Συλλογή της Νομολογίας

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
NIILO JÄÄSKINEN
της 8ης Σεπτεμβρίου 2015 [1]

Υπόθεση C-324/14

PARTNER Apelski Dariusz
κατά
Zarząd Oczyszczania Miasta
[αίτηση του Krajowa Izba Odwoławcza (Πολωνία)

για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως]

«Δημόσιες συμβάσεις — Οδηγία 2004/18/ΕΚ — Άρθρο 48, παράγραφος 3 — Τεχνολογικές και επαγγελματικές ικανότητες οικονομικού φορέα — Στήριξη του προσφέροντος, "ενδεχομένως", στις δυνατότητες άλλων φορέων — Χαρακτήρας των δεσμών του προσφέροντος με αυτούς τους άλλους φορείς — Είδος και βαθμός της χρήσεως των δυνατοτήτων άλλων φορέων — Λεπτομέρειες που προβλέπονται από την προκήρυξη του διαγωνισμού — Συνάφεια της οδηγίας 2014/24/ΕΕ με την ερμηνεία της οδηγίας 2004/18»

I – **Εισαγωγή**

1. Η υπό κρίση αίτηση προδικαστικής αποφάσεως που υποβλήθηκε από το Krajowa Izba Odwoławcza αφορά δύο νομικά ζητήματα τα οποία συνδέονται με το πεδίο του δικαίου δημοσίων συμβάσεων καθώς και ένα τρίτο που αφορά το ευρύτερο ζήτημα του κατά πόσον μια οδηγία, η οποία δεν έχει ακόμη τεθεί σε ισχύ ratione temporis κατά τον κρίσιμο χρόνο και η προθεσμία μεταφοράς της στο εθνικό δίκαιο δεν έχει ακόμη παρέλθει, μπορεί να χρησιμεύσει ως κατευθυντήρια γραμμή για την ερμηνεία της οδηγίας την οποία πρόκειται τελικά να αντικαταστήσει.

2. Πιο συγκεκριμένα, η Zarząd Oczyszczania Miasta, (η δημοτική επιχείρηση καθαριότητας, στο εξής: αναθέτουσα αρχή), μια οργανωτική μονάδα της πρωτεύουσας Βαρσοβίας, απέκλεισε την PARTNER Dariusz Apelski (στο εξής: PARTNER) από τη διαδικασία για την ανάθεση δημοσίας συμβάσεως με αντικείμενο τον καθαρισμό των οδών της Βαρσοβίας με μηχανικά μέσα. Η αναθέτουσα αρχή προέβη σε αυτή την ενέργεια διότι δεν πείσθηκε ότι η PARTNER μπορούσε να εκτελέσει προσηκόντως τη σύμβαση, δεδομένου ότι μέρος της προσφοράς της περιελάμβανε υπηρεσίες οι οποίες επρόκειτο να παρασχεθούν από τρίτο φορέα ο οποίος είχε την έδρα του σε μία διαφορετική και σχετικά απομονωμένη πολωνική πόλη.

3. Με την πρώτη ομάδα προδικαστικών ερωτημάτων που υποβλήθηκαν από το Krajowa Izba Odwoławcza, το Δικαστήριο ερωτάται, κατ' ουσίαν, αν και όχι αποκλειστικά, σχετικά με το τι πρέπει να αποδείξει ένας οικονομικός φορέας στην περίπτωση που στηρίζεται στις «δυνατότητες άλλων φορέων» για μια συγκεκριμένη σύμβαση σύμφωνα με το άρθρο 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η αγγλική.

συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών [2]. Τα ερωτήματα αυτά θίγουν επίσης ζητήματα σχετικά με το περιεχόμενο της προκηρύξεως του διαγωνισμού και τη διευκρίνιση της προσφοράς. Η δεύτερη ομάδα ερωτημάτων αφορά τις περιστάσεις υπό τις οποίες ηλεκτρονικός πλειστηριασμός που έχει ήδη περατωθεί από την αναθέτουσα αρχή μπορεί να ακυρωθεί για παρατυπίες που έλαβαν χώρα κατά τη διαδικασία υποβολής προσφορών.

4. Τέλος, με το καταληκτικό ερώτημα, το Δικαστήριο ερωτάται αν η οδηγία 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 [3], μπορεί να χρησιμεύσει ως κατευθυντήρια γραμμή για την ερμηνεία της οδηγίας 2004/18 προκειμένου να επιλυθούν τα προβλήματα που ανακύπτουν στην υπό κρίση υπόθεση, παρά το γεγονός ότι η οδηγία 2014/24 δεν είχε ακόμη τεθεί σε ισχύ κατά τον χρόνο δημοσιεύσεως της διαδικασίας αναθέσεως της συμβάσεως.

II – **Νομικό πλαίσιο**

A – *Οδηγία 2004/18*

5. Το άρθρο 2 της οδηγίας 2004/18, το οποίο φέρει τον τίτλο «Αρχές που διέπουν τη σύναψη συμβάσεων», ορίζει ότι «[ο]ι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια».

6. Το άρθρο 44 της οδηγίας 2004/18, το οποίο επιγράφεται «Έλεγχος της καταλληλότητας, επιλογή των συμμετεχόντων και ανάθεση των συμβάσεων», προβλέπει τα εξής:

«1. Οι συμβάσεις ανατίθενται βάσει των κριτηρίων που ορίζονται στα άρθρα 53 και 55, λαμβανομένου υπόψη του άρθρου 24, αφού οι αναθέτουσες αρχές ελέγξουν την καταλληλότητα των οικονομικών φορέων που δεν έχουν αποκλεισθεί σύμφωνα με τα άρθρα 45 και 46. Ο έλεγχος της καταλληλότητας πραγματοποιείται από τις αναθέτουσες αρχές σύμφωνα με τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και των επαγγελματικών και τεχνικών γνώσεων ή ικανοτήτων που αναφέρονται στα άρθρα 47 έως 52, και, εφόσον συντρέχει περίπτωση, με τα αμερόληπτα κριτήρια και τους κανόνες που αναφέρονται στην παράγραφο 3.

2. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα ελάχιστα επίπεδα ικανοτήτων, σύμφωνα με τα άρθρα 47 και 48, τα οποία πρέπει να καλύπτουν οι υποψήφιοι και οι προσφέροντες.

Η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στα άρθρα 47 και 48 καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για μια δεδομένη σύμβαση, πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης.

Τα ελάχιστα αυτά επίπεδα αναφέρονται στην προκήρυξη διαγωνισμού.

[…]»

7. Το άρθρο 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18, με τίτλο «Τεχνικές ή/και επαγγελματικές ικανότητες», ορίζει τα εξής:

«1. Οι τεχνικές ή/και επαγγελματικές ικανότητες των οικονομικών φορέων αξιολογούνται και ελέγχονται σύμφωνα με τις παραγράφους 2 και 3.

2 — ΕΕ L 134, σ. 114.

3 — ΕΕ L 94, σ. 65.

2. Οι τεχνικές ικανότητες των οικονομικών φορέων μπορούν να αποδεικνύονται με έναν ή περισσότερους από τους ακόλουθους τρόπους, ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των προμηθειών, ή των υπηρεσιών:

(α) (i) […]

(ii) υποβολή καταλόγου των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν κατά την προηγούμενη τριετία, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη.

[…]

3. Ένας οικονομικός φορέας μπορεί, ενδεχομένως και για μια συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, πρέπει να αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι, για την εκτέλεση της σύμβασης, θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, παραδείγματος χάριν με την προσκόμιση της δέσμευσης των φορέων αυτών να θέσουν στη διάθεση του οικονομικού φορέα τους αναγκαίους πόρους.

[…]»

8. Το άρθρο 51 της οδηγίας 2004/18, το οποίο τιτλοφορείται «Συμπληρωματική τεκμηρίωση και πληροφορίες», ορίζει ότι «[η] αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώνουν ή να διευκρινίζουν τα πιστοποιητικά και έγγραφα που υπέβαλαν κατ' εφαρμογή των άρθρων 45 έως 50».

9. Το άρθρο 54 της οδηγίας 2004/18, με τίτλο «Χρησιμοποίηση ηλεκτρονικών πλειστηριασμών», προβλέπει τα ακόλουθα:

«1. Τα κράτη μέλη δύνανται να προβλέπουν τη δυνατότητα για τις αναθέτουσες αρχές να προσφεύγουν σε ηλεκτρονικούς πλειστηριασμούς.

[…]

4. Προτού προβούν στον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό, οι αναθέτουσες αρχές διενεργούν μια πρώτη πλήρη αξιολόγηση των προσφορών σύμφωνα με το επιλεγμένο κριτήριο ή τα επιλεγμένα κριτήρια ανάθεσης και με τη στάθμισή τους, όπως έχουν καθορισθεί.

Όλοι οι προσφέροντες που έχουν υποβάλει παραδεκτές προσφορές καλούνται ταυτόχρονα, με ηλεκτρονικά μέσα, να υποβάλουν νέες τιμές ή/και νέες αξίες. […]

[…]

8. Μετά την περάτωση του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού, οι αναθέτουσες αρχές αναθέτουν τη σύμβαση σύμφωνα με το άρθρο 53, σε συνάρτηση με τα αποτελέσματα του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού.

Οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να χρησιμοποιούν τον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό καταχρηστικά ή κατά τρόπο που να εμποδίζει, να περιορίζει ή να στρεβλώνει τον ανταγωνισμό ή να τροποποιεί το αντικείμενο της σύμβασης, όπως αυτό έχει καθορισθεί στη δημοσίευση της προκήρυξης του διαγωνισμού και προσδιορισθεί στη συγγραφή υποχρεώσεων.»

Β – *Οδηγία 2014/24*

10. Το άρθρο 63 της οδηγίας 2014/24 επιγράφεται «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων» και προβλέπει τα ακόλουθα:

«1. Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στο άρθρο 58, παράγραφος 3, και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στο άρθρο 58, παράγραφος 4, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, εφόσον συντρέχει περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στο παράρτημα XII μέρος II στοιχείο στ) ή με τη σχετική επαγγελματική πείρα, οι οικονομικοί φορείς μπορούν, ωστόσο, να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν αυτές θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Σε περίπτωση που οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, παραδείγματος χάριν, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό.

[…]

2. Στην περίπτωση συμβάσεων έργων, συμβάσεων υπηρεσιών και εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης αγαθών, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα […].»

