul egalității de tratament, al cărui principiu de nediscriminare nu este decât o exprimare specifică, principiul recunoașterii reciproce, principiul proporționalității, precum și principiul transparenței. Având în vedere natura sectoarelor afectate de o astfel de coordonare, aceasta ar trebui, cu condiția protejării aplicării principiilor enunțate, să stabilească un cadru pentru practici comerciale loiale și să permită o flexibilitate maximă.

[…]”

4. Considerentul (43) prevede că, pentru a favoriza accesul întreprinderilor mici și mijlocii pe piața achizițiilor publice, este indicat să se prevadă dispoziții privind subcontractarea.

5. Articolul 10 prevede că „[e]ntitățile contractante tratează operatorii economici în mod egal și fără discriminare și acționează într-o manieră transparentă”.

6. Articolul 11 alineatul (2) prevede:

„Grupuri de operatori economici pot prezenta oferte sau pot fi candidați. Pentru a prezenta o ofertă sau o cerere de participare, entitățile contractante nu au dreptul să impună acestor grupuri o anumită formă juridică; cu toate acestea, grupului selectat i se poate cere acest lucru în cazul în care i s-a atribuit contractul, în măsura în care această schimbare este necesară pentru executarea în mod satisfăcător a contractului.”

7. Articolul 37 („Subcontractarea”) prevede:

„În caietul de sarcini, entitatea contractantă, din inițiativă proprie sau la cererea unui stat membru, poate solicita ofertantului să indice în oferta sa orice parte din contract pe care intenționează să o subcontracteze terților și orice subcontractanți propuși. Această indicație nu trebuie să aducă atingere problemei responsabilității operatorului economic principal.”

8. Potrivit articolului 38 („Condiții de executare a contractului”):

„Entitățile contractante pot stabili condiții speciale privind executarea unui contract, cu condiția ca acestea să fie compatibile cu legislația [UE] și să fie indicate în anunțul utilizat ca mijloc de convocare la licitație sau în caietul de sarcini. Condițiile care guvernează executarea unui contract pot viza, în particular, considerații de ordin social și de mediu.”

9. Articolul 53 („Sisteme de calificare”) prevede în special:

„1. Entitățile contractante care doresc acest lucru pot institui și administra un sistem de calificare a operatorilor economici.

[…]

2. Sistemul menționat la alineatul (1) poate implica diferite etape de calificare.

Sistemul este administrat pe baza unor criterii și norme de calificare obiective stabilite de entitatea contractantă.

[…]

5. În cazul în care criteriile și normele de calificare menționate la alineatul (2) includ cerințe privind capacitățile tehnice și profesionale ale operatorului economic, acesta se poate baza, după caz, pe capacitatea altor entități, indiferent de natura juridică a legăturii dintre el și acele entități. În această situație, operatorul economic trebuie să dovedească entității contractante că aceste resurse îi vor fi disponibile pe întreaga perioadă de valabilitate a sistemului de calificare, de exemplu prin prezentarea unui angajament al acelor entități, în sensul punerii la dispoziția operatorului economic a mijloacelor necesare.

În aceleași condiții, un grup de operatori economici menționat la articolul 11 se poate baza pe capacitatea participanților din grup sau a altor entități.

[…]”

Dreptul lituanian

10. Articolul 2 alineatul 29 din Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (Legea Republicii Lituania privind achizițiile publice, denumită în continuare „Legea privind achizițiile publice”) definește un furnizor în termeni generali drept orice operator economic, indiferent dacă este o persoană fizică, o persoană juridică de drept privat, o persoană juridică de drept public, alte organizații sau sucursale ale acestora sau un grup de asemenea persoane, care poate să ofere sau oferă produse, servicii sau lucrări.

11. Potrivit articolului 24 alineatul 5 din Legea privind achizițiile publice, documentele privind procedura de achiziții impun candidatului sau ofertantului să precizeze în oferta sa toți subcontractanții propuși și poate impune candidatului sau ofertantului să specifice partea din contract pe care are intenția să o subcontracteze în favoarea acestor subcontractanți. Cu toate acestea, atunci când sunt invitați subcontractanți să execute un contract de lucrări, lucrarea principală, astfel cum este specificată de autoritatea contractantă, trebuie să fie efectuată de către furnizor.

12. În conformitate cu articolul 27 alineatul 4 din Legea privind achizițiile publice, autoritatea contractantă poate, din oficiu, în orice moment înainte de termenul-limită pentru depunerea ofertelor, să clarifice documentele privind achizițiile publice.

13. Articolul 32 alineatul 3 din Legea privind achizițiile publice prevede că, atunci când este necesar în contextul unei anumite licitații, un furnizor se poate baza pe capacitățile altor operatori economici, indiferent de natura raportului său juridic cu ei. În acest caz, furnizorul trebuie să dovedească autorității contractante că resursele respective vor fi la dispoziția sa pentru executarea contractului. În aceleași condiții, un grup de operatori economici se poate baza pe capacitățile membrilor grupului sau pe cele ale altor operatori economici.

Istoricul cauzei, procedura și întrebările preliminare

14. La 2 aprilie 2014, VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija (Autoritatea Portuară Națională Klaipėda, denumită în continuare „Autoritatea Portuară”), o întreprindere de stat lituaniană, a publicat o cerere de ofertă deschisă pentru „Lucrarea de construcții privind «Reconstrucția cheiurilor nr. 67 și nr. 68. Etapa I»”. Această cerere de ofertă a fost de asemenea publicată în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* la 5 aprilie 2014[3].

15. Punctul 3.2.1 din caietul de sarcini includea următoarea cerință: „Volumul mediu anual de muncă relevant pentru lucrările principale de construcții și instalații (construirea sau reconstruirea cheiurilor portului maritim) al furnizorilor din ultimii cinci ani sau din perioada începând de la data înregistrării furnizorului (în cazul în care furnizorul are mai puțin de cinci ani de activitate) trebuie să corespundă unei valori de cel puțin 5 000 000 LTL (1 448 100,09 EUR), fără TVA.”

16. La punctul 4.2.3 din caietul de sarcini se preciza că este necesar ca orice ofertă „să specifice angajamentele asumate de partenerii care operează în temeiul unui contract de colaborare în legătură cu executarea contractului, împreună cu ponderea procentuală din aceste angajamente care revine fiecăruia, și să declare că respectiva diviziune a volumului de servicii se aplică doar pentru parteneri și nu creează obligații pentru client (autoritatea contractantă)”.

17. Versiunea inițială a punctului 4.3 din caietul de sarcini prevedea următoarele:

„Atunci când oferta este depusă de furnizori care operează în temeiul unui contract de colaborare, cerințele de la [punctul 3.2.1] trebuie să fie îndeplinite de cel puțin un partener implicat în activitățile comune sau de toți partenerii care operează în temeiul contractului de colaborare în ansamblul lor. […] În conformitate cu articolul 24 alineatul 5 din [Legea privind achizițiile publice], [Autoritatea Portuară] declară că lucrarea principală constă în elementul 1.2.8 din secțiunea referitoare la construcție a devizului cantitativ și, prin urmare, această lucrare trebuie să fie efectuată de către furnizorul însuși”[4].

18. La 24 aprilie 2014, Autoritatea Portuară a emis, din oficiu, o primă modificare a punctului 4.3 din caietul de sarcini. Această nouă versiune, care a fost publicată în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene*, prevedea în special că, în cazul în care oferta era depusă de furnizori care operează în temeiul unui contract de colaborare, fiecare partener implicat în activitățile comune trebuia să îndeplinească cel puțin 50 % din cerința prevăzută la punctul 3.2.1. Ca urmare a acestei modificări, Autoritatea Portuară a prelungit termenul de depunere a ofertelor.

