CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL
NIILO JÄÄSKINEN
prezentate la 8 septembrie 2015[1]

Cauza C-324/14

Partner Apelski Dariusz
împotriva
Zarząd Oczyszczania Miasta

[cerere de decizie preliminară formulată de Krajowa Izba Odwoławcza (Polonia)]

„Achiziții publice — Directiva 2004/18/CE — Articolul 48 alineatul (3) — Capacitățile tehnologice și profesionale ale unui operator economic — Menționarea de către ofertanți «după caz» a capacităților altor entități — Caracterul legăturilor dintre ofertant și aceste alte entități — Forma și gradul de utilizare ale capacităților altor entități — Detalii necesare în anunțul de participare — Relevanța Directivei 2014/24/UE pentru interpretarea Directivei 2004/18”

I – **Introducere**

1. Prezenta cerere de decizie preliminară formulată de Krajowa Izba Odwoławcza (Camera națională de recurs) are ca obiect două aspecte juridice care sunt relevante în domeniul legislației privind achizițiile publice și un al treilea care se referă la problema mai generală privind măsura în care o directivă care nu a intrat încă în vigoare în perioada relevantă *ratione temporis* și al cărei termen de transpunere nu a expirat poate fi folosită la interpretarea unei directive pe care urmează în final să o înlocuiască.

2. În esență, Zarząd Oczyszczania Miasta (Serviciul municipal de salubrizare, denumit în continuare „autoritatea contractantă”), o unitate operațională din capitala Varșovia, l-a exclus pe Partner Dariusz Apelski (denumit în continuare „PARTNER”) de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice privind curățarea mecanică a drumurilor Varșoviei. Motivul a fost că aceasta nu a fost convinsă de faptul că PARTNER ar executa contractul în mod corespunzător, dat fiind că o parte a ofertei sale include servicii care urmează să fie furnizate de un terț situat în alt oraș polonez, relativ îndepărtat.

3. Primul set de întrebări adresate Curții de Krajowa Izba Odwoławcza au ca obiect, în esență, dacă nu chiar în mod exclusiv, dovezile pe care trebuie să le prezinte un operator economic atunci când menționează „capacitățile altor entități” pentru un anumit contract în conformitate cu articolul 48 alineatul (3) din Directiva 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[2]. Aceste întrebări se referă de asemenea la conținutul anunțului de participare și la clarificarea ofertei. Al doilea grup de întrebări privește împrejurările în care o licitație electronică deja finalizată de o autoritate contractantă trebuie să fie anulată pentru nereguli constatate în cadrul procedurii de achiziții publice.

1 — Limba originală: engleza.

2 — JO L 134, p. 114, Ediție specială, 06/vol. 8, p. 116.

4. În sfârșit, prin intermediul ultimei întrebări, se solicită Curții să stabilească dacă 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 [3] poate fi utilizată ca ghid pentru interpretarea Directivei 2004/18 în vederea soluționării problemelor din speță, deși Directiva 2014/24 nu intrase încă în vigoare la data publicării procedurii de atribuire a contractului.

II – **Cadrul juridic**

A – *Directiva 2004/18*

5. Articolul 2 din Directiva 2004/18, intitulat „[p]rincipii de atribuire a contractelor”, prevede că „[a]utoritățile contractante tratează operatorii economici în mod egal și fără discriminare și acționează potrivit principiului transparenței”.

6. Articolul 44 din această directivă, intitulat „[v]erificarea respectării cerințelor și selecția participanților, atribuirea contractelor”, prevede următoarele:

„(1) Contractele se atribuie pe baza criteriilor prevăzute la articolele 53 și 55, ținând seama de articolul 24, după verificarea respectării cerințelor pentru operatorii economici care nu au fost respinși în temeiul articolelor 45 și 46, realizată de autoritățile contractante conform criteriilor referitoare la capacitatea economică și financiară, la cunoștințele sau capacitățile profesionale și tehnice prevăzute la articolele 47-52 și, după caz, în conformitate cu normele și criteriile nediscriminatorii prevăzute la alineatul (3).