11. Το άρθρο 90, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/24, το οποίο φέρει τον τίτλο «Μεταφορά στο εθνικό δίκαιο και μεταβατικές διατάξεις», ορίζει ότι «[τ]α κράτη μέλη θέτουν σε ισχύ τις αναγκαίες νομοθετικές, κανονιστικές και διοικητικές διατάξεις για να συμμορφωθούν με την παρούσα οδηγία μέχρι τις 18 Απριλίου 2016 [και α]νακοινώνουν αμέσως στην Επιτροπή το κείμενο των εν λόγω διατάξεων». Σύμφωνα με το άρθρο 93, η οδηγία 2014/24 τέθηκε σε ισχύ την 20ή ημέρα από τη δημοσίευσή της στην Επίσημη Εφημερίδα, η οποία έλαβε χώρα στις 28 Μαρτίου 2014.

III – **Πραγματικά περιστατικά, διαδικασία και προδικαστικά ερωτήματα**

12. Η αναθέτουσα αρχή οργάνωσε διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως με αντικείμενο τον «[γ]ενικό καθαρισμό με μηχανικά μέσα των οδών κυκλοφορίας οχημάτων της πρωτεύουσας Βαρσοβία για τις χειμερινές και θερινές περιόδους των ετών 2014 έως 2017 — Φάση Ι». Η διαδικασία δημοσιεύθηκε στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης* της 24ης Δεκεμβρίου 2013, δεδομένου ότι η αξία της συμβάσεως υπερέβαινε τα κατώτατα χρηματικά όρια, όπως προβλέπονται στο δίκαιο της Ένωσης. Η αναθέτουσα αρχή είχε διαχωρίσει το αντικείμενο της συμβάσεως σε οκτώ μέρη που αφορούσαν διαφορετικές περιοχές της Βαρσοβίας και επέτρεψε στους προσφέροντες να υποβάλουν επί μέρους προσφορές για κάθε τμήμα, χωρίς να επιβάλει περιορισμούς ως προς τον αριθμό των τμημάτων για τα οποία κάθε οικονομικός φορέας μπορούσε να υποβάλει προσφορά. Επίσης, διεξήγαγε ανοικτή διαδικασία (διαδικασία συνάψεως συμβάσεως χωρίς περιορισμούς), η οποία προέβλεπε τη διενέργεια ηλεκτρονικού πλειστηριασμού.

13. Ο καθαρισμός κατά την χειμερινή περίοδο συνίσταται στην πρόληψη του σχηματισμού και στην απομάκρυνση του πάγου μέσω της ρίψεως αλατιού και στον εκχιονισμό των εθνικών, τοπικών και δημοτικών οδών που χρησιμοποιούνται για τις δημόσιες αστικές συγκοινωνίες. Ο καθαρισμός κατά τη θερινή περίοδο συνίσταται στη σάρωση και τον καταιονισμό των οδών. Σύμφωνα με τη συγγραφή υποχρεώσεων, οι οικονομικοί φορείς έπρεπε να αποδείξουν ότι κατά τα τελευταία τρία έτη πριν από

τη λήξη της προθεσμίας για την υποβολή των προσφορών τους ή, εν πάση περίπτωση, καθ' όλη τη διάρκεια της, έστω βραχύτερης, περιόδου δραστηριοποιήσεώς τους, είχαν εκτελέσει ή εκτελούσαν ακόμη εργασίες ή εργασία καθαρισμού των οδών κατά τη χειμερινή περίοδο με συνολική αξία έργου τουλάχιστον 1 000 000 πολωνικών ζλότι (στο εξής: PLN).

14. Η αναθέτουσα αρχή επισήμανε ότι κατά την αξιολόγηση του αν πληρούνταν η συγκεκριμένη προϋπόθεση θα λάμβανε υπόψη της μόνο υπηρεσίες στις οποίες χρησιμοποιείται η τεχνολογία της εκ των προτέρων υγράνσεως (διαδικασία υγρού άλατος) για την πρόληψη του σχηματισμού ή την απομάκρυνση του πάγου [4]. Η αναθέτουσα αρχή τόνισε επίσης ότι, αν υποβάλλονταν προσφορές για περισσότερα από ένα τμήματα της συμβάσεως, ο οικονομικός φορέας θα έπρεπε να έχει εκτελέσει εργασίες αντίστοιχης υψηλότερης αξίας, δηλαδή εργασίες ποσού 1 000 000 PLN πολλαπλασιαζόμενου με τον αριθμό των τμημάτων για τα οποία είχε υποβληθεί προσφορά. Επομένως, οικονομικός φορέας ο οποίος επρόκειτο να υποβάλει προσφορά για τα οκτώ τμήματα της συμβάσεως θα έπρεπε να αποδείξει την εκτέλεση εργασιών αξίας τουλάχιστον 8 000 000 PLN [5].

15. Στον κατάλογο υπηρεσιών που επισύναψε στην προσφορά της η PARTNER αναφερόταν σε 14 υπηρεσίες, 12 εκ των οποίων στηρίζονταν στη δική της πείρα και 2 στην πείρα της PUM Sp. z o.o. (στο εξής: PUM), μιας επιχειρήσεως με έδρα το Grudziądz (το οποίο απέχει περίπου 227 χιλιόμετρα από τη Βαρσοβία), ως τρίτου φορέα στις δυνατότητες του οποίου θα βασιζόταν η PARTNER. Στην προσφορά που υπέβαλε η PARTNER, επισύναψε ένα έγγραφο με το οποίο η PUM αναλάμβανε τη δέσμευση να «διαθέσει τους αναγκαίους πόρους». Το έγγραφο προσδιόριζε με ποιον τρόπο θα χρησιμοποιούνταν οι πόροι που επρόκειτο να διατεθούν, δηλαδή για συμβουλευτικές υπηρεσίες οι οποίες περιελάμβαναν, μεταξύ άλλων, την κατάρτιση των εργαζόμενων του οικονομικού φορέα και την παροχή συμβουλών στον οικονομικό φορέα, περιλαμβανομένης και της παροχής βοήθειας για την επίλυση προβλημάτων τα οποία θα μπορούσαν να ανακύψουν κατά το στάδιο εκτελέσεως της συμβάσεως.

16. Μετά την ενημέρωση της PARTNER στις 11 Μαρτίου 2014 ότι η αναθέτουσα αρχή εκτιμούσε ότι ο οικονομικός φορέας δεν διέθετε τα αναγκαία μέσα για την εκτέλεση της συμβάσεως, η PARTNER απάντησε στις 18 Μαρτίου 2014 ότι, εφόσον η αναθέτουσα αρχή θεωρούσε ανεπαρκή την επικληθείσα εμπειρία, ο συνυπολογισμός της λοιπής της πείρας θα έπρεπε να εξεταστεί κατά την ακόλουθη σειρά: τμήματα V, I, II, III, VIII, IV, VII, VI. Συναφώς, η PARTNER υποστήριξε ότι, όταν ένας οικονομικός φορέας υποβάλει προσφορά για περισσότερα τμήματα μιας συμβάσεως, η προσφορά αυτή μπορεί να αξιολογηθεί χωριστά για κάθε ένα από αυτά τα τμήματα. Επομένως, ενδεχόμενος αποκλεισμός του οικονομικού φορέα και απόρριψη της προσφοράς του μπορούν να ισχύουν όχι για το σύνολο της συμβάσεως, αλλά μόνο για τα επί μέρους τμήματα ως προς τα οποία ο οικονομικός φορέας δεν πληροί τις προϋποθέσεις.

17. Η αναθέτουσα αρχή δεν έλαβε υπόψη της την επί μέρους εμπειρία της PARTNER και την απέκλεισε από τη διαδικασία για το σύνολο των τμημάτων της συμβάσεως δυνάμει του άρθρου 24, παράγραφος 2, σημείο 4, του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων (Ustawa PZP) [6] για τον λόγο ότι δεν απέδειξε ότι πληρούσε τις προϋποθέσεις συμμετοχής στη διαδικασία. Η αναθέτουσα αρχή θεώρησε ότι, λαμβανομένης υπόψη της ειδικής φύσεως των εργασιών, της εξοικειώσεως με την τοπογραφία της πόλης και των χρονικών απαιτήσεων για την επίτευξη συγκεκριμένων επιπέδων συντηρήσεως των

4 — Δηλαδή, χλωριούχο νάτριο ή μείγμα χλωριούχου νατρίου και χλωριούχου ασβεστίου, τα οποία υγραίνονται κατά τον ψεκασμό και μετατρέπονται σε αλατώδες διάλυμα.

5 — Στη διάταξη περί παραπομπής σημειώνεται ότι, κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου, η αναθέτουσα αρχή δήλωσε ότι αξιολόγησε την πλήρωση της συγκεκριμένης προϋποθέσεως προσθέτοντας τη συνολική αξία των υπηρεσιών που προτάθηκαν και έγιναν αποδεκτές και διαιρώντας την αξία αυτή με το 1 000 000, καταλήγοντας, με τον τρόπο αυτό, στον αριθμό των τμημάτων της συμβάσεως για τα οποία ο οικονομικός φορέας πληρούσε τον εν λόγω όρο.

6 — Ustawa Prawo zamówień publicznych (νόμος περί δημοσίων συμβάσεων) (αναθεωρημένο κείμενο, Dziennik Ustaw του 2013, τίτλος 907). Το άρθρο 24, παράγραφος 2, σημείο 4, ορίζει ότι «αποκλείονται επίσης από τις διαδικασίες για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων […] οικονομικοί φορείς οι οποίοι αδυνατούν να αποδείξουν ότι πληρούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στη διαδικασία […]».

οδών κατά τη χειμερινή περίοδο κ.λπ., θα ήταν αδύνατη η ορθή εκπλήρωση της υποχρεώσεως που απορρέει από τη διενεργούμενη διαδικασία χωρίς την προσωπική συμμετοχή της PUM στην εκτέλεση των απαιτήσεων της συμβάσεως. Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή προέβη στη διενέργεια ηλεκτρονικού πλειστηριασμού στον οποίο δεν προσεκλήθη η PARTNER.

18. Με την προσφυγή που άσκησε ενώπιον του Krajowa Izba Odwoławcza (Εθνικό Συμβούλιο Προσφυγών) η PARTNER υποστήριξε ότι η αναθέτουσα αρχή προέβη σε εσφαλμένο έλεγχο και εσφαλμένη αξιολόγηση των προσφορών. Υποστήριξε επίσης ότι η αναθέτουσα αρχή δεν είχε επισημάνει στη συγγραφή υποχρεώσεων ότι η προϋπόθεση σχετικά με την απαιτούμενη γνώση και πείρα θα μπορούσε να πληρούται μόνον αν ο φορέας που παρείχε τις γνώσεις και την πείρα στην PARTNER συμμετείχε προσωπικά στην εκτέλεση της συμβάσεως, ούτε ότι αυτή η πείρα έπρεπε να συνδέεται με συγκεκριμένες τοπογραφικές γνώσεις.