19. La 3 mai 2014, UAB Borta, o societate pe acțiuni de drept lituanian, a contestat această redefinire în fața Autorității Portuare. Ca urmare a acestei contestații, Autoritatea Portuară, prin decizia din 9 mai 2014, a modificat punctul 4.3 din caietul de sarcini pentru a doua oară[5]. Noua versiune (și cea finală) a acestui punct avea următorul cuprins:

„Atunci când oferta este depusă de furnizori care operează în temeiul unui contract de colaborare, cerințele de la punctele 3.2.1 […] trebuie să fie îndeplinite de cel puțin un partener implicat în activitățile comune sau de toți partenerii care operează în temeiul contractului de colaborare în ansamblul lor. Contribuția unui partener (volumul de muncă finalizată) în temeiul contractului de colaborare trebuie să fie proporțională cu contribuția sa la îndeplinirea cerinței prevăzute la punctul 3.2.1 […] și cu volumul de muncă pe care acesta o va realiza efectiv în cazul în care oferta

3 — JO 2014/S 68-117458.

4 — Instanța de trimitere explică faptul că această activitate principală constă, *inter alia*, în construirea unui perete de oțel cu caneluri susținut de grinzi poziționale.

5 — În același timp, autoritatea contractantă a reformulat ușor din oficiu punctul 4.2.3 din caietul de sarcini. Această modificare a caietului de sarcini nu este însă pusă în discuție în procedura principală.

respectivă este declarată câștigătoare (executarea contractului)[6]. […] În conformitate cu articolul 24 alineatul 5 din [Legea privind achizițiile publice], [Autoritatea Portuară] precizează că lucrarea principală constă în elementul 1.2.8 din secțiunea referitoare la construcție a devizului cantitativ și, prin urmare, această lucrare trebuie să fie efectuată de către furnizorul însuși."

20. În urma ultimei modificări, care a fost publicată în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene*, termenul-limită pentru depunerea ofertelor a fost prelungit pentru a doua oară și stabilit pentru 12 iunie 2014.

21. La 12 iunie 2014, Borta a depus o ofertă de executare a acestor lucrări pentru echivalentul în LTL a aproximativ 4 761 460 de euro. Aceasta a fost cea mai costisitoare ofertă[7].

22. Cu toate acestea, Borta a contestat versiunea finală a punctului 4.3 din caietul de sarcini în fața Autorității Portuare, iar în urma respingerii contestației respective a introdus o acțiune la Klaipėdos apygardos teismas (Tribunalul Regional Klaipėda). Tribunalul Regional Klaipėda a respins acțiunea respectivă la 18 august 2014. Borta a formulat apel împotriva acestei decizii la Lietuvos apeliacinis teismas (Curtea de Apel din Lituania), care a respins apelul la 13 noiembrie 2014. Ambele instanțe au considerat în esență că cerința contestată a fost justificată de natura obiectului contractului și de importanța sa pentru interesul public și că răspunderea solidară a partenerilor care au încheiat contractul de colaborare față de Autoritatea Portuară nu asigura, în sine, executarea cu succes a contractului de achiziții publice. De asemenea, acestea au respins argumentul potrivit căruia modificările succesive în caietul de sarcini au fost ilegale, deoarece articolul 27 alineatul 4 din Legea privind achizițiile publice permite în mod expres Autorității Portuare să clarifice acele cerințe.

23. Borta a formulat recurs împotriva hotărârii pronunțate de Lietuvos apeliacinis teismas (Curtea de Apel din Lituania) în fața Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Curtea Supremă din Lituania), care a suspendat judecarea cauzei și a solicitat pronunțarea unei decizii preliminare cu privire la următoarele întrebări:

„(1) Dispozițiile articolelor 37, 38, 53 și 54 din Directiva 2004/17 trebuie să fie înțelese și interpretate, împreună sau separat (dar fără limitare la aceste dispoziții), în sensul că:

(a) se opun unei norme naționale potrivit căreia, în cazul în care sunt invitați subcontractanți să execute un contract de lucrări, lucrarea principală, astfel cum este identificată de autoritatea contractantă, trebuie să fie efectuată de către furnizor[8]?

(b) se opun unui sistem, stabilit în documentele privind procedura de achiziții, de cumulare a capacităților profesionale ale furnizorilor, cum este cel stabilit de autoritatea contractantă prin cerința contestată, care impune ca partea corespunzătoare capacității profesionale a operatorului economic relevant (un partener la contractul de colaborare) să corespundă părții din lucrarea concretă pe care acesta o va efectua efectiv în temeiul contractului de achiziții publice?

6 — Ne vom referi la această din urmă cerință folosind termenul „cerința de proporționalitate". „Volumul de muncă" este, probabil, măsurat în termeni monetari.

7 — Oferta depusă de ofertantul câștigător s-a ridicat la echivalentul în LTL a aproximativ 3 168 400 de euro.

8 — Ordonanța de trimitere menționează că instanța a adresat această întrebare „din oficiu" pentru protejarea interesului public.

(2) Dispozițiile articolelor 10, 46 și 47 din Directiva 2004/17 trebuie să fie înțelese și interpretate, împreună sau separat (dar fără limitare la aceste dispoziții), în sensul că:

(a) principiile egalității de tratament între furnizori și transparenței nu sunt încălcate în cazul în care autoritatea contractantă:

— prevede în prealabil, în documentele privind procedura de achiziții, o posibilitate generală de cumulare a capacităților profesionale ale furnizorilor, dar nu stabilește sistemul de punere în aplicare a acestei posibilități;

— ulterior, în cursul procedurii de achiziții publice, aceasta definește mai detaliat cerințele privind evaluarea calificărilor furnizorilor, stabilind anumite restricții legate de cumularea capacităților profesionale ale furnizorilor;

— ca urmare a acestei definiri mai detaliate a conținutului cerințelor privind calificările, extinde termenul-limită pentru depunerea ofertelor și publică anunțul referitor la extinderea respectivă în Jurnalul Oficial [*al Uniunii Europene*]?

(b) o limitare privind cumularea capacităților furnizorilor nu trebuie să fie prevăzută în mod clar în prealabil în cazul în care caracterul specific al activităților autorității contractante și caracteristicile speciale ale contractului de achiziții publice fac ca o asemenea limitare să fie previzibilă și justificabilă?”

24. Autoritatea Portuară, guvernul lituanian și Comisia Europeană au prezentat observații scrise. Aceleași părți și Borta au prezentat observații orale în ședința din 1 iunie 2016.

Analiză

Considerații introductive

25. Guvernul lituanian a susținut în ședință că articolul 24 alineatul 5 din Legea privind achizițiile publice a transpus noua normă privind subcontractarea prevăzută la articolul 79 alineatul (3) din Directiva 2014/25/UE [9] înainte de expirarea termenului stabilit pentru transpunerea respectivei directive și că, prin urmare, Curtea ar trebui să examineze prezenta cerere de decizie preliminară numai din perspectiva acestei directive [10]. Autoritatea Portuară a adoptat o poziție similară. Comisia a susținut contrariul, și anume că Directiva 2014/25 nu poate fi luată în considerare. În primul rând, articolul 24 alineatul 5 din Legea privind achizițiile publice a fost adoptată înainte de adoptarea directivei. În al doilea rând, Lituania a omis să comunice Comisiei măsurile de transpunere a Directivei 2014/25 în ordinea juridică lituaniană.

9 — Directiva Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile efectuate de entitățile care își desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale și de abrogare a Directivei 2004/17 (JO 2014, L 94, p. 243). Potrivit acestei dispoziții, „[î]n cazul contractelor de lucrări sau de servicii și al lucrărilor de amplasare sau de instalare din cadrul unui contract de produse, entitățile contractante pot impune ca anumite sarcini critice să fie efectuate direct de către ofertantul însuși sau, în cazul unei oferte depuse de un grup de operatori economici prevăzut la articolul 37 alineatul (2), de un participant din cadrul acestui grup”. O dispoziție similară este prevăzută la articolul 63 alineatul (2) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65).