(2) Autoritățile contractante pot solicita candidaților și ofertanților să îndeplinească niveluri minime de capacități, în conformitate cu articolele 47 și 48.

Amploarea informațiilor prevăzute la articolele 47 și 48, precum și nivelurile minime de capacități necesare pentru un anumit contract trebuie raportate la și proporționale cu obiectul contractului.

Aceste niveluri minime sunt menționate în anunțul de participare.

[…]”

7. Articolul 48 din Directiva 2004/18, intitulat „[c]apacități tehnice și profesionale”, prevede:

„(1) Capacitățile tehnice și/sau profesionale ale operatorilor economici sunt evaluate și verificate în conformitate cu alineatele (2) și (3).

(2) Capacitățile tehnice ale operatorilor economici pot fi dovedite în unul din următoarele moduri, în funcție de natura, cantitatea sau importanța și utilizarea lucrărilor, a bunurilor sau a serviciilor:

(a) (i) […]

(ii) prezentarea unei liste a principalelor livrări sau a principalelor servicii efectuate în decursul ultimilor trei ani, indicând valoarea, data și beneficiarii publici sau privați.

[…]

3 — JO L 94, p. 65.

(3) După caz și pentru un contract determinat, un operator economic poate menționa capacitățile altor entități, indiferent de ce caracter legal au relațiile dintre el și respectivele entități. În acest caz, operatorul economic trebuie să dovedească autorității contractante că va dispune de mijloacele necesare prezentând, de exemplu, angajamentul respectivelor entități în acest sens.

[…]”

8. Articolul 51 din Directiva 2004/18, intitulat „[d]ocumente și informații suplimentare”, prevede că „[a]utoritatea contractantă poate invita operatorii economici să completeze sau să clarifice certificatele și documentele prezentate în temeiul articolelor 45-50”.

9. Potrivit articolului 54 din Directiva 2004/18, intitulat „[u]tilizarea licitațiilor electronice”:

„(1) Statele membre prevăd posibilitatea autorităților contractante de a utiliza licitații electronice.

[…]

(4) Înainte de inițierea unei licitații electronice, autoritățile contractante efectuează o primă evaluare completă a ofertelor, conform criteriilor de atribuire și ponderilor stabilite.

Toți ofertanții care au prezentat oferte acceptabile sunt invitați simultan, pe cale electronică, să prezinte noi prețuri și noi valori; […]

[…]

(8) După ce au încheiat licitația electronică, autoritățile contractante atribuie contractul în conformitate cu articolul 53, în funcție de rezultatele licitației electronice.

Autoritățile contractante nu pot recurge la licitațiile electronice în mod abuziv sau astfel încât să împiedice, să restrângă sau să denatureze concurența sau să modifice obiectul contractului, astfel cum a fost anunțat prin publicarea unui anunț de participare și definit în caietul de sarcini.”

B – *Directiva 2014/24*

10. Articolul 63 din Directiva 2014/24 este intitulat „Utilizarea capacităților altor entități” și prevede următoarele:

„(1) În ceea ce privește criteriile referitoare la situația economică și financiară stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (3) și criteriile privind capacitatea tehnică și profesională stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (4), un operator economic poate, dacă este cazul și pentru un anumit contract, să recurgă la capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a legăturilor pe care le are cu acestea. În ceea ce privește criteriile referitoare la calificările educaționale și profesionale stabilite la anexa XII partea II litera (f) sau la experiența profesională relevantă, operatorii economici pot, cu toate acestea, să se bazeze doar pe capacitățile altor entități atunci când acestea din urmă vor desfășura activitățile sau serviciile pentru îndeplinirea cărora sunt necesare respectivele capacități. În cazul în care un operator economic dorește să se bazeze pe capacitățile altor entități, acesta dovedește autorității contractante că va avea la dispoziție resursele necesare, de exemplu prin prezentarea unui angajament din partea respectivelor entități în acest sens.