19. Δυνάμει του άρθρου 267 ΣΛΕΕ, το Krajowa Izba Odwoławcza υπέβαλε στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα.

«1) Έχει το άρθρο 48, παράγραφος 3, σε συνδυασμό με το άρθρο 2, της οδηγίας 2004/18 […] την έννοια ότι η έκφραση κατά την οποία ο οικονομικός φορέας μπορεί "ενδεχομένως" να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων σημαίνει ότι με αυτό νοείται κάθε περίπτωση στην οποία ο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τα απαιτούμενα από τη δημόσια αναθέτουσα αρχή προσόντα και επιθυμεί να στηριχθεί στις δυνατότητες άλλων φορέων; Ή πρέπει η μνεία ότι ο οικονομικός φορέας μόνον "ενδεχομένως" μπορεί να στηριχθεί στις δυνατότητες άλλων εργοληπτών να εκτιμηθεί ως περιορισμός, υπό την έννοια ότι μια τέτοια αναφορά στο πλαίσιο της αποδείξεως των προσόντων του οικονομικού φορέα κατά τη διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως μόνο κατ' εξαίρεση και όχι κατά κανόνα επιτρέπεται;

2) Έχει το άρθρο 48, παράγραφος 3, σε συνδυασμό με το άρθρο 2, της οδηγίας 2004/18 την έννοια ότι η στήριξη του οικονομικού φορέα στις δυνατότητες άλλων φορέων "ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς", καθώς και η "διάθεση των αναγκαίων πόρων" από αυτούς τους φορείς, σημαίνουν ότι ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της συμβάσεως μπορεί να έχει χαλαρούς και αόριστους μόνο ή και καθόλου δεσμούς με αυτούς τους φορείς, δηλαδή ότι μπορεί να εκτελέσει μόνος του τη σύμβαση (χωρίς συμμετοχή άλλου φορέα) ή ότι μια τέτοια συμμετοχή μπορεί να συνίσταται σε "συμβουλές", "παροχή εξειδικευμένων συμβουλών", "εκπαίδευση" κ.λπ.; Ή έχει το άρθρο 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18 την έννοια ότι ο φορέας, στις δυνατότητες του οποίου στηρίζεται ο οικονομικός φορέας, πρέπει να εκτελέσει πράγματι και προσωπικώς τη σύμβαση στο μέτρο των δυνατοτήτων που έχει δηλώσει;

3) Έχει το άρθρο 48, παράγραφος 3, σε συνδυασμό με το άρθρο 2, της οδηγίας 2004/18 την έννοια ότι ο οικονομικός φορέας, ο οποίος διαθέτει μεν ιδία πείρα, μικρότερη όμως από αυτή που θα ήθελε να δηλώσει έναντι της αναθέτουσας αρχής (για παράδειγμα, όχι επαρκή για να μπορεί να υποβάλει προσφορά για την εκτέλεση της συμβάσεως στο σύνολό της) μπορεί να στηριχθεί συμπληρωματικώς στις δυνατότητες άλλων φορέων, προκειμένου να βελτιωθούν οι προοπτικές του στο πλαίσιο της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως;

4) Έχει το άρθρο 48, παράγραφος 3, σε συνδυασμό με το άρθρο 2, της οδηγίας 2004/18 την έννοια ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί (ή και οφείλει) να ορίσει με την προκήρυξη για τη σύναψη συμβάσεως ή με τη συγγραφή υποχρεώσεων τις αρχές, βάσει των οποίων ο οικονομικός φορέας μπορεί να στηριχθεί σε δυνατότητες άλλων φορέων, για παράδειγμα το πώς πρέπει ο άλλος φορέας να συμμετάσχει στην εκτέλεση της συμβάσεως, το πώς μπορούν να συνδυασθούν οι ικανότητες του οικονομικού φορέα και του άλλου φορέα, το αν ο άλλος φορέας ευθύνεται εις ολόκληρον με τον οικονομικό φορέα για την ορθή εκτέλεση της συμβάσεως στον βαθμό που ο οικονομικός φορέας επικαλείται τις δυνατότητες του άλλου φορέα;

5) Επιτρέπει η κατά το άρθρο 2 της οδηγίας 2004/18 αρχή της ίσης και άνευ διακρίσεων μεταχειρίσεως των οικονομικών φορέων τη σύμφωνα με το άρθρο 48, παράγραφος 3, της οδηγίας επίκληση των δυνατοτήτων ενός άλλου φορέα, στο πλαίσιο της οποίας αθροίζονται οι δυνατότητες δύο ή περισσοτέρων φορέων, οι οποίοι από την άποψη της τεχνογνωσίας τους και της πείρας τους δεν διαθέτουν τις απαιτούμενες από την αναθέτουσα αρχή δυνατότητες;

6) Επιτρέπει, επομένως, η κατά το άρθρο 2 της οδηγίας 2004/18 αρχή της ίσης και άνευ διακρίσεων μεταχειρίσεως των οικονομικών φορέων να ερμηνευθούν τα άρθρα 44 και 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18 υπό την έννοια ότι μόνο τυπικά χρειάζεται να πληρούνται οι τεθείσες από την αναθέτουσα αρχή προϋποθέσεις για τους σκοπούς της συμμετοχής στη διαδικασία ανεξαρτήτως των πραγματικών προσόντων του οικονομικού φορέα;

7) Επιτρέπει η κατά το άρθρο 2 της οδηγίας 2004/18 αρχή της ίσης και άνευ διακρίσεων μεταχειρίσεως των οικονομικών φορέων να δηλώνει ο οικονομικός φορέας, εφόσον επιτρέπεται η υποβολή προσφοράς για ένα τμήμα της συμβάσεως, μετά την υποβολή των προσφορών, παραδείγματος χάριν στο πλαίσιο συμπληρώσεως ή διευκρινίσεως του περιεχομένου των εγγράφων, ποιο τμήμα της συμβάσεως αφορούν οι δυνατότητες που εξέθεσε για να αποδείξει ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις για τη συμμετοχή στη διαδικασία;

8) Επιτρέπει η κατά το άρθρο 2 της οδηγίας 2004/18 αρχή της ίσης και άνευ διακρίσεων μεταχειρίσεως των οικονομικών φορέων, καθώς και η αρχή της διαφάνειας, να κηρύσσεται άκυρος ένας διεξαχθείς πλειστηριασμός και να επαναλαμβάνεται ένας ηλεκτρονικός πλειστηριασμός, όταν κατά τα ουσιώδη δεν διεξήχθη νομοτύπως, παραδείγματος χάριν όταν δεν κλήθηκαν να συμμετάσχουν όλοι οι οικονομικοί φορείς, οι οποίοι υπέβαλαν παραδεκτώς προσφορές;

9) Επιτρέπει η κατά το άρθρο 2 της οδηγίας 2004/18 αρχή της ίσης και άνευ διακρίσεων μεταχειρίσεως των οικονομικών φορέων, καθώς και η αρχή της διαφάνειας, τη σύναψη της συμβάσεως με τον οικονομικό φορέα, του οποίου η προσφορά προκρίθηκε στο πλαίσιο ενός τέτοιου πλειστηριασμού, χωρίς να έχει επαναληφθεί αυτός ο πλειστηριασμός, όταν δεν μπορεί να διαπιστωθεί αν η συμμετοχή του οικονομικού φορέα που δεν ελήφθη υπόψη θα μετέβαλε το αποτέλεσμα του πλειστηριασμού;

10) Μπορεί κατά την ερμηνεία των διατάξεων της οδηγίας 2004/18 να ληφθεί υπόψη το περιεχόμενο των διατάξεων, καθώς και των αιτιολογικών σκέψεων, της οδηγίας 2014/24 […] —μολονότι δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για τη μεταφορά της στο εθνικό δίκαιο— ως ερμηνευτική κατευθυντήρια γραμμή, καθόσον καθιστά ευκρινείς ορισμένες αποδοχές και προθέσεις του νομοθέτη της Ένωσης και δεν αντιφάσκει προς τις διατάξεις της οδηγίας 2004/18;»

20. Γραπτές παρατηρήσεις υπέβαλαν η PARTNER, η Remondis sp. z o.o. και η MR Road Service sp. z o.o. οι οποίες ήταν παρεμβαίνουσες στην κύρια δίκη, η Ισπανική, η Λεττονική και η Πολωνική Κυβέρνηση, καθώς και η Επιτροπή. Όλοι οι ανωτέρω, πλην της Λεττονικής Κυβερνήσεως, παρέστησαν στην επ' ακροατηρίου συζήτηση που διεξήχθη στις 7 Μαΐου 2015, όπως και η αναθέτουσα αρχή, παρά το γεγονός ότι δεν είχε καταθέσει γραπτές παρατηρήσεις.

IV – **Ανάλυση**

Α – *Ερωτήματα που αφορούν τη στήριξη στις τεχνικές και επαγγελματικές δυνατότητες άλλου οικονομικού φορέα (Ερωτήματα 1, 2, 3, 5 και 6)*

21. Με τα ερωτήματα αυτά, τα οποία θα εξετάσω από κοινού, το αιτούν εθνικό δικαστήριο ουσιαστικά ζητεί καθοδήγηση ως προς το ζήτημα υπό ποιες περιστάσεις ο προσφέρων που υπέβαλε προσφορά για την ανάθεση συγκεκριμένης συμβάσεως μπορεί, στο πλαίσιο της συμβάσεως αυτής, να στηριχθεί, ως προς τις τεχνολογικές και/ή τις επαγγελματικές του ικανότητες, σε πόρους άλλων φορέων. Η συγκεκριμένη διευκόλυνση προβλέπεται από το άρθρο 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18. Κατά την άποψή μου, τα εν λόγω ερωτήματα θέτουν, βασικά, τρία προβλήματα. Ειδικότερα, (1) πότε επιτρέπεται στον προσφέροντα να στηριχθεί, όσον αφορά τις τεχνικές και/ή επαγγελματικές του ικανότητες, σε πόρους τρίτων προκειμένου να εκπληρώσει συμβατικές υποχρεώσεις· (2) αν πράγματι τίθενται στη διάθεσή του οι πόροι τους οποίους επικαλείται και, (3) κατά πόσον πρόκειται για πόρους που μπορούν να μεταβιβαστούν, υπό την έννοια ότι είναι δυνατό να γίνει επίκλησή τους υπό το πρίσμα του χαρακτήρα και του σκοπού της εκάστοτε συμβάσεως. Αδιαμφισβήτητα, το άρθρο 2, στο οποίο αποτυπώνεται η γενική αρχή της μη διακρίσεως και της διαφάνειας, έχει καθοριστική σημασία για την απάντηση σε όλα αυτά τα ερωτήματα.