10 — Din observațiile scrise ale guvernului lituanian rezultă că, la momentul faptelor din procedura principală, Directiva 2014/25 nu fusese încă transpusă integral în dreptul lituanian.

26. Potrivit unei jurisprudențe constante, directiva aplicabilă este, în principiu, cea în vigoare la momentul la care autoritatea contractantă alege tipul de procedură pe care o va urma și soluționează definitiv problema dacă există sau nu există obligația de a asigura în prealabil condiții concurențiale pentru atribuirea unui contract de achiziții publice. Sunt, în schimb, *inaplicabile* dispozițiile unei directive al cărei termen de transpunere a expirat după acest moment [11].

27. Directiva 2014/25 a abrogat Directiva 2004/17 cu efect de la 18 aprilie 2016. În consecință, aceasta nu este aplicabilă în cauza principală, în care cererea de ofertă a fost publicată la 2 aprilie 2014. Astfel cum Curtea a statuat recent în ceea ce privește Directiva 2014/24, a o aplica pe aceasta înainte de expirarea termenului de transpunere a acesteia ar împiedica statele membre, ca de altfel și autoritățile contractante și operatorii economici, să beneficieze de un termen suficient pentru a se adapta noilor dispoziții introduse prin aceasta [12]. În opinia noastră, o astfel de abordare ar fi contrară, de asemenea, principiului securității juridice [13]. Acest raționament se aplică prin analogie în privința Directivei 2014/25.

28. În continuare, este cert că valoarea contractului în cauză (care poate fi evaluată prin raportare la cele mai ridicate oferte prezentate, și anume echivalentul în LTL a 4 761 459,72 euro) este sub pragul de 5 186 000 de euro prevăzut pentru contractele de lucrări, la data faptelor din acțiunea principală, la articolul 16 litera (b) din Directiva 2004/17. Astfel cum arată instanța de trimitere, contractul de achiziții publice în discuție nu intră, prin urmare, în domeniul de aplicare al Directivei 2004/17.

29. Cu toate acestea, instanța de trimitere consideră că Curtea are competența de a răspunde întrebărilor adresate. În primul rând, Autoritatea Portuară a avut în mod cert intenția să considere cererea de ofertă ca având un domeniu de aplicare internațional prin publicarea acesteia și a modificărilor ulterioare ale caietului de sarcini în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene*. Acest lucru este confirmat de faptul că două societăți din afara Lituaniei au depus oferte. În plus, instanța de trimitere arată în esență că, atunci când legiuitorul lituanian a transpus Directiva 2004/17 prin Legea privind achizițiile publice, acesta a decis să aplice anumite norme prevăzute de această directivă în cadrul procedurilor de achiziții publice care nu intră în domeniul de aplicare al directivei.

30. În ședință, guvernul lituanian a adăugat că legislația lituaniană impune autorităților contractante să facă o alegere procedurală atunci când organizează o procedură de atribuire a unui contract a cărui valoare estimată se află sub pragul relevant. Acestea pot decide să aplice fie procedura simplificată în temeiul legislației naționale pentru astfel de contracte, fie procedura aplicabilă contractelor de achiziții publice care depășesc pragul relevant. În acest din urmă caz, cu aplicarea legislației Uniunii Europene în vigoare la data faptelor din procedura principală, dispozițiile – în funcție de obiectul contractului de achiziții publice – Directivei 2004/17 sau ale Directivei 2004/18/CE [14] ar fi devenit obligatorii pentru autoritatea contractantă. Instanțele naționale ar fi avut de asemenea obligația să le aplice.

11 — Hotărârea din 10 iulie 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, punctul 31 și jurisprudența citată), și Hotărârea din 7 aprilie 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, punctul 83).

12 — Hotărârea din 7 aprilie 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, punctul 86).

13 — A se vedea prin analogie Hotărârea din 15 octombrie 2009, Hochtief și Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627, punctul 29 și jurisprudența citată). A se vedea de asemenea Hotărârea din 5 octombrie 2000, Comisia/Franța (C-337/98, EU:C:2000:543, punctul 40).

14 — Directiva Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii (JO 2004, L 134, p. 114, Ediție specială, 06/vol. 8, p. 116).

31. În anumite condiții, caracterul pur intern al situației în discuție nu împiedică Curtea să răspundă la o întrebare adresată în temeiul articolului 267 TFUE [15]. Aceasta poate fi situația, de exemplu, în ipoteza în care dreptul național impune instanței de trimitere să permită unui resortisant al statului membru de care aparține instanța respectivă să beneficieze de aceleași drepturi ca cele conferite de dreptul Uniunii resortisantului unui alt stat membru aflat în aceeași situație sau atunci când cererea de decizie preliminară privește dispoziții de drept al Uniunii la care dreptul național al unui stat membru face trimitere pentru a determina normele aplicabile unei situații pur interne din acel stat [16].

32. În ceea ce privește această din urmă situație, competența Curții se extinde asupra întrebărilor care privesc dispoziții de drept al Uniunii Europene în cazurile în care situația de fapt din procedura principală se situează în afara domeniului de aplicare al dreptului Uniunii Europene, dar în care respectivele dispoziții au devenit aplicabile în mod *direct* și *necondiționat* în temeiul dreptului intern, pentru a asigura un tratament identic acestor situații și situațiilor care intră în domeniul de aplicare al actului respectiv [17]. Este astfel în interesul Uniunii Europene ca, pentru evitarea unor viitoare divergențe de interpretare, dispozițiile sau noțiunile preluate din dreptul Uniunii să primească o interpretare uniformă, atunci când o legislație națională se conformează, pentru soluționarea unor situații care nu intră în domeniul de aplicare al unui anumit act al Uniunii, soluțiilor reținute de actul menționat, pentru a asigura un tratament identic situațiilor interne și situațiilor reglementate de dreptul Uniunii, indiferent care ar fi condițiile în care dispozițiile sau noțiunile preluate din dreptul Uniunii urmează să fie aplicate [18].

33. Cu toate acestea, în prezenta cauză, nu există indicații suficient de precise care să permită să se considere că respectivele dispoziții „au devenit aplicabile în mod direct și necondiționat în temeiul dreptului intern”, pentru a se asigura că situațiile interne și situațiile reglementate de dreptul Uniunii sunt supuse acelorași norme [19]. În special, nici instanța de trimitere și nici guvernul lituanian nu au indicat Curții vreo dispoziție specifică din dreptul lituanian care să determine aplicabilitatea directă și necondiționată a Directivei 2004/17 în privința unor contracte de achiziții publice a căror valoare nu atinge pragul relevant prevăzut la articolul 16 din această directivă [20]. În consecință, concluzionăm că Curtea nu are competența de a interpreta Directiva 2004/17 în contextul prezentei proceduri.

34. Întrebările formulate vizează exclusiv interpretarea Directivei 2004/17. Cu toate acestea, pentru a putea oferi un răspuns util instanței care i-a adresat o întrebare preliminară, Curtea poate considera necesar să ia în considerare norme de drept al Uniunii la care instanța națională nu a făcut referire în cererea sa de decizie preliminară [21].

35. În consecință, este necesar să se verifice dacă Curtea este competentă să răspundă la întrebările adresate pe baza principiilor generale ale TFUE, în special a principiilor egalității de tratament și nediscriminării pe motiv de cetățenie sau de naționalitate, precum și a obligației de transparență care decurge din acestea. În temeiul unei jurisprudențe constante, aceasta presupune ca respectivul

15 — A se vedea, *inter alia*, Ordonanța din 3 iulie 2014, Tudoran (C-92/14, EU:C:2014:2051, punctul 38.)