[…]

(2) În cazul contractelor de achiziții de lucrări sau de servicii și al lucrărilor de amplasare sau de instalare din cadrul unui contract de achiziții de produse, autoritățile contractante pot impune ca anumite sarcini critice să fie efectuate direct de către ofertantul însuși […]”

11. Articolul 90 alineatul (1) din Directiva 2014/24, intitulat „[t]ranspunere și dispoziții tranzitorii”, prevede că „[s]tatele membre asigură intrarea în vigoare a actelor cu putere de lege și a actelor administrative necesare pentru a se conforma prezentei directive până la 18 aprilie 2016. Statele membre comunică de îndată Comisiei textul măsurilor respective”. Potrivit articolului 93, Directiva 2014/24 a intrat în vigoare în a douăzecea zi de la data publicării în Jurnalul Oficial, care a avut loc la 28 martie 2014.

III – **Situația de fapt, procedura și întrebările preliminare**

12. Autoritatea contractantă a organizat o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice privind „curățarea mecanică generală a șoselelor capitalei Varșovia în sezonul de iarnă și de vară în anii 2014-2017 – etapa I”. Anunțul de participare la procedură a fost publicat în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* din 24 decembrie 2013, întrucât valoarea contractului depășea pragurile valorice ale Uniunii Europene. Autoritatea contractantă a divizat contractul în opt loturi, care acopereau cartiere determinate ale Varșoviei, și a permis depunerea unor oferte parțiale pe loturi, fără să limiteze numărul loturilor pentru care un operator economic putea prezenta oferte. Aceasta a organizat o procedură deschisă (procedura de licitație publică deschisă) și a prevăzut desfășurarea unei licitații electronice.

13. Curățarea pe timp de iarnă constă în prevenirea formării gheții și în îndepărtarea acesteia prin presărarea de nisip cu sare și în deszăpezirea cu ajutorul plugurilor de zăpadă a drumurilor naționale, voievodale, districtuale și municipale pe care se efectuează transportul public urban. Curățarea pe timp de vară constă în măturarea și în curățarea umedă a străzilor. Potrivit caietului de sarcini, operatorii economici erau obligați să facă dovada faptului că în ultimii trei ani anteriori expirării termenului de depunere a ofertelor, respectiv – în măsura în care durata activității desfășurate era mai scurtă – în perioada corespunzătoare de desfășurare a activității, aceștia au furnizat sau furnizează servicii care constau în lucrări de curățare a străzilor pe timp de iarnă cu o valoare totală a contractului de cel puțin 1 000 000 PLN.

14. Autoritatea contractantă a arătat că, la evaluarea aspectului privind îndeplinirea acestei condiții, se iau în considerare doar acele servicii în cazul cărora, în vederea prevenirii formării gheții și a îndepărtării acesteia, s-a utilizat așa-numita tehnologie cu săruri umede [4]. Autoritatea contractantă a precizat de asemenea că, în măsura în care se depun oferte pentru mai mult de un lot al contractului, operatorul economic trebuie să dovedească faptul că execută lucrări corespunzătoare având o valoare a contractului în mod analog mai ridicată, și anume 1 000 000 PLN înmulțit cu numărul loturilor din contract pentru care a prezentat oferte. Astfel, un operator economic care a depus oferte pentru opt loturi ale contractului trebuia să facă dovada privind prestarea unor servicii corespunzătoare în valoare de cel puțin 8 000 000 PLN [5].

15. În lista de servicii anexată la oferta sa, PARTNER a menționat 14 prestări de servicii. În cazul a 12 dintre acestea, el a menționat că se bazează pe experiența proprie, iar în cazul a 2 prestări de servicii a menționat experiența PUM Sp. z o.o. (denumită în continuare „PUM”), o societate cu sediul în Grudziądz (un oraș situat la aproximativ 227 km de Varșovia) în calitate de altă entitate pe ale cărei mijloace se bazează PARTNER. Societatea PARTNER a anexat la oferta sa angajamentul din partea

4 — Și anume, s-a utilizat clorură de sodiu sau un amestec de clorură de sodiu și clorură de calciu care sunt umezite în timpul presărării și se transformă în soluții saline.