22. Κατ' αρχάς, κρίνεται σκόπιμο να υπογραμμιστούν οι διαφορές μεταξύ της στηρίξεως στις δυνατότητες άλλων φορέων, η οποία προβλέπεται από το άρθρο 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18, και της υπεργολαβίας που προβλέπεται στο άρθρο 25 της ίδιας οδηγίας. Όπως επισήμανε η Ισπανία με τις γραπτές της παρατηρήσεις, οι εν λόγω νομικές ρυθμίσεις διαφέρουν σε δύο σημεία. Πρώτον, όσον αφορά τη στήριξη στις δυνατότητες τρίτων, σημειώνεται ότι οι δυνατότητες αυτές ενσωματώνονται στις ικανότητες του υποψηφίου πριν από την ανάθεση της συμβάσεως, ενώ η σύμβαση υπεργολαβίας συνάπτεται κατά το χρονικό σημείο εκτελέσεως της συμβάσεως. Δεύτερον, η υπεργολαβία υπόκειται σε περιορισμούς οι οποίοι δεν εφαρμόζονται στην περίπτωση στηρίξεως στις δυνατότητες άλλων φορέων[7].

1. Η ύπαρξη δικαιώματος του οικονομικού φορέα να στηριχθεί σε πόρους τρίτων

23. Όσον αφορά τη λέξη «ενδεχομένως» στο άρθρο 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι αυτή δεν επιβάλλει ουσιαστικούς περιορισμούς ως προς τις περιστάσεις υπό τις οποίες οικονομικός φορέας μπορεί να επικαλεστεί τους πόρους ενός άλλου φορέα κατά την υποβολή προσφοράς για την ανάθεση δημοσίας συμβάσεως.

24. Στις προτάσεις μου επί της υποθέσεως Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130), επισήμανα ότι το γράμμα του άρθρου 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18 υποδηλώνει την ύπαρξη ενός δικαιώματος των οικονομικών φορέων να επιλέγουν τη μέθοδο αυτή ως προς την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, υπό τον όρο ότι μπορούν να αποδείξουν ότι έχουν όντως στη διάθεσή τους εκείνους τους αλλότριους πόρους που είναι αναγκαίοι για την εκτέλεση της επίμαχης συμβάσεως[8]. Η ερμηνεία αυτή είναι απολύτως σύμφωνη με τον στόχο του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό και την ενθάρρυνση της προσβάσεως επιχειρήσεων μικρού και μεσαίου μεγέθους σε αυτές.

7 — Το άρθρο 25 της οδηγίας 2004/18 ορίζει ότι, στη συγγραφή υποχρεώσεων, η αναθέτουσα αρχή 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. Στη συνέχεια, η εν λόγω διάταξη ορίζει ότι η εκδήλωση αυτής της προθέσεως δεν αίρει την ευθύνη του κυρίου οικονομικού φορέα.

8 — Όπ.π. σημείο 24. Βλ., επίσης, απόφαση Siemens και ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, σκέψη 46) και αποφάσεις Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133) και Ballast Nedam Groep (C-5/97, EU:C:1997:636).

25. Εξάλλου, το Δικαστήριο έκρινε στην υπόθεση Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593), όπερ επιβεβαιώθηκε στη συνέχεια με το άρθρο 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18, ότι ο χαρακτήρας των νομικών δεσμών μεταξύ του οικονομικού φορέα και του τρίτου ή των τρίτων στον οποίο/στους οποίους αυτός επιδιώκει να στηριχθεί, δεν ασκεί επιρροή [9].

26. Επομένως, υπό το πρίσμα της νομολογίας του Δικαστηρίου, δεν απαγορεύεται καταρχήν στον προσφέροντα να στηριχθεί επιπροσθέτως σε δυνατότητες άλλων φορέων προκειμένου να ενισχύσει τη θέση του κατά τη διαδικασία αναθέσεως. Το συμπέρασμα αυτό υπόκειται, ωστόσο, στους περιορισμούς τους οποίους πρόκειται να εξετάσω ακολούθως. Όπως επισήμανε με τις γραπτές της παρατηρήσεις η Επιτροπή, το κρίσιμο στοιχείο είναι κατά πόσον ο προσφέρων *έχει πράγματι στη διάθεσή του* τις δυνατότητες άλλων φορέων προκειμένου να εκτελέσει προσηκόντως τη σύμβαση. Η «διάθεση» αυτή δεν χρειάζεται να έχει συγκεκριμένη νομική μορφή.

2. Το ζήτημα αν πράγματι τίθενται στη διάθεση του προσφέροντος οι αλλότριοι πόροι τους οποίους επικαλείται

27. Ανεξαρτήτως των όσων εκτέθηκαν στα ανωτέρω σημεία, απόκειται στους προσφέροντες που στηρίζονται στις δυνατότητες άλλων φορέων να αποδείξουν στην αναθέτουσα αρχή ότι οι σχετικοί πόροι τίθενται πράγματι στη διάθεσή τους [10]. Υπ' αυτή την έννοια, το άρθρο 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18 θα πρέπει μάλλον να γίνεται αντιληπτό ως διάταξη που επιβάλλει ένα αποδεικτικό προαπαιτούμενο, του οποίου η αξιολόγηση επαφίεται στην αναθέτουσα αρχή. Κατά το άρθρο 44, παράγραφος 1, της οδηγίας 2004/18, απόκειται στις αναθέτουσες αρχές να ελέγχουν την καταλληλότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων σύμφωνα με τα κριτήρια των άρθρων 47 έως 52 της εν λόγω οδηγίας [11]. Με άλλα λόγια, όπως τονίσθηκε από την αναθέτουσα αρχή και την Πολωνία κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, οι αναθέτουσες αρχές υπέχουν υποχρέωση να διασφαλίζουν ότι ο επιτυχών υποψήφιος είναι πράγματι ικανός να εκτελέσει προσηκόντως τη σύμβαση.

28. Σκοπός των διατάξεων της οδηγίας 2004/18 που αφορούν τη συμμετοχή τρίτων στην εκτέλεση δημοσίων συμβάσεων είναι να αποφεύγονται καταστάσεις όπου θα μπορούσε να ανατεθεί η σύμβαση σε μια επιχείρηση η οποία θα στερείτο των απαιτούμενων μέσων για την εκτέλεσή της. Κατά συνέπεια, το άρθρο 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18 δεν επιτρέπει στις αναθέτουσες αρχές, λόγω των υποχρεώσεων που αυτές υπέχουν, να υιοθετούν μια αμιγώς τυπική προσέγγιση ως προς τα προσκομιζόμενα από τους προσφέροντες αποδεικτικά στοιχεία. Με άλλα λόγια, η επίκληση των δυνατοτήτων άλλων φορέων εκ μέρους των προσφερόντων είναι απαράδεκτη, αν γίνεται αποκλειστικά και μόνο για τον σκοπό της τυπικής πληρώσεως των ελαχίστων προδιαγραφών που καθορίζονται από τη συγγραφή υποχρεώσεων.

3. Δυνατότητα μεταβιβάσεως των πόρων που σχετίζονται με τεχνολογικές και/ή επαγγελματικές ικανότητες

29. Στην υπόθεση Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646) το Δικαστήριο ερμήνευσε τα άρθρα 47, παράγραφος 2, και 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18 σε συνδυασμό με το άρθρο 44, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/18, υπό την έννοια ότι αποκλείουν την ύπαρξη ενός γενικού κανόνα σύμφωνα με τον οποίο απαγορεύεται στους οικονομικούς φορείς να συμμετάσχουν σε διαδικασίες αναθέσεως συμβάσεων δημοσίων έργων στηριζόμενοι στις ικανότητες περισσοτέρων της

9 — Προτάσεις μου στην υπόθεση Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130, σημείο 22). Η θέση αυτή στηρίχθηκε στις διαπιστώσεις στις οποίες προέβη το Δικαστήριο με τις αποφάσεις Ballast Nedam Groep (C-5/97, EU:C:1997:636) και Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133), όπου οι επίμαχες έννομες σχέσεις αφορούσαν επιχειρήσεις του ίδιου ομίλου. Βλ. σημεία 20 έως 22 των εν λόγω προτάσεων.

10 — Βλ. προτάσεις μου στην υπόθεση Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130, σημείο 23).

11 — Απόφαση Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, σκέψη 26). Βλ., ομοίως, απόφαση Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, σκέψη 28).

μίας επιχειρήσεων για την ίδια κατηγορία προσόντων. Ωστόσο, το Δικαστήριο πρόσθεσε επίσης ότι «[…] δεν μπορεί να αποκλεισθεί ότι υπάρχουν εργασίες με ιδιαιτερότητες οι οποίες απαιτούν ικανότητα η οποία δεν μπορεί να προκύψει ως άθροισμα της ελάσσονος ικανότητας περισσότερων» και ότι, «[σ]την περίπτωση αυτή, η αναθέτουσα αρχή ευλόγως μπορεί να απαιτήσει το ελάχιστο επίπεδο της οικείας ικανότητας να καλύπτεται από έναν μόνον οικονομικό φορέα […]» [12].

30. Ωστόσο, το κρίσιμο ζήτημα είναι κατά πόσον οι πόροι που σχετίζονται με τις τεχνολογικές και επαγγελματικές ικανότητες οι οποίες εξειδικεύονται στην προκήρυξη του διαγωνισμού δύνανται να μεταβιβαστούν. Αν δεν ισχύει κάτι τέτοιο, τότε η PARTNER δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως προσφέρουσα.

31. Η δυνατότητα μεταβιβάσεως τεχνολογικών πόρων συνδέεται με το ερώτημα αν ένας οικονομικός φορέας μπορεί να μεταδώσει την τεχνολογική του επάρκεια ή την τεχνογνωσία του σε άλλον οικονομικό φορέα, για παράδειγμα μέσω διαβουλεύσεως και παροχής συμβουλευτικών υπηρεσιών. Στις γραπτές παρατηρήσεις των μετεχόντων στη διαδικασία καταγράφονται επίσης επιχειρήματα τα οποία αφορούν περισσότερο το ζήτημα κατά πόσον αυτές οι ικανότητες διαφορετικών οντοτήτων μπορούν να αθροιστούν συνολικά, προσέγγιση την οποία φρονώ ότι ακολουθεί ο νομοθέτης της Ένωσης στο άρθρο 48 της οδηγίας 2004/18. Ωστόσο, στο πλαίσιο της κύριας δίκης, η πραγματική διαφορά έγκειται στο αν η τεχνολογική επάρκεια της PUM μπορούσε να μεταδοθεί στην PARTNER, χωρίς αυτός ο οικονομικός φορέας (PUM) να συμμετέχει άμεσα στην εκτέλεση της συμβάσεως. Η διαφορά της κύριας δίκης, δηλαδή, δεν αφορά απλώς και μόνο την άθροιση ικανοτήτων παρόμοιων με αυτές που ήδη διέθετε η PARTNER.