16 — A se vedea, *inter alia*, Ordonanța din 3 iulie 2014, Tudoran (C-92/14, EU:C:2014:2051, punctul 39 și jurisprudența citată), și Hotărârea din 12 mai 2016 (Security Service și alții, C-692/15-C-694/15, EU:C:2016:344, punctul 27.)

17 — A se vedea printre altele Hotărârea din 22 decembrie 2008 (Les Vergers du Vieux Tauves, C-48/07, EU:C:2008:758, punctul 21 și jurisprudența citată)și Hotărârea din 18 decembrie 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, punctul 23.)

18 — Hotărârea din 7 noiembrie 2013, Romeo, C-313/12, EU:C:2013:718, punctul 22 și jurisprudența citată.

19 — A se vedea, *inter alia*, Hotărârea din 18 octombrie 2012, Nolan, C-583/10, EU:C:2012:638, punctul 51. În Hotărârea din 14 ianuarie 2016, Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2016:6, punctele 19-21), Curtea a fost de acord să interpreteze Directiva 2004/18 ținând seama în special de informațiile comunicate de guvernul leton în sensul că legislația letonă privind achizițiile publice de lucrări era aplicabilă contractelor de achiziții publice de lucrări având un cuantum inferior pragului stabilit de Directiva 2004/18. Cu toate acestea, Curtea a acceptat competența sa de a răspunde la întrebarea adresată numai „sub rezerva verificărilor care trebuie efectuate de instanța de trimitere”.

20 — A se vedea prin analogie Hotărârea din 18 decembrie 2014 (Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, punctul 25.)

21 — A se vedea, *inter alia*, Hotărârea din 10 octombrie 2013, Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, punctul 24 și jurisprudența citată) și Hotărârea din 16 aprilie 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, punctul 17 și jurisprudența citată.)

contract să prezinte un interes transfrontalier cert, ținând seama în special de importanța și de locul executării sale [22]. Existența unui astfel de interes transfrontalier trebuie apreciată pe baza ansamblului criteriilor relevante, precum importanța economică a contractului, locul geografic al executării sau caracteristicile tehnice ale acestuia, având în vedere caracteristicile proprii contractului vizat [23].

36. Curtea a statuat deja că existența unui interes transfrontalier poate fi stabilită în special prin existența unei valori de o anumită importanță a contractului în cauză coroborată cu locul de executare a lucrărilor sau cu caracteristicile tehnice ale contractului [24]. Astfel, un contract de lucrări ar putea prezenta un astfel de interes transfrontalier datorită valorii sale estimate, în raport cu tehnicitatea sa ori cu situarea geografică a lucrării într-un loc care ar putea să capteze interesul unor operatori străini [25].

37. Ocazional, Curtea lasă la latitudinea instanței naționale stabilirea existenței unui interes transfrontalier [26]. Însă, în prezenta cauză, există suficiente elemente aflate la dispoziția Curții astfel încât aceasta să concluzioneze că contractul de achiziții publice în cauză prezintă, într-adevăr, un astfel de interes transfrontalier. În primul rând, valoarea estimată a contractului este semnificativă [27]. În plus, portul maritim Klaipeda este unul dintre principalele porturi la Marea Baltică. Pe de altă parte, construirea unui chei într-un port maritim, precum cel avut în vedere în procedura de atribuire a contractului în litigiu, necesită competențe tehnice deosebite despre care se poate prezuma că sunt deținute doar de un număr limitat de întreprinderi. În cele din urmă, atractivitatea pe care acest contract de achiziții publice o prezintă pentru operatorii străini este confirmată de faptul că două întreprinderi din afara Lituaniei au depus oferte [28], uneia dintre acestea fiindu-i în final atribuit contractul.

38. Prin urmare, întrebările preliminare trebuie examinate în contextul principiilor generale ale transparenței și egalității de tratament care decurg din cuprinsul articolelor 49 și 56 TFUE, principii care trebuie respectate în cadrul atribuirii contractelor de achiziții publice [29]. Întrucât articolele 49 și 56 TFUE se aplică unui contract precum contractul în discuție în procedura principală, Autoritatea Portuară este obligată să respecte interdicția privind discriminarea pe motiv de cetățenie sau naționalitate, precum și obligația de transparență, stabilite la aceste articole [30].

22 — A se vedea, *inter alia*, Hotărârea din 19 decembrie 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce și alții (C-159/11, EU:C:2012:817, punctul 23), Hotărârea din 10 iulie 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, punctul 24) și Hotărârea din 18 decembrie 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, punctul 27).

23 — A se vedea cel mai recent Hotărârea din 14 iulie 2016, Promoimpresa și alții (C-458/14 și C-67/15, EU:C:2016:558, punctul 66 și jurisprudența citată). A se vedea de asemenea Concluziile noastre prezentate în cauza Comisia/Finlanda (C-195/04, EU:C:2007:28, punctul 55).

24 — Hotărârea din 16 aprilie 2015, SC Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, punctul 20).

25 — A se vedea Hotărârea din 15 mai 2008, SECAP și Santorso (C-147/06 și C-148/06, EU:C:2008:277, punctul 24) și Hotărârea din 17 noiembrie 2015, RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760, punctul 51).

26 — A se vedea, *inter alia*, Hotărârea din 23 decembrie 2009, Serrantoni și Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, punctul 25) și Hotărârea din 14 noiembrie 2013, Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736, punctul 30 și jurisprudența citată).

27 — A se vedea prin analogie Hotărârea din 16 aprilie 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, punctul 20).

28 — A se vedea Hotărârea din 15 mai 2008, SECAP și Santorso (C-147/06 și C-148/06, EU:C:2008:277, punctul 24) și Hotărârea din 17 noiembrie 2015, RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760, punctul 51).

29 — A se vedea, *inter alia*, Hotărârea din 13 noiembrie 2007 (Comisia/Irlanda, C-507/03, EU:C:2007:676, punctul 26) și Hotărârea din 10 iulie 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, punctul 27). Curtea a statuat în repetate rânduri că scopul coordonării procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice la nivelul Uniunii este tocmai acela de a elimina barierele din calea liberei circulații a serviciilor și a mărfurilor și, prin urmare, de a proteja interesele operatorilor economici stabiliți într-un stat membru care doresc să ofere bunuri sau servicii autorităților contractante stabilite într-un alt stat membru (a se vedea de exemplu Hotărârea din 3 octombrie 2000, University of Cambridge (C-380/98, EU:C:2000:529, punctul 16), Hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553, punctul 32) și Hotărârea din 24 ianuarie 2008, Lianakis și alții (C-532/06, EU:C:2008:40, punctul 39).

30 — A se vedea prin analogie Hotărârea din 18 decembrie 2014 (Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, punctul 32 și jurisprudența citată).

Limitarea subcontractării prevăzută la articolul 24 alineatul 5 din Legea privind achizițiile publice [întrebarea 1 litera (a)]

39. Prin intermediul literei (a) din cadrul primei întrebări, instanța de trimitere solicită să se stabilească dacă dreptul Uniunii Europene se opune unei dispoziții precum articolul 24 alineatul 5 din Legea privind achizițiile publice, care impune ca, în cazul contractelor de achiziții publice de lucrări, ofertantul însuși să efectueze „lucrarea principală”, astfel cum a fost identificată de către autoritatea contractantă.