32. Σε μεγάλο βαθμό, τούτο εξαρτάται από την φύση και το αντικείμενο της συμβάσεως. Πράγματι, υπάρχουν πόροι που μπορούν να μεταβιβαστούν. Ας υποθέσουμε την ανάθεση από έναν πάροχο δημόσιων υγειονομικών υπηρεσιών μιας συμβάσεως η οποία έχει ως αντικείμενο τον έλεγχο συγκεκριμένης μορφής καρκίνου μέσω της χρήσεως μιας δεδομένης τεχνολογίας για καθορισμένο αριθμό προσώπων. Ας υποθέσουμε επιπλέον ότι οι όροι της εν λόγω συμβάσεως προβλέπουν ότι, στις περιπτώσεις οι οποίες δεν είναι απολύτως σαφείς, τα αποτελέσματα θα πρέπει να επιβεβαιώνονται από έναν ειδικό που θα έχει συγκεκριμένα και ανώτερα επαγγελματικά προσόντα. Υπό αυτές τις περιστάσεις, δεν θα συνέτρεχε λόγος να στερηθεί ο προσφέρων της δυνατότητας να στηριχθεί σε έναν άλλο φορέα ο οποίος θα του παράσχει τις απαραίτητες συμβουλευτικές υπηρεσίες. Ωστόσο, αν η εν λόγω σύμβαση αφορούσε τον έλεγχο μέσω μιας νέας και μη δεδομένης μεθοδολογίας, η αναθέτουσα αρχή ευλόγως θα απαιτούσε από τον ίδιο τον προσφέροντα να διαθέτει αυτός τις σχετικές ικανότητες. Στην περίπτωση αυτή ανακύπτει ένα ζήτημα το οποίο αφορά τις πραγματικές περιστάσεις της αναθέσεως της συμβάσεως.

33. Επομένως, όπως έχω ήδη επισημάνει, θα πρέπει να λαμβάνεται υπόψη ο χαρακτήρας της εκάστοτε συμβάσεως καθώς και η ανάγκη που πρέπει να ικανοποιηθεί. Το ζήτημα αυτό αποτελεί αντικείμενο αξιολογήσεως εκ μέρους των εθνικών δικαστηρίων.

34. Το κατά πόσον η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει τη συμμετοχή του τρίτου φορέα στην εκτέλεση μιας συμβάσεως ως μοναδικό μέσο που αποδεικνύει ότι οι απαιτούμενες ικανότητες βρίσκονται στη διάθεση του εκάστοτε προσφέροντος, αποτελεί επίσης ζήτημα το οποίο πρέπει να αντιμετωπίζεται κατά περίπτωση. Τα πάντα εξαρτώνται από τον χαρακτήρα και τον σκοπό της συμβάσεως. Κατά την άποψή μου, είναι σχεδόν βέβαιο ότι θα υπάρχουν περιπτώσεις εύκολο όπου η σχετική υποχρέωση είναι τέτοιου βαθμού δυσκολίας ώστε να πρέπει να αναληφθεί από τον τρίτο που διαθέτει τις εξειδικευμένες ικανότητες των οποίων γίνεται επίκληση, και όχι απλώς στη βάση παροχής συμβουλευτικών υπηρεσιών και διαβουλεύσεως εκ μέρους ενός τέτοιου φορέα, ενώ την αντίστοιχη υποχρέωση αναλαμβάνει να εκτελέσει ο ίδιος ο προσφέρων.

12 — Απόφαση Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, σκέψη 35).

4. Ενδιάμεσο συμπέρασμα

35. Βάσει των ανωτέρω παρατηρήσεων, στα ερωτήματα 1, 2, 3, 5 και 6 μπορεί να δοθεί η εξής απάντηση: τα άρθρα 44 και 48, παράγραφος 3, σε συνδυασμό με το άρθρο 2, της οδηγίας 2004/18 πρέπει να ερμηνευθούν υπό την έννοια ότι η λέξη «ενδεχομένως» δεν επιβάλλει ουσιώδεις περιορισμούς ως προς τις περιστάσεις υπό τις οποίες οικονομικός φορέας δύναται να στηριχθεί στις δυνατότητες τρίτων φορέων προκειμένου να αποδείξει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει τις απαιτούμενες τεχνολογικές και/ή επαγγελματικές ικανότητες την εκτέλεση συγκεκριμένης δημοσίας συμβάσεως. Η φύση των νομικών δεσμών μεταξύ του οικονομικού φορέα και του τρίτου δεν ασκεί επιρροή, ωστόσο, ο οικονομικός φορέας θα πρέπει να είναι σε θέση να αποδείξει στην αναθέτουσα αρχή ότι έχει πράγματι στη διάθεσή του όλα τα αναγκαία μέσα για την εκτέλεση των όρων της συμβάσεως. Ο προσφέρων επιτρέπεται να επικαλεστεί τις δυνατότητες άλλων φορέων προκειμένου να αποδείξει την τεχνολογική και/ή επαγγελματική του ικανότητα, ανάλογα όμως και με τους περιορισμούς που απορρέουν από τον χαρακτήρα και τον σκοπό της συμβάσεως της οποίας απαιτείται η εκτέλεση.

Β – *Προκήρυξη διαγωνισμού, συγγραφή υποχρεώσεων και ευθύνη εις ολόκληρον (ερώτημα 4)*

36. Το ερώτημα 4 ουσιαστικά αφορά το κατά πόσον η αναθέτουσα αρχή μπορεί (ή ακόμη και πρέπει) να καθορίζει, με την προκήρυξη του διαγωνισμού ή με τη συγγραφή υποχρεώσεων, τους κανόνες βάσει των οποίων οι προσφέροντες επιτρέπεται να στηριχθούν στις δυνατότητες άλλων φορέων. Ειδικότερα, μπορεί η αναθέτουσα αρχή να καθορίσει με ποιον τρόπο ο προσφέρων δεσμεύεται να συμμετάσχει στην εκτέλεση της συμβάσεως, με ποιον τρόπο μπορούν να συνδυαστούν οι δυνατότητες του εκάστοτε προσφέροντος με αυτές των άλλων φορέων και αν ο τρίτος φορέας θα ευθύνεται αλληλεγγύως και εις ολόκληρον με τον προσφέροντα για την ορθή εκπλήρωση της συμβάσεως στο μέτρο που ο τελευταίος έχει στηριχθεί στις δυνατότητες του τρίτου;

37. Με τις γραπτές παρατηρήσεις της, η Ισπανία σημειώνει ότι η προκήρυξη του διαγωνισμού ή η συγγραφή υποχρεώσεων πρέπει να καθορίζουν τους κανόνες βάσει των οποίων ο προσφέρων μπορεί να στηριχθεί στις δυνατότητες τρίτων, υπό τον όρο ότι οι απαιτήσεις αυτές θα είναι ανάλογες και άμεσα συνδεδεμένες με το αντικείμενο της σχετικής συμβάσεως. Οι γραπτές παρατηρήσεις της Πολωνίας συγκλίνουν επίσης προς αυτή την άποψη.

38. Ωστόσο, κατά την άποψή μου, η ορθή θέση είναι αυτή που υποστήριξε η Επιτροπή. Η Επιτροπή υπογράμμισε, στις γραπτές παρατηρήσεις της, ότι στο μέτρο που οι προσφέροντες έχουν το δικαίωμα να στηριχθούν στις δυνατότητες τρίτων, οι αναθέτουσες αρχές απαγορεύεται να επιβάλλουν ρητούς όρους με τους οποίους ενδέχεται να παρακωλύεται η άσκηση αυτού του δικαιώματος. Ο προσφέρων έχει την ευχέρεια να καθορίζει ο ίδιος το πώς θα αποκτήσει πρόσβαση στους σχετικούς πόρους. Η Επιτροπή ορθώς προσθέτει ότι, για πρακτικούς λόγους, θα ήταν σχεδόν αδύνατον για τις αναθέτουσες αρχές να θέσουν εκ των προτέρων προδιαγραφές ως προς τον τρόπο με τον οποίο μπορεί να γίνει η επίκληση των δυνατοτήτων των τρίτων· δεν μπορούν να προβλέψουν εκ των προτέρων όλα τα πιθανά σενάρια χρήσεως των δυνατοτήτων άλλων φορέων. Τούτο, φυσικά, ισχύει υπό την επιφύλαξη ότι δεν πληρούνται τα κριτήρια που έχουν καθοριστεί με τη νομολογία Swm 2 Costruzione σχετικά με τις περιπτώσεις στις οποίες μια τέτοια επίκληση απαγορεύεται.

39. Οι γενικές αρχές που εξελίχθηκαν από το Δικαστήριο και αφορούν την προκήρυξη του διαγωνισμού και τη συγγραφή υποχρεώσεων καθώς και *η αρχή της διαφάνειας* έχουν καθοριστική σημασία για το συγκεκριμένο ερώτημα. Υπενθυμίζω ότι η υποχρέωση διαφάνειας έχει ως σκοπό να αποκλείσει οποιονδήποτε ενδεχόμενο κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής[13], και ότι η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά που ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της προκηρύξεως του διαγωνισμού,

13 — Απόφαση SC Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, σκέψη 26 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην εν λόγω προκήρυξη [14]. Επισημαίνω επίσης ότι το άρθρο 23, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/18 ορίζει ότι οι τεχνικές προδιαγραφές «[ε]ξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση στους προσφέροντες και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων φραγμών στο άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό», ενώ σύμφωνα με το άρθρο 23, παράγραφος 3, στοιχείο γ′, οι τεχνικές προδιαγραφές μπορούν να περιλαμβάνουν απαιτήσεις συγκεκριμένης επιδόσεως.

40. Κατά την άποψή μου, αν πληρούνται οι ειδικές προϋποθέσεις που καθορίζονται στην απόφαση Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, στη σκέψη 35) και η αναθέτουσα αρχή επιβάλλει, *ως όρο της διαδικασίας για την ανάθεση της συμβάσεως*, ότι το εκάστοτε ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων πρέπει να επιτευχθεί από έναν και μόνον οικονομικό φορέα, τότε οφείλει να το δηλώνει εκ των προτέρων είτε στην προκήρυξη της συμβάσεως και/είτε στη συγγραφή υποχρεώσεων. Υπό αυτές τις περιστάσεις, δεν παρέχεται η διευκόλυνση της επικλήσεως των δυνατοτήτων τρίτων φορέων δυνάμει του άρθρου 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18. Αυτός φαίνεται να είναι ο μοναδικός τρόπος συμμορφώσεως προς την υποχρέωση διαφάνειας στο πλαίσιο της εξετάσεως της καταλληλότητας των υποψηφίων, καθόσον σε οποιαδήποτε άλλη περίπτωση οι υποψήφιοι προσφέροντες δεν θα γνώριζαν εκ των προτέρων όλες τις υποχρεωτικές και ανεπιφύλακτες απαιτήσεις σχετικά με τις ελάχιστες ικανότητες [15].

41. Αυτό ωστόσο είναι διαφορετικό ζήτημα σε σχέση με την αξιολόγηση του κατά πόσον ένας προσφέρων ο οποίος επικαλείται τις δυνατότητες τρίτου φορέα πληροί *πράγματι* τους όρους των τεχνολογικών και/ή επαγγελματικών ικανοτήτων που απαιτούνται από την προκήρυξη της συμβάσεως. Το συγκεκριμένο ζήτημα μπορεί να εξεταστεί μόνο σε επίπεδο προσφορών όταν αυτές συγκρίνονται προς τις προδιαγραφές καταλληλότητας που προβλέπονται από την προκήρυξη και τη συγγραφή υποχρεώσεων, σύμφωνα με τα κριτήρια που περιγράφηκαν ανωτέρω στο πλαίσιο των ερωτημάτων 1, 2, 3, 5, και 6.

42. Τέλος, όσον αφορά το ζήτημα της ευθύνης εις ολόκληρον, η Επιτροπή, με τις γραπτές της παρατηρήσεις, στηρίχθηκε στο άρθρο 63, παράγραφος 1, γραμμή 3, της οδηγίας 2014/24 προκειμένου να επιχειρηματολογήσει υπέρ της απόψεως αυτής. Από την άλλη, η PARTNER και η Ισπανία υποστηρίζουν ότι η επιβολή εις ολόκληρον ευθύνης δεν είναι δυνατή, δεδομένου ότι στη διαγωνιστική διαδικασία συμμετέχει μόνον ο προσφέρων, ο οποίος φέρει την αποκλειστική ευθύνη για την εκτέλεση της συμβάσεως, και όχι οποιαδήποτε τρίτη οντότητα τις δυνατότητες της οποίας επικαλέστηκε ο προσφέρων.

43. Για τους λόγους που θα αναλύσω στην απάντηση του ερωτήματος 10, από την οδηγία 2014/24 δεν συνάγονται κανόνες απαλλαγμένοι αιρέσεων ως προς την εφαρμογή της οδηγίας 2004/18, εφόσον οι κανόνες αυτοί είτε ελλείπουν από την οδηγία 2004/18 είτε επιβάλλουν πιο λεπτομερείς απαιτήσεις ή υποχρεώσεις σε σχέση με τις αντίστοιχες διατάξεις της τελευταίας αυτής οδηγίας. Ως εκ τούτου, η επιβολή ευθύνης αλληλεγγύως και εις ολόκληρον αποκλείεται για το χρονικό διάστημα που προηγείται της παρελεύσεως της προθεσμίας μεταφοράς της οδηγίας 2014/24 στο εθνικό δίκαιο.

44. Για τους λόγους αυτούς, το Δικαστήριο πρέπει να απαντήσει στο ερώτημα 4 ότι το άρθρο 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18, σε συνδυασμό με το άρθρο 2 της εν λόγω οδηγίας, πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εξειδικεύει, στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, οποιονδήποτε όρο ενδέχεται να συνεπάγεται την

14 — Όπ.π. (σκέψη 28).

15 — Βλ., κατ' αναλογίαν, νομολογία σχετικά με τα κριτήρια αναθέσεως, για παράδειγμα, απόφαση Επιτροπή κατά Γαλλίας (C-299/08, EU:C:2009:769, σκέψη 41), όπου το Δικαστήριο έκρινε ότι «[…] τόσο η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως όσο και η υποχρέωση διαφάνειας που απορρέει από αυτήν επιβάλλουν τον σαφή καθορισμό του αντικειμένου κάθε συμβάσεως και των *κριτηρίων αναθέσεως της εκτελέσεώς της*» (η υπογράμμιση δική μου). Βλ., επίσης, απόφαση ATI EAC e Viaggi di Maio κ.λπ. (C-331/04, EU:C:2005:718), η οποία, στη σκέψη 32, καθιέρωσε όρια για την προσάρτηση ειδικού βάρους στις υποκατηγορίες των κριτηρίων αναθέσεως, και απόφαση Universale-Bau κ.λπ. (C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 100), όπου είχε ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή να καθορίσει, στην προκήρυξη ή σε άλλα έγγραφα της προκηρύξεως, κανόνες σταθμίσεως των κριτηρίων επιλογής για τους υποψηφίους που επρόκειτο να καλέσει να υποβάλουν προσφορές.

παρακώλυση της επικλήσεως του άρθρου 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18 για την απόδειξη της πληρώσεως των απαιτήσεων που αφορούν τις ελάχιστες προδιαγραφές. Κατά τα λοιπά, η αναθέτουσα αρχή δεν επιτρέπεται να θέτει με την προκήρυξη της συμβάσεως, ούτε με τη συγγραφή υποχρεώσεων, ρητές προϋποθέσεις ή κανόνες σχετικά με το αν και το πώς οι προσφέροντες μπορούν να στηριχθούν στις δυνατότητες άλλων φορέων.

Γ – *Διευκρίνιση της προσφοράς (ερώτημα 7)*

45. Με το ερώτημα 7 ζητείται κατ' ουσίαν να διευκρινιστεί σε ποιο βαθμό επιτρέπεται διάλογος μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του προσφέροντος, για παράδειγμα προς συμπλήρωση ή αποσαφήνιση του περιεχομένου των εγγράφων μετά την υποβολή των προσφορών, όταν είναι δυνατή η υποβολή προσφορών για επιμέρους τμήματα της συμβάσεως. Συναφώς, υπενθυμίζω, ότι κατά το άρθρο 51 της οδηγίας 2004/18, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα πιστοποιητικά και τα έγγραφα που έχουν υποβάλει κατ' εφαρμογή των άρθρων 45 έως 50 της εν λόγω οδηγίας.

46. Κατά την άποψή μου, το Δικαστήριο μπορεί να απαντήσει συνοπτικά στο συγκεκριμένο ερώτημα. Το Δικαστήριο έχει ήδη αποκλείσει οποιαδήποτε διαπραγμάτευση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και μεμονωμένων υποψηφίων. Οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να ζητούν διευκρινίσεις επί των προσφορών τις οποίες κρίνουν ανακριβείς ή μη σύμφωνες με τις τεχνικές προδιαγραφές της συγγραφής υποχρεώσεων πριν την απόρριψη αυτών των προσφορών[16].

47. Άπαξ και υποβληθεί μια προσφορά, αυτή δεν μπορεί να τροποποιηθεί κατόπιν πρωτοβουλίας ούτε του υποψηφίου ούτε της αναθέτουσας αρχής[17]. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, κατ' εξαίρεση, να ζητήσει συμπλήρωση των δεδομένων της προσφοράς, όπως απλές διευκρινίσεις ή διόρθωση προδήλων εκ παραδρομής σφαλμάτων, χωρίς όμως να ζητεί ή να αποδέχεται οποιαδήποτε τροποποίηση της προσφοράς[18].

48. Κατά την άποψή μου, και αντιθέτως προς τα όσα υποστήριξαν με τις γραπτές παρατηρήσεις τους η PARTNER και η Ισπανία, η παροχή πληροφοριακών στοιχείων ως προς τη σειρά προτεραιότητας των τμημάτων μιας συμβάσεως που καλύπτονται από την προσφορά μετά τον χρόνο υποβολής των προσφορών δεν συνιστά απλή λεπτομέρεια, αλλά ουσιώδη τροποποίηση της προσφοράς. Η αποδοχή της θα ισοδυναμούσε με παραβίαση των αρχών του θεμιτού ανταγωνισμού. Τούτο δεν εμπίπτει στις εξαιρετικές περιστάσεις υπό τις οποίες επιτρέπεται η διευκρίνιση των προσφορών.

49. Επομένως, φρονώ ότι στο ερώτημα 7 πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι, όταν είναι δυνατή η υποβολή επιμέρους προσφορών για τμήματα μιας συμβάσεως, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των διακρίσεων μεταξύ των οικονομικών φορέων, η οποία κατοχυρώνεται στο άρθρο 2 της οδηγίας 2004/18, δεν επιτρέπει στον οικονομικό φορέα, μετά την υποβολή των προσφορών και προκειμένου να αποδείξει ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις συμμετοχής του στη διαδικασία, να δηλώσει σε ποιο τμήμα της συμβάσεως αντιστοιχούν οι πόροι που εξειδικεύονται από το εν λόγω τμήμα.

16 — Απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ. (C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψεις 36 και 37). Υπενθυμίζω ότι στην οδηγία 2004/18 υπάρχει πρόβλεψη τόσο για ανταγωνιστικό διάλογο σε περιπτώσεις ιδιαίτερα πολύπλοκων συμβάσεων (άρθρο 29) όσο και για προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση (άρθρο 30). Ωστόσο, οι εν λόγω διατάξεις δεν έχουν σημασία για την υπό κρίση υπόθεση.

17 — Απόφαση Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), όπου το Δικαστήριο έκρινε στη σκέψη 31 ότι «[η] αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας αντιτίθενται σε κάθε διαπραγμάτευση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και υποβαλόντος προσφορά στο πλαίσιο διαδικασίας δημόσιου διαγωνισμού, πράγμα που συνεπάγεται ότι, κατ' αρχήν, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του υποβαλόντος την προσφορά αυτή. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή δεν δύναται να ζητήσει διευκρινίσεις από υποβαλόντα προσφορά του οποίου την προσφορά θεωρεί αόριστη ή μη σύμφωνη με τις τεχνικές προδιαγραφές της συγγραφής υποχρεώσεων».

18 — Απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ. (C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψεις 40 και 41). Βλ., επίσης, απόφαση Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 32).