40. Borta nu a contestat legalitatea acestei limitări a subcontractării în cadrul recursului introdus la instanța de trimitere. Aceasta din urmă a ridicat problema „din oficiu” în interesul public. Astfel, nu este clar în mod imediat dacă situația de fapt din procedura principală implică subcontractare. O ofertă depusă în temeiul unui contract de colaborare poate implica faptul că, în cazul în care ofertantul este declarat câștigător, toți partenerii devin părți individuale la contractul de achiziții publice cu autoritatea contractantă. O astfel de situație nu implică subcontractare, care are loc numai în cazul în care contractul este executat (în totalitate sau în parte) de terțe părți la contract [31]. Pe de altă parte, un contract de colaborare ar presupune o astfel de subcontractare dacă numai unul dintre parteneri ar avea calitatea oficială de ofertant, însă toți ar executa contractul, sau dacă aceștia ar înființa o întreprindere comună, care ar semna contractul în locul partenerilor. Doar o cantitate limitată de informații cu privire la oferta prezentată de Borta este disponibilă și nu este de competența Curții să verifice dacă această ofertă implica în mod efectiv sau potențial o subcontractare.

41. Potrivit unei jurisprudențe constante, Curtea nu se poate pronunța asupra unei întrebări adresate de o instanță națională atunci când este evident că interpretarea sau aprecierea validității unei norme de drept al Uniunii solicitată de instanța națională nu are nicio legătură cu realitatea sau cu obiectul acțiunii principale [32]. Situația este însă diferită în prezenta cauză. Punctul 4.3 din caietul de sarcini, care face obiectul litigiului în procedura principală, conține o trimitere expresă la articolul 24 alineatul 5 din Legea privind achizițiile publice. În acest context, nu rezultă că litera a) a primei întrebări nu are în mod vădit nicio legătură cu realitatea sau cu obiectul acțiunii, această întrebare fiind, în consecință, admisibilă [33].

42. În continuare, vom aborda fondul cauzei.

43. Potrivit unei jurisprudențe constante, articolele 49 și 56 TFUE se opun oricărei măsuri naționale care, chiar dacă este aplicabilă în mod nediscriminatoriu din punctul de vedere al naționalității, este de natură să interzică, să împiedice sau să facă mai puțin atractivă exercitarea de către resortisanții Uniunii Europene a libertății de stabilire și de prestare a serviciilor garantată de aceste dispoziții [34].

44. În ceea ce privește contractele de achiziții publice, libertatea de stabilire și libertatea de a presta servicii, interesul Uniunii Europene este să se asigure participarea cât mai largă posibil a ofertanților la o cerere de ofertă, chiar și în cazul în care directivele privind achizițiile publice nu sunt aplicabile [35]. Aceasta este în interesul autorității contractante, care va dispune astfel de o alegere mai largă în ceea

31 — A se vedea, cu privire la această distincție, Concluziile avocatului general Jääskinen prezentate în cauza Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2015:558, punctul 22).

32 — A se vedea, *inter alia*, Hotărârea din 12 mai 2011, Runevič-Vardyn și Wardyn (C-391/09, EU:C:2011:291, punctul 33).

33 — A se vedea prin analogie Hotărârea din 12 mai 2011, Runevič-Vardyn și Wardyn (C-391/09, EU:C:2011:291, punctul 34).

34 — Hotărârea din 23 decembrie 2009, Serrantoni și Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, punctul 41) și Hotărârea din 10 iulie 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, punctul 28 și jurisprudența citată).

35 — A se vedea Hotărârea din 23 decembrie 2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, punctul 37), Hotărârea din 10 iulie 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, punctul 29) și Hotărârea din 11 decembrie 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” și alții (C-113/13, EU:C:2014:2440, punctul 51 și jurisprudența citată).

ce privește oferta cea mai avantajoasă și cea mai adaptată nevoilor sale [36]. Una dintre principalele funcții ale principiului egalității de tratament a ofertanților și a obligației de transparență care rezultă din acest principiu este aceea de a asigura libera circulație a serviciilor și deschiderea spre o concurență nedenaturată în toate statele membre [37].

45. Subcontractarea contribuie la realizarea acestor obiective și este de natură să faciliteze accesul întreprinderilor mici și mijlocii la contractele de achiziții publice și, prin urmare, creșterea numărului de candidați potențiali pentru atribuirea contractelor de achiziții publice [38].

46. În prezenta cauză, o dispoziție precum articolul 24 alineatul 5 din Legea privind achizițiile publice limitează în mod clar posibilitatea întreprinderilor stabilite în alte state membre de a își exercita drepturile în temeiul articolelor 49 și 56 TFUE, în măsura în care nu le permite, în cazul în care depun o ofertă pentru obținerea unui contract, să subcontracteze în totalitate sau parțial „lucrarea principală", astfel cum este definită de autoritatea contractantă, sau să își ofere propriile servicii în calitate de subcontractanți pentru acea parte a contractului. Astfel cum arată în mod corect Comisia, articolul 24 alineatul 5 din Legea privind achizițiile publice restrânge, prin urmare, libertatea de a presta servicii și libertatea de stabilire.

47. Cu toate acestea, o astfel de restricție poate fi justificată în măsura în care urmărește un obiectiv legitim de interes general și în măsura în care respectă principiul proporționalității, adică este de natură să garanteze realizarea acestui obiectiv și nu depășește ceea ce este necesar pentru a-l atinge [39].

48. Guvernul lituanian explică faptul că limitarea subcontractării în discuție a fost introdusă pentru ca autoritățile contractante să își protejeze mai ușor interesele și pentru a asigura că lucrările subcontractate sunt executate în mod corespunzător. Această restricție avea ca scop în special să soluționeze situația obișnuită în care operatorii economici participau la procedurile de licitație cu scopul ca, în cazul în care erau câștigători, să subcontracteze cea mai mare parte a contractului. Această practică conduce adesea la lucrări de calitate inferioară sau la dificultăți în executarea acestora. În plus, guvernul lituanian susține că articolul 24 alineatul 5 din Legea privind achizițiile publice este în conformitate cu poziția comună la care s-a ajuns cu privire la o chestiune similară în cadrul Consiliului și care a condus în special la adoptarea normei prevăzute în prezent la articolul 79 alineatul (3) din Directiva 2014/25 [40]. În ședință, Autoritatea Portuară a susținut în esență că avea un interes legitim în a asigura că lucrări publice precum cele în discuție în procedura principală, care sunt de o importanță strategică pentru securitatea națională, erau corect executate.

49. O autoritate contractantă poate urmări în mod legitim ca un contract de achiziții publice de lucrări să fie executat în mod eficient și corespunzător [41]. Acest lucru este valabil în special atunci când lucrările în cauză sunt considerate necesare pentru asigurarea securității naționale, care, în conformitate cu articolul 4 alineatul (2) TUE, se numără printre funcțiile esențiale ale statului pe care Uniunea Europeană trebuie să le respecte [42]. Astfel, un ofertant poate fi obligat să facă dovada că

36 — Hotărârea din 23 decembrie 2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, punctul 37 și jurisprudența citată).

37 — Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 28).

38 — A se vedea prin analogie Hotărârea din 10 octombrie 2013, Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, punctul 34) și Hotărârea din 14 ianuarie 2016, Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2016:6, punctul 24). A se vedea de asemenea Concluziile noastre prezentate în cauza Wrocław-Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2015:761, punctul 30).

39 — A se vedea, *inter alia*, Hotărârea din 27 octombrie 2005, Contse și alții (C-234/03, EU:C:2005:644, punctul 25) și Hotărârea din 10 iulie 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, punctul 31). A se vedea de asemenea, cu privire la principiul proporționalității aplicat ca principiu general al dreptului Uniunii în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor care nu intră în domeniul de aplicare al Directivei 2004/17 sau al Directivei 2004/18, Hotărârea din 22 octombrie 2015, Impresa Edilux și SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721, punctul 29).

40 — Directiva 2004/17 nu conține nicio normă comparabilă cu această dispoziție.