Δ – *Παρατυπίες στον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό (ερωτήματα 8 και 9)*

50. Τα ερωτήματα 8 και 9 αφορούν τις συνέπειες που έχει για την ανάθεση της συμβάσεως, το να μην έχει επιτραπεί σε όλους τους κατάλληλους υποψηφίους να συμμετάσχουν στον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό.

51. Στο σημείο αυτό, θα υπενθυμίσω κατ' αρχάς ότι, σύμφωνα με το άρθρο 54, παράγραφος 4, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 2004/18, «[ό]λοι οι προσφέροντες που έχουν υποβάλει παραδεκτές προσφορές καλούνται ταυτόχρονα με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων να υποβάλουν νέες τιμές ή/και νέες αξίες». Το άρθρο 54, παράγραφος 8, της οδηγίας 2004/18 απαγορεύει τη χρησιμοποίηση των ηλεκτρονικών πλειστηριασμών κατά τρόπο που, *μεταξύ άλλων*, παρεμποδίζει ή στρεβλώνει τον ανταγωνισμό. Επιπλέον, παρατηρώ ότι το εθνικό δικαστήριο δεν ερωτά ποια ένδικα μέσα έχουν στη διάθεσή τους οι οικονομικοί φορείς σε σχέση με έναν παράτυπο ηλεκτρονικό πλειστηριασμό [19], αλλά ποιες υποχρεώσεις υπέχει, σε μια τέτοια περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή.

52. Κατά την άποψή μου, αν ένας κατάλληλος υποψήφιος ο οποίος πληροί τα κριτήρια που ορίζονται στην προκήρυξη του διαγωνισμού και στις τεχνικές προδιαγραφές έπρεπε να προσκληθεί να συμμετάσχει στον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό σύμφωνα με το άρθρο 54, παράγραφος 4, της οδηγίας 2004/18, πλην όμως δεν προσεκλήθη, τότε η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των διακρίσεων μεταξύ των οικονομικών φορέων, η οποία κατοχυρώνεται στο άρθρο 2 της οδηγίας 2004/18, επιτάσσει να επαναληφθεί ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός. Τούτο ισχύει ανεξάρτητα από το αν η συμμετοχή του εν λόγω υποψηφίου θα μετέβαλλε ή όχι την έκβαση του πλειστηριασμού [20]. Αυτό σημαίνει ότι μια σύμβαση δεν επιτρέπεται να ανατεθεί βάσει παράνομων ή παράτυπων πλειστηριασμών τέτοιου είδους.

53. Ως εκ τούτου, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στα ερωτήματα 8 και 9 ότι το άρθρο 2 της οδηγίας 2004/18 επιβάλλει την ακύρωση και την επανάληψη του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού εφόσον υποψήφιος ο οποίος πληροί τα κριτήρια συμμετοχής στη διαδικασία αναθέσεως της συμβάσεως δεν προσκλήθηκε στον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό.

Ε – *Μπορεί η οδηγία 2014/24 να ληφθεί υπόψη για την ερμηνεία της οδηγίας 2004/18; (ερώτημα 10)*

54. Με το ερώτημα 10, το αιτούν εθνικό δικαστήριο διερωτάται αν, για την ερμηνεία των διατάξεων της οδηγίας 2004/18, μπορεί να χρησιμοποιηθεί ως κατευθυντήρια γραμμή το περιεχόμενο των διατάξεων και των αιτιολογικών σκέψεων της οδηγίας 2014/24, μολονότι δεν έχει εκπνεύσει η προθεσμία για τη μεταφορά της τελευταίας στην εθνική έννομη τάξη, εφόσον το περιεχόμενό τους εξηγεί ορισμένες παραδοχές από τις οποίες εκκινεί ο νομοθέτης της Ένωσης, καθώς και κάποιες προθέσεις του, χωρίς παράλληλα να αντιφάσκει προς τις διατάξεις της οδηγίας 2004/18.

55. Το συγκεκριμένο ζήτημα συνδέεται με το γεγονός ότι το άρθρο 63, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/24 φέρει τον τίτλο «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων» και θεσπίζει συναφώς λεπτομερέστερους κανόνες από τους προβλεπόμενους στην οδηγία 2004/18. Το άρθρο 63, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/24, όπως άλλωστε και το άρθρο 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18, ορίζει ότι η «νομική φύση» των δεσμών μεταξύ των φορέων δεν ασκεί επιρροή. Ωστόσο, το άρθρο 63, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/24 προσθέτει ότι ο εκάστοτε οικονομικός φορέας, όταν εξαρτάται από τους «τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα» ή την «επαγγελματική

19 — Τα μέσα αυτά προβλέπονται από την οδηγία 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για το συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων (ΕΕ L 395, σ. 33), όπως τροποποιήθηκε από την οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Δεκεμβρίου 2007, για την τροποποίηση των οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου όσον αφορά τη βελτίωση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης δημόσιων συμβάσεων (ΕΕ 2007, L 335, σ. 31).

20 — Η PARTNER δήλωσε κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση ότι δεν προσκλήθηκε να συμμετάσχει στον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό για την ανάθεση της επίμαχης συμβάσεως.

πείρα» άλλων φορέων, μπορεί να βασίζεται στις ικανότητες αυτών μόνον εφόσον οι τελευταίοι πρόκειται να εκτελέσουν οι ίδιοι τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Επιπλέον, το άρθρο 63, παράγραφος 2, της οδηγίας 2014/24 προβλέπει ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα.

56. Επισημαίνω κατ' αρχάς ότι το ζήτημα με το οποίο βρίσκεται αντιμέτωπο το εθνικό δικαστήριο αφορά την αλληλεπίδραση *μεταξύ δύο νομοθετικών πράξεων της Ένωσης*. Ως εκ τούτου, η νομολογία του Δικαστηρίου που αφορά τις υποχρεώσεις των κρατών μελών κατά τη διάρκεια της προθεσμίας μεταφοράς οδηγίας στο εσωτερικό δίκαιο [21] σε σχέση με την ερμηνεία του εθνικού δικαίου κατά τη διάρκεια της εν λόγω προθεσμίας [22] δεν έχει σημασία εν προκειμένω.

57. Επίσης, υπενθυμίζω ότι το Δικαστήριο έκρινε προσφάτως, σε μια περίπτωση όπου η οδηγία 2014/24 είχε τεθεί σε ισχύ μετά τον χρόνο των πραγματικών περιστατικών της κύριας δίκης, ότι η οδηγία αυτή δεν μπορούσε να εφαρμοστεί ως προς τη συγκεκριμένη ένδικη διαφορά [23]. Η άποψη αυτή συνάδει με προγενέστερη νομολογία του Δικαστηρίου σχετικά με την αντίστοιχη μεταβατική περίοδο μεταξύ της εφαρμογής της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων [24] , και της οδηγίας 2004/18. Σε υπόθεση στην οποία μια προσφορά είχε αποκλειστεί από τη διαδικασία αναθέσεως συμβάσεως πριν από την παρέλευση της προθεσμίας για τη μεταφορά της οδηγίας 2004/18 στην εθνική έννομη τάξη, το Δικαστήριο είχε αποφανθεί ότι «θα αντέβαινε προς την αρχή της ασφάλειας δικαίου ο προσδιορισμός του εφαρμοστέου δικαίου στην υπόθεση της κύριας δίκης εν αναφορά προς την ημερομηνία συνάψεως της συμβάσεως […]» [25]. Ως εκ τούτου, το Δικαστήριο είχε κρίνει ότι «[…] η οδηγία 2004/18 δεν έχει εφαρμογή επί αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής ληφθείσας στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως δημοσίων έργων και πριν από την παρέλευση της προθεσμίας μεταφοράς της οδηγίας αυτής στην εσωτερική έννομη τάξη» [26]. Πάντως, το εθνικό δικαστήριο δεν ζητεί εν προκειμένω να διευκρινιστεί λεπτομερώς η σχέση μεταξύ συγκεκριμένων διατάξεων της παλαιάς και της νέας οδηγίας, αλλά επιθυμεί μόνο μια γενική καθοδήγηση.

58. Πάντως, σε μία τουλάχιστον περίπτωση, το Δικαστήριο στηρίχθηκε τόσο σε αιτιολογική σκέψη όσο και σε διάταξη της οδηγίας 2014/24 προκειμένου να ερμηνεύσει την οδηγία 2004/18. Ωστόσο, δεν εξήγησε ακριβώς το σκεπτικό του [27].

59. Κατά την άποψή μου, η σχέση μεταξύ δύο διαδοχικών νομοθετικών πράξεων της Ένωσης, σε επίπεδο ερμηνείας, πρέπει να εξετάζεται λαμβανομένης δεόντως υπόψη της βουλήσεως του νομοθέτη της Ένωσης. Ωστόσο, η διατύπωση του ερωτήματος 10 δεν βοηθά προς αυτή την κατεύθυνση, καθόσον δεν καθίσταται σαφές αν η αναφορά σε «ορισμένες αποδοχές και προθέσεις του νομοθέτη της Ένωσης» αφορά ειδικότερα την οδηγία 2014/24 ή την οδηγία 2004/18.

21 — Βλ., για πρόσφατο παράδειγμα, προτάσεις της γενικής εισαγγελέα E. Sharpston στην υπόθεση bpost (C-340/13, EU:C:2014:2302, σημείο 29), όπου παραπέμπει στην απόφαση Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628, σκέψη 45)· βλ. αποφάσεις ATRAL (C-14/02, EU:C:2003:265, σκέψη 58) και Νομαρχιακή Αυτοδιοίκηση Αιτωλοακαρνανίας κ.λπ. (C-43/10, EU:C:2012:560, σκέψη 57).

22 — Όπ.π., με παραπομπή στην απόφαση Αδενέλερ κ.λπ. (C-212/04, EU:C:2006:443, σκέψεις 122 και 123).

23 — Απόφαση Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, σκέψη 24).

24 — ΕΕ L 199, σ. 54.

25 — Απόφαση Hochtief και Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627, σκέψη 29).

26 — Όπ.π. (σκέψη 30). Προσθέτω ότι η προσέγγιση αυτή είναι σύμφωνη με αυτή την οποία υιοθέτησε το Δικαστήριο στις αποφάσεις Monsees (C-350/97, EU:C:1999:242, σκέψη 27) και Επιτροπή κατά Γαλλίας (C-337/98, EU:C:2000:543, σκέψεις 38 έως 39).