41 — A se vedea prin analogie Hotărârea din 14 iulie 2016, Wrocław-Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, punctul 34 și jurisprudența citată). A se vedea de asemenea Concluziile noastre prezentate în cauza respectivă, EU:C:2015:761, punctul 32 și jurisprudența citată.

42 — Aspectul dacă considerațiile legate de securitatea națională ar putea fi de natură să justifice o restricție în calea principiilor tratatului relevante în prezenta cauză reprezintă o chestiune diferită care nu necesită să fie abordată aici.

dispune efectiv de mijloacele entităților sau întreprinderilor invocate, care nu îi aparțin în mod exclusiv și care sunt necesare pentru executarea unui contract determinat [43]. Prin urmare, autoritatea contractantă are dreptul de a interzice folosirea unor subcontractanți ale căror capacități nu le-a putut verifica în etapa examinării ofertelor și a selectării adjudecatarului pentru executarea unor părți esențiale ale contractului [44].

50. Cu toate acestea, restricția adusă libertății de a presta servicii și libertății de stabilire impuse de articolul 24 alineatul 5 din Legea privind achizițiile publice nu apare ca fiind proporțională în raport cu acest obiectiv.

51. În primul rând, această restricție se aplică chiar și în cazul în care autoritatea contractantă este, de fapt, în măsură să verifice capacitatea tehnică și economică a subcontractanților în cursul procedurii de atribuire. O alternativă la această restricție ar fi fost (de exemplu) să se solicite antreprenorului principal să identifice subcontractanții în momentul depunerii ofertei sale și să demonstreze atât că va avea în mod real la dispoziție resursele acestora necesare pentru executarea contractului, cât și că acești subcontractanți sunt potriviți pentru îndeplinirea sarcinilor pe care acesta intenționează să le încredințeze lor.

52. În al doilea rând, articolul 24 alineatul 5 este de asemenea *prea rigid* și *prea vag* pentru a trece testul proporționalității. Cu toate că autoritățile contractante par să beneficieze de flexibilitate atunci când definesc, pentru fiecare contract, care este „lucrarea principală”, limitarea subcontractării care rezultă din această dispoziție este definită în termeni deosebit de largi. Aceasta se aplică indiferent de obiectul contractului de achiziții publice de lucrări și este obligatorie pentru autoritățile contractante atunci când încheie orice tip de contract de achiziții publice de lucrări, chiar și atunci când acestea ar putea considera că nu există niciun motiv evident pentru a impune o astfel de restricție.

53. Astfel cum susține Comisia, limitarea subcontractării prevăzută la articolul 24 alineatul 5 din Legea privind achizițiile publice diferă în această privință de articolul 79 alineatul (3) din Directiva 2014/25. Această din urmă dispoziție doar dă *posibilitatea* unei entități contractante în special să impună ca anumite sarcini *esențiale* să fie efectuate direct de către ofertantul însuși. Entitățile contractante au astfel posibilitatea de a aprecia dacă o astfel de limitare este oportună, în funcție de circumstanțe. În consecință, chiar dacă, astfel cum susține guvernul lituanian, articolul 24 alineatul 5 din Legea privind achizițiile publice ar trebui să fie considerat ca reprezentând transpunerea articolului 79 alineatul (3) din Directiva 2014/25 în dreptul lituanian [45], transpunerea respectivă ar fi eronată.

54. Pentru aceste motive, considerăm că, în contextul unui contract de achiziții publice care nu intră în domeniul de aplicare al Directivei 2004/17 sau al Directivei 2004/18, dar care prezintă un interes transfrontalier clar, interdicția privind discriminarea pe motiv de cetățenie sau naționalitate, precum și obligația de transparență care rezultă din articolele 49 și 56 TFUE se opun unei reglementări naționale precum articolul 24 alineatul 5 din Legea privind achizițiile publice, conform căreia ofertantul însuși trebuie să execute „lucrarea principală”, astfel cum a fost identificată de către autoritatea contractantă, fără să fie posibil să subcontracteze acea parte a contractului.

43 — A se vedea prin analogie Hotărârea din 7 aprilie 2016, Partner Dariusz Apelski (C-324/14, EU:C:2016:214, punctul 37 și jurisprudența citată).

44 — A se vedea prin analogie Hotărârea din 18 martie 2004 (Siemens și ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, punctul 45) și Hotărârea din 14 iulie 2016, Wrocław-Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, punctul 34).

45 — A se vedea punctul 25 de mai sus.

Legalitatea punctului 4.3 din caietul de sarcini [întrebarea 1 litera b)]

55. Litera b) a primei întrebări ridică problema dacă dreptul Uniunii Europene se opune unor cerințe incluse în caietul de sarcini care prevăd că, în cazul în care partenerii propun cumularea capacităților lor prin prezentarea unei oferte comune, trebuie să existe o corespondență aritmetică între partea proporțională din contract pe care fiecare partener al unui contractul de colaborare o realizează și contribuția sa la întrunirea unei condiții privind experiența profesională.

56. În cauza aflată pe rolul instanței naționale, punctul 4.3 din caietul de sarcini privește atribuirea contractului de achiziții publice. Cerința respectivă trebuie coroborată cu cerințele de la punctul 4.2.3 din caietul de sarcini, care impun ca ofertele depuse de partenerii unui contract de colaborare să indice angajamentele (lucrările sau serviciile) asumate de fiecare dintre aceștia, precum și ponderea procentuală a acestor angajamente. În consecință, autoritatea contractantă este în măsură să verifice, atunci când analizează ofertele și selectează ofertantul câștigător, că fiecare partener va fi responsabil pentru partea din lucrări sau din servicii corespunzătoare contribuției sale la îndeplinirea cerinței referitoare la experiența profesională de la punctul 3.2.1 din caietul de sarcini.

57. Principiile pe care le-am expus mai sus cu privire la subcontractare sunt relevante și pentru partenerii unui contract de colaborare atunci când aceștia își pun în comun capacitățile [46].

58. În opinia noastră, o cerință precum cea prevăzută la punctul 4.3 din caietul de sarcini poate să limiteze flexibilitatea partenerilor unui contract de colaborare. Acest lucru nu afectează doar modul în care aceștia convin să își împartă responsabilitățile asumate la momentul prezentării ofertei lor comune, ci îi împiedică de asemenea să modifice ulterior contribuția fiecărui partener la contractul de lucrări, în cazul în care contractul le este atribuit.

59. Astfel, cerința de la punctul 4.3 din caietul de sarcini este de natură să aibă un efect disuasiv asupra operatorilor economici stabiliți în alte state membre. Aceasta va afecta operatorii care doresc să se stabilească în statul membru respectiv prin înființarea unui grup permanent, constituit eventual din întreprinderi având naționalitatea acelui stat membru și întreprinderi străine. De asemenea, aceasta va afecta operatorii care ar dori să își ofere serviciile prin aderarea la astfel de grupuri deja constituite, cu scopul de a putea participa mai ușor la proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice inițiate de autorități contractante ale acestui stat membru [47]. Prin urmare, o astfel de cerință constituie o restricție în sensul articolelor 49 și 56 din TFUE.

60. Autoritatea Portuară și guvernul lituanian susțin în esență că punctul 4.3 din caietul de sarcini urmărește doar să asigure că fiecare partener al unui contract de colaborare are capacitatea profesională de a executa acea parte a contractului de achiziții publice de lucrări pentru care va fi responsabil.

61. Am arătat deja că obiectivul asigurării unei bune executări a unui contract de achiziții publice poate justifica o restrângere (nediscriminatorie) a libertății de a presta servicii și a libertății de stabilire [48]. Partenerii care acționează în temeiul unui contract de colaborare pot fi în măsură să îndeplinească *în mod colectiv* cerința/cerințele referitoare la capacitatea profesională (inclusiv experiența profesională) prevăzute de autoritatea contractantă, atunci când depun o ofertă. Acest lucru nu garantează în niciun mod, cu toate acestea, faptul că fiecărui partener îi vor fi efectiv încredințate acele sarcini specifice pentru care capacitatea sa profesională a fost verificată înainte de atribuirea contractului respectiv. În consecință, articolele 49 și 56 TFUE, nu se opun în principiu ca o autoritate contractantă să solicite ca ofertele depuse în temeiul acordurilor de colaborare să precizeze

46 — A se vedea punctele 43-45, 47 și 49 din prezentele concluzii.

47 — A se vedea prin analogie Hotărârea din 23 decembrie 2009, Serrantoni și Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, punctul 42).

48 — A se vedea punctul 49 din prezentele Concluzii.

modul în care diferitele sarcini vor fi distribuite între parteneri, să verifice capacitatea fiecărui partener de a îndeplini sarcinile pentru care va fi responsabil și să monitorizeze faptul că, în urma atribuirii contractului, fiecare partener își îndeplinește în mod corespunzător acele sarcini pentru care și-a demonstrat capacitatea profesională [49].

62. Cu toate acestea, punctul 4.3 din caietul de sarcini în cauză în prezenta speță nu este potrivit pentru a asigura atingerea acestui obiectiv.

63. Acest punct impune existența unei corespondențe aritmetice între contribuția fiecărui partener la cerința referitoare la experiență profesională prevăzută la punctul 3.2.1 și „volumul” (sau valoarea monetară a) sarcinilor îndeplinite efectiv de respectivul partener atunci când execută contractul.

64. Astfel cum arată Comisia în mod corect, cerința în cauză *nu are legătură* cu *lucrările sau serviciile specifice* solicitate pentru a executa în mod corespunzător contractul de achiziții publice în cauză. De exemplu, fiecare partener care operează în cadrul unui contract de colaborare ar putea fi în măsură să demonstreze că a dobândit experiență în construcția sau reconstrucția de cheiuri pentru porturile maritime în ultimii cinci ani. Astfel, în mod colectiv, partenerii îndeplinesc cerința de experiență profesională prevăzută la punctul 3.2.1 din caietul de sarcini. Cu toate acestea, fiecare dintre aceștia ar putea să aibă o specializare diferită în domeniul construcțiilor de cheiuri pentru porturile maritime, precum dragarea bazinelor portuare, turnarea fundației, construirea de pereți din oțel cu caneluri sau furnizarea și instalarea echipamentelor pentru cheiuri maritime. Cerința formulată la punctul 4.3 nu împiedică un partener individual să efectueze sarcini specifice pentru care de fapt nu are o astfel de experiență (deși, în termeni aritmetici, respectivele sarcini ar putea corespunde contribuției sale la îndeplinirea cerinței prevăzute la punctul 3.2.1 din caietul de sarcini și, prin urmare, să respecte punctul 4.3 din acesta).

65. În consecință, considerăm că obiectivul asigurării bunei executări a contractului de achiziții publice nu poate să justifice, într-o situație precum cea descrisă în procedura principală, restricția privind libertatea de a presta servicii și libertatea de stabilire care rezultă din cuprinsul punctului 4.3 din caietul de sarcini. Acest lucru este cu atât mai valabil cu cât chiar sarcinile care reprezintă o mică parte din valoarea totală a contractului pot fi esențiale pentru buna execuție a acestuia [50].

66. Autoritatea Portuară susține că respectarea principiilor egalității de tratament al ofertanților și transparenței impune ca doar capacitățile profesionale care vor fi efectiv utilizate pentru executarea contractului de achiziții publice să poată fi luate în considerare la evaluarea capacității profesionale a partenerilor individuali care au încheiat un unui contract de colaborare.

67. Deși obiectivele menționate sunt legitime [51], acest argument nu poate fi admis. Ca răspuns la o întrebare adresată de Curte în ședință, Autoritatea Portuară a explicat că cerințele prevăzute în caietul de sarcini nu au împiedicat partenerii care au depus ofertă în temeiul unui contract de colaborare, în același fel ca alți ofertanți, să subcontracteze executarea contractului de achiziții publice de lucrări (cu excepția „lucrării principale”) și că, în aceste împrejurări, experiența profesională a subcontractanților *nu* a trebuit să fie declarată în momentul depunerii ofertei comune. Prin urmare, contrar celor afirmate de Autoritatea Portuară, caietul de sarcini din procedura principală nu a asigurat, de fapt, că capacitățile profesionale pe care partenerii au declarat că le dețineau la momentul depunerii ofertei comune și pe care autoritatea contractantă le-a verificat ar fi efectiv utilizate pentru executarea contractului de achiziții publice de lucrări în cauză.

49 — Raționamentul subiacent este același ca și în contextul subcontractării. A se vedea punctul 49 din prezentele concluzii și prin analogie jurisprudența citată la notele de subsol 43 și 44.

50 — De exemplu, hidroizolarea unei infrastructuri.

51 — A se vedea în acest sens Hotărârea din 23 decembrie 2009, Serrantoni și Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, punctele 31 și 32 și jurisprudența citată) și Hotărârea din 22 octombrie 2015 (Impresa Edilux și SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, punctul 36).

68. În consecință, concluzionăm că, în contextul unui contract de achiziții publice cu o valoare mai mică decât pragul prevăzut de Directiva 2004/17 sau de Directiva 2004/18, dar care prezintă un interes transfrontalier clar, interdicția privind discriminarea pe motiv de cetățenie sau naționalitate, precum și obligația de transparență care decurge din articolele 49 TFUE și 56 TFUE se opun unei cerințe precum cea cuprinsă la punctul 4.3 din caietul de sarcini în cauză, care prevede că, în cazul în care partenerii propun punerea în comun a capacităților lor profesionale prin prezentarea unei oferte comune, trebuie să existe o corespondență aritmetică între partea proporțională din contract pe care fiecare partener al contractului de colaborare o execută și contribuția sa la îndeplinirea unei condiții privind experiența profesională.

Legalitatea modificărilor aduse punctului 4.3 din caietul de sarcini în cursul procedurii de atribuire a contractului (întrebarea 2)

69. Principiile egalității de tratament și nediscriminării pe motiv de cetățenie sau naționalitate care decurg din cuprinsul articolelor 49 și 56 TFUE, precum și obligația de transparență pe care acestea o implică se opun modificării de către Autoritatea Portuară a punctului 4.3 din caietul de sarcini, astfel cum a procedat aceasta?

70. Jurisprudența Curții privind interpretarea articolului 2 din Directiva 2004/18 oferă orientări utile pentru a răspunde la această întrebare. Potrivit acestei dispoziții, „[a]utoritățile contractante tratează operatorii economici în mod egal și fără discriminare și acționează potrivit principiului transparenței”. Această dispoziție se întemeiază, prin urmare, pe principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și pe obligația de transparență, care rezultă din TFUE [52].

71. Astfel, Curtea a statuat că atât principiul egalității de tratament, cât și obligația de transparență care decurge din acesta impun ca obiectul fiecărui contract, precum și criteriile de atribuire a acestuia să fie stabilite în mod clar de la începutul procedurii de atribuire [53]. Principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor. Acest lucru implică aspectul ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții [54]. Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză [55].

72. În consecință, o autoritate contractantă nu poate modifica, nici măcar prin efectuarea unor rectificări, conținutul condițiilor esențiale ale contractului, astfel cum aceste condiții au fost formulate în caietul de sarcini, condiții pe care s-au întemeiat în mod legitim operatorii economici interesați pentru a adopta decizia de pregătire a prezentării unei oferte sau, dimpotrivă, pentru a renunța la participarea la procedura de atribuire a contractului în cauză [56].