27 — Απόφαση Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, σκέψη 37). Σημειώνω επίσης, ότι η γενική εισαγγελέας J. Kokkot, στις προτάσεις της επί της υποθέσεως Auroux κ.λπ. (C-220/05, EU:C:2006:410, σημείο 50), αναφέρθηκε σε μια διάταξη της οδηγίας 2004/18 προκειμένου να επιβεβαιώσει μια ερμηνεία της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων (ΕΕ L 199, σ. 54), παρά το γεγονός ότι η πρώτη οδηγία (2004/18) δεν είχε ακόμη εφαρμογή ratione temporis. Το Δικαστήριο ωστόσο, επισήμανε στη σκέψη 61 της αποφάσεώς του στην υπόθεση Auroux κ.λπ. (C-220/05, EU:C:2007:31) ότι η επίμαχη διάταξη της οδηγίας 2004/18 «[…] δεν έχει εφαρμογή ratione temporis στα πραγματικά περιστατικά της υποθέσεως της κύριας δίκης». Βλ., επίσης, μία παρατήρηση στις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα N. Wahl στην υπόθεση ASL αριθ. 5 κ.λπ. (C-113/13, EU:C:2014:291, σημείο 40), καθώς και τη σκέψη 8 της αποφάσεως San Lorenzo και Croce Verde Cogema (C-113/13, EU:C:2014:2440), όπου το Δικαστήριο απέκλεισε το ενδεχόμενο εφαρμογής της οδηγίας 2014/24.

60. Κατ' εμέ, είναι προφανές ότι η οδηγία 2014/24 δεν είναι δυνατό να χρησιμεύσει για την ερμηνεία της βουλήσεως του νομοθέτη σε σχέση με την οδηγία 2004/18. Ωστόσο, ενδέχεται από τις αιτιολογικές σκέψεις και από τις διατάξεις της οδηγίας 2014/24 να συνάγεται ότι η βούληση του νομοθέτη όσον αφορά συγκεκριμένες διατάξεις της εν λόγω οδηγίας ήταν να κωδικοποιήσει την υφιστάμενη νομολογία σχετικά με την οδηγία 2004/18. Σε αυτή την περίπτωση δεν υφίσταται κανένα εμπόδιο στο να ληφθεί υπόψη η πλέον πρόσφατη οδηγία για την ερμηνεία της προγενέστερης. Αντιθέτως, αν βούληση του νομοθέτη ήταν να παρεκκλίνει από τις διατάξεις της οδηγίας 2004/18 ή την υφιστάμενη νομολογία, τότε η πρόσφατη οδηγία δεν μπορεί να λειτουργήσει ως κατευθυντήρια γραμμή για την ερμηνεία της προηγούμενης.

61. Στο άλλο άκρο της κλίμακας, το αιτούν εθνικό δικαστήριο θέτει μια επιφύλαξη. Το ερώτημα 10 υποδηλώνει ότι η οδηγία 2014/24/ΕΕ δεν επιτρέπεται να ληφθεί υπόψη αν «αντιφάσκει προς την οδηγία 2004/18». Πρόκειται ασφαλώς για απόρροια της αρχής της ασφάλειας δικαίου, η οποία απαγορεύει την αναδρομική εφαρμογή πράξεως που δεν ισχύει ratione temporis [28].

62. Ωστόσο, στο επίκεντρο του ζητήματος βρίσκονται τυχόν διατάξεις της οδηγίας 2014/24 οι οποίες προσθέτουν περισσότερες λεπτομέρειες στην οδηγία 2004/18 ή στη σχετική νομολογία όταν δεν υπάρχει λογική αντίφαση μεταξύ των δύο πράξεων, επειδή η προγενέστερη οδηγία 2004/18 είτε σιωπά είτε δεν ρυθμίζει ενδελεχώς κάποιο ζήτημα.

63. Κατά την άποψή μου, η αρχή της ασφάλειας δικαίου συνεπάγεται ότι απαλλαγμένοι αιρέσεων κανόνες ή όροι οι οποίοι στηρίζονται στην οδηγία 2014/24 δεν μπορούν να τύχουν εφαρμογής ως «ερμηνείες» της οδηγίας 2004/18 εις βάρος των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στις διαδικασίες αναθέσεως συμβάσεων. Ωστόσο, αν η νομοθετική βούληση που υποκρύπτεται πίσω από τις σχετικές διατάξεις της οδηγίας 2014/24 είναι να προχωρήσει περαιτέρω η εναρμόνιση της υφιστάμενης νομοθεσίας και νομολογίας, και όχι να διαρρηχθεί, τότε δεν απαγορεύεται η χρησιμοποίηση των κανόνων αυτών ως κατευθυντήριων γραμμών για την ερμηνεία της οδηγίας 2004/18.

64. Για τους λόγους αυτούς, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στο ερώτημα 10 ότι, για την ερμηνεία των διατάξεων της οδηγίας 2004/18, επιτρέπεται να χρησιμοποιείται ως κατευθυντήρια γραμμή το περιεχόμενο των διατάξεων και των αιτιολογικών σκέψεων της οδηγίας 2014/24 στο μέτρο που κωδικοποιούν τη νομολογία σχετικά με την οδηγία 2004/18 ή προσθέτουν περισσότερες λεπτομέρειες σε αυτήν και παρά το γεγονός ότι δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για τη μεταφορά της οδηγίας 2014/24 στο εθνικό δίκαιο, εφόσον όμως δεν αντιφάσκουν προς την οδηγία 2004/18 ούτε θεσπίζουν απαλλαγμένους αιρέσεων κανόνες ή προϋποθέσεις εις βάρος των οικονομικών φορέων.

V – **Πρόταση**

65. Για όλους τους ανωτέρω λόγους, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στο Krajowa Izba Odwoławcza, ως εξής:

Επί των ερωτημάτων 1, 2, 3, 5 και 6

Τα άρθρα 44 και 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, σε συνδυασμό με το άρθρο 2 της εν λόγω οδηγίας, έχουν την έννοια ότι η λέξη «ενδεχομένως» δεν επιβάλλει ουσιώδεις περιορισμούς ως προς τις

28 — Στο σημείο αυτό υπενθυμίζω την πάγια θέση του Δικαστηρίου που διατυπώθηκε στην απόφαση Fédesa κ.λπ. (C-331/88, EU:C:1990:391, σκέψη 45), όπου το Δικαστήριο έκρινε ότι, «[...] κατά γενικό κανόνα, η αρχή της ασφάλειας των νομικών καταστάσεων δεν επιτρέπει την έναρξη της ισχύος μιας κοινοτικής πράξεως σε χρόνο προγενέστερο της δημοσιεύσεως της, αποκλίσεις επιτρέπονται, εξαιρετικά, όταν αυτό απαιτείται από τον επιδιωκόμενο σκοπό και όταν εξασφαλίζεται δεόντως η δικαιολογημένη εμπιστοσύνη των ενδιαφερομένων». Αυτές οι αναγκαίες προϋποθέσεις αναδρομικής εφαρμογής δεν συντρέχουν στην υπό κρίση υπόθεση.

περιστάσεις υπό τις οποίες οικονομικός φορέας δύναται να στηριχθεί στις δυνατότητες τρίτων φορέων προκειμένου να αποδείξει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει τις απαιτούμενες τεχνολογικές και/ή επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση συγκεκριμένης δημοσίας συμβάσεως. Η φύση των νομικών δεσμών μεταξύ του οικονομικού φορέα και του τρίτου δεν ασκεί επιρροή, ωστόσο, ο οικονομικός φορέας θα πρέπει να είναι σε θέση να αποδείξει στην αναθέτουσα αρχή ότι έχει πράγματι στη διάθεσή του όλα τα αναγκαία μέσα για την εκτέλεση των όρων της συμβάσεως. Ο προσφέρων επιτρέπεται να επικαλεστεί τις δυνατότητες άλλων φορέων προκειμένου να αποδείξει την τεχνολογική και/ή επαγγελματική του ικανότητα, ανάλογα όμως και με τους περιορισμούς που απορρέουν από τον χαρακτήρα και τον σκοπό της συμβάσεως της οποίας απαιτείται η εκτέλεση.

Επί του ερωτήματος 4

Το άρθρο 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18, σε συνδυασμό με το άρθρο 2 της ίδιας οδηγίας, έχει την έννοια ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εξειδικεύει, στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, οποιονδήποτε όρο ενδέχεται να συνεπάγεται την παρακώλυση της επικλήσεως του άρθρου 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18 για την απόδειξη της πληρώσεως των απαιτήσεων που αφορούν τις ελάχιστες προδιαγραφές. Κατά τα λοιπά, η αναθέτουσα αρχή δεν επιτρέπεται να θέτει με την προκήρυξη της συμβάσεως, ούτε με τη συγγραφή υποχρεώσεων, ρητές προϋποθέσεις ή κανόνες σχετικά με το αν και το πώς οι προσφέροντες μπορούν να στηριχθούν στις δυνατότητες άλλων φορέων.

Επί του ερωτήματος 7

Όταν είναι δυνατή η υποβολή επιμέρους προσφορών για τμήματα μιας συμβάσεως, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των διακρίσεων μεταξύ των οικονομικών φορέων, η οποία κατοχυρώνεται στο άρθρο 2 της οδηγίας 2004/18, δεν επιτρέπει στον οικονομικό φορέα, μετά την υποβολή των προσφορών και προκειμένου να αποδείξει ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις συμμετοχής του στη διαδικασία, να δηλώσει σε ποιο τμήμα της συμβάσεως αντιστοιχούν οι πόροι που εξειδικεύονται από το εν λόγω τμήμα.

Επί των ερωτημάτων 8 και 9

Το άρθρο 2 της οδηγίας 2004/18 επιβάλλει την ακύρωση και την επανάληψη του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού εφόσον υποψήφιος ο οποίος πληρούσε τα κριτήρια συμμετοχής στη διαδικασία αναθέσεως της συμβάσεως δεν κλήθηκε στον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό.

Επί του ερωτήματος 10

Η οδηγία 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, μπορεί να χρησιμεύσει ως κατευθυντήρια γραμμή για την ερμηνεία της οδηγίας 2004/18, μολονότι δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για τη μεταφορά της οδηγίας 2014/24 στην εθνική έννομη τάξη, μόνον όμως στον βαθμό που κωδικοποιεί τη νομολογία σχετικά με την οδηγία 2004/18 ή προσθέτει περισσότερες λεπτομέρειες σε αυτήν και υπό τον όρο ότι οι σχετικές διατάξεις της οδηγίας 2014/24 ούτε αντιφάσκουν προς την οδηγία 2004/18 ούτε θέτουν υποχρεωτικούς κανόνες ή όρους εις βάρος των οικονομικών φορέων.