52 — Hotărârea din 7 septembrie 2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, punctul 34).

53 — Hotărârea din 10 decembrie 2009, Comisia/Franța (C-299/08, EU:C:2009:769, punctul 41) și Hotărârea din 10 mai 2012, Comisia/Țările de Jos (C-368/10, EU:C:2012:284, punctul 56).

54 — Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44).

55 — A se vedea, *inter alia*, Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată); a se vedea de asemenea Hotărârea din 10 mai 2012, Comisia/Țările de Jos (C-368/10, EU:C:2012:284, punctul 88).

56 — Hotărârea din 10 mai 2012, Comisia/Țările de Jos (C-368/10, EU:C:2012:284, punctul 55).

73. Aceleași principii se aplică în cazul în care un contract care nu este reglementat de Directiva 2004/18 are un interes transfrontalier evident. În Hotărârea Enterprise Focused Solutions [57], Curtea a statuat că autoritatea contractantă nu poate recurge, după publicarea unui anunț de participare, la o modificare a specificației tehnice referitoare la un element al unui contract, cu încălcarea principiilor egalității de tratament și nediscriminării, precum și a obligației de transparență [58]. Aceasta este în concordanță cu alte hotărâri în care Curtea a precizat că principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun, de regulă, modificării unei oferte după depunerea sa, fie la inițiativa autorității contractante, fie la cea a ofertantului în cauză, cu excepția cazului în care printr-o astfel de modificare este înlăturată o eroare materială evidentă sau este clarificat un detaliu din ofertă [59].

74. În prezenta cauză, Autoritatea Portuară a încălcat aceste principii prin dubla modificare a punctului 4.3 din caietul de sarcini.

75. În primul rând, astfel cum susține Comisia, aceste modificări nu pot fi considerate drept clarificări minore cu privire la punctul respectiv sau corectarea unei erori materiale. Versiunea originală a punctului 4.3 permitea în mod clar ca cerința privind capacitatea profesională prevăzută la punctul 3.2.1 din caietul de sarcini să fie îndeplinită de cel puțin un partener al contractului de colaborare *sau* de către toți partenerii în ansamblul lor. Ambele modificări (din 24 aprilie și din 9 mai 2014) au introdus restricții cu privire la demonstrarea capacității profesionale în cazul unui contract de colaborare. Aceste restricții în mod evident nu făceau parte din versiunea inițială a punctului respectiv. Dimpotrivă, acestea au modificat substanța punctului 4.3 din caietul de sarcini pe care se întemeiau deja în mod legitim operatorii economici interesați pentru a adopta decizia de pregătire a depunerii unei oferte sau, dimpotrivă, pentru a renunța la participarea la procedura de atribuire a contractului în cauză. Pentru acest motiv, nu suntem de acord Autoritatea Portuară, care susține că ofertanții suficient de informați puteau anticipa respectivele modificări.

76. În plus, Autoritatea Portuară nu a prezentat nicio justificare obiectivă pentru a explica motivul pentru care a adus de două ori modificări substanțiale punctului 4.3 din caietul de sarcini, după publicarea cererii de oferte inițiale. Astfel, deși este în definitiv de competența instanței de trimitere să verifice acest aspect, ca unică instanță care decide asupra situației de fapt, nimic din materialul aflat la dispoziția Curții nu sugerează că aceste modificări au devenit necesare ca urmare a unei schimbări fundamentale a împrejurărilor în care contractul de achiziții publice în cauză trebuia să fie atribuit sau realizat de la publicarea cererii de ofertă.

77. Este posibil să ne imaginăm împrejurările în care o astfel de schimbare fundamentală ar putea avea loc, iar autoritatea contractantă ar fi confruntată cu dilema dacă ar trebui să reia procedura de atribuire *ab initio* sau să modifice caietul de sarcini. Fiecare dintre aceste soluții ar prezenta dezavantaje, din punctul de vedere al costurilor irosite pentru cei deja angajați în procesul inițial de ofertare, și ar apărea probleme evidente, în special în ceea ce privește riscul de abuz sau de manipulare, necesitatea transparenței și egalității de tratament între (potențialii) ofertanți, precum și (posibila) rambursare a (unei părți din) costurile irosite. Din fericire, în prezenta cauză, Curtea nu trebuie să se pronunțe cu privire la niciunul dintre aceste aspecte dificile și nu intenționăm să le explorăm în continuare.

78. Având în vedere împrejurările din prezenta cauză, concluzionăm, așadar, că interdicția de discriminare pe motiv de cetățenie sau naționalitate, precum și obligația de transparență care decurge din articolele 49 și 56 TFUE se opun unor modificări ale caietului de sarcini precum cele în discuție în procedura principală, care introduc restricții privind demonstrarea capacității profesionale de către partenerii care au încheiat un contract de colaborare care, în mod evident, nu au fost incluse în versiunea originală a caietului de sarcini.

57 — Hotărârea din 16 aprilie 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228).

58 — Hotărârea din 16 aprilie 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, punctul 29).

59 — A se vedea, *inter alia*, Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, punctele 31 și 32).

79. Această concluzie nu poate fi combătută prin faptul că modificările au avut loc înainte de prezentarea oricărei oferte sau prin faptul că Autoritatea Portuară a publicat modificările în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* și a prelungit termenul de depunere a ofertelor. Astfel cum am explicat mai sus, modificările succesive de la punctul 4.3 din caietul de sarcini efectuate de către Autoritatea Portuară au presupus o modificare esențială a condițiilor în care oferta putea fi prezentată de partenerii care au încheiat un contract de colaborare, fără nicio justificare obiectivă [60].

80. În cele din urmă, am dori să subliniem că analiza noastră se referă la situația specifică din procedura principală. În consecință, aceasta nu aduce atingere în niciun fel modului în care principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din TFUE s-ar aplica în circumstanțe diferite.

Concluzie

81. În lumina tuturor considerațiilor de mai sus, apreciem că răspunsul Curții la întrebările adresate de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Curtea Supremă a Lituaniei) ar trebui enunțat după cum urmează:

„1) În contextul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența Directivei 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale sau a Directivei 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, dar care prezintă un interes transfrontalier clar, interdicția privind discriminarea pe motiv de cetățenie sau naționalitate, precum și obligația de transparență care rezultă din articolele 49 și 56 TFUE se opun unei reglementări naționale precum articolul 24 alineatul 5 din Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (Legea privind achizițiile publice), conform căreia ofertantul trebuie să execute el însuși «lucrarea principală», astfel cum a fost identificată de către autoritatea contractantă, fără să fie posibil să subcontracteze acea parte a contractului.

2) În același context, interdicția privind discriminarea pe motiv de cetățenie sau naționalitate, precum și obligația de transparență care decurge din articolele 49 TFUE și 56 TFUE se opun unei cerințe precum cea cuprinsă la punctul 4.3 din caietul de sarcini în cauză, care prevede că, în cazul în care partenerii își propun punerea în comun a capacităților lor profesionale prin prezentarea unei oferte comune, trebuie să existe o corespondență aritmetică între partea proporțională din contract pe care fiecare partener implicat în activități comune o realizează și contribuția sa la îndeplinirea unei cerințe privind experiența profesională.

3) Interdicția de discriminare pe motiv de cetățenie sau naționalitate, precum și obligația de transparență care decurge din articolele 49 și 56 TFUE se opun unor modificări a caietului de sarcini precum cele în discuție în procedura principală, care introduc, fără o justificare obiectivă, restricții privind demonstrarea capacității profesionale de către partenerii care au încheiat un contract de colaborare, modificări care în mod evident nu au fost incluse în versiunea originală a caietului de sarcini.”

60 — A se vedea punctele 75 și 76 de mai sus.