5 — În decizia de trimitere se precizează că, în cadrul ședinței desfășurate în fața instanței naționale, autoritatea contractantă a declarat că a verificat îndeplinirea acestei condiții prin faptul că a însumat valorile tuturor serviciilor prezentate și acceptate și le-a împărțit ulterior la 1 000 000, stabilind astfel numărul loturilor din contract pentru care operatorul economic vizat ar fi îndeplinit condiția respectivă.

PUM în sensul „punerii la dispoziție a mijloacelor necesare”. Din angajament rezultă și modul de utilizare a resurselor puse la dispoziție, și anume: servicii de consultanță, care includ, printre altele, instruirea angajaților operatorului economic, precum și furnizarea de servicii de consultanță oferite operatorului economic, inclusiv asistență în soluționarea problemelor care ar putea interveni în cadrul executării contractului.

16. După ce autoritatea contractantă a informat PARTNER la 11 martie 2014 că nu consideră că operatorul economic are mijloacele necesare pentru executarea contractului, PARTNER a răspuns la 18 martie 2014 că, în cazul în care autoritatea contractantă ar considera că experiența demonstrată este insuficientă, partea rămasă a experienței sale ar trebui recunoscută în ordinea următoare: loturile V, I, II, III, VIII, IV, VII, VI. În acest sens, el a susținut că, în cazul în care un operator economic depune oferte pentru mai multe loturi din contract, această ofertă ar putea fi luată în considerare separat pentru fiecare dintre aceste loturi. Prin urmare, o eventuală excludere a operatorului economic și respingerea ofertei sale nu se poate referi la întregul contract, ci doar la loturile individuale din contract, în privința cărora operatorul economic nu a îndeplinit condițiile.

17. Autoritatea contractantă nu a recunoscut experiența parțială deținută de PARTNER și l-a exclus de la participarea la procedură cu privire la fiecare lot din contract în temeiul articolului 24 alineatul (2) punctul (4) din Legea privind achizițiile publice (Ustawa PZP)[6], pentru motivul că acesta nu a făcut dovada îndeplinirii condițiilor de participare la procedură. Autoritatea contractantă a constatat că, având în vedere caracterul specific al lucrărilor de executat, cunoștințele necesare de topografie a orașului, timpul necesar pentru atingerea standardului stabilit pentru întreținerea drumurilor pe timp de iarnă etc., îndeplinirea în mod corespunzător a obligației care ar rezulta din procedură nu ar fi posibilă fără participarea personală a PUM la executarea cerințelor contractului. Ulterior, autoritatea contractantă a organizat o licitație electronică la care PARTNER nu a fost invitat să participe.

18. În cursul acțiunii formulate la Krajowa Izba Odwoławcza, PARTNER a reproșat autorității contractante că a efectuat o verificare și o apreciere eronate ale ofertelor. Acesta a susținut că autoritatea contractantă nu a indicat în caietul de sarcini că condiția privind deținerea cunoștințelor și a experienței poate fi îndeplinită numai în condițiile în care entitatea care pune cunoștințele și experiența la dispoziția PARTNER participă personal la executarea contractului și nici că experiența ar trebui să includă și cunoștințe topografice concrete.

19. Krajowa Izba Odwoławcza a adresat Curții, în temeiul articolului 267 TFUE, următoarele întrebări preliminare:

„1) Articolul 48 alineatul (3) coroborat cu articolul 2 din Directiva 2004/18 […] trebuie interpretat în sensul că prevederea potrivit căreia, «după caz», operatorul economic poate menționa capacitățile altor entități se referă la orice situație în care operatorul economic respectiv nu dispune de calificările cerute de autoritatea contractantă și dorește să menționeze capacitățile altor entități? Sau indicația că operatorul economic poate menționa capacitățile altor entități numai «după caz» trebuie considerată o restricționare în sensul că, atunci când se face dovada calificării operatorului economic în procedura de atribuire a contractelor de achiziții publice, o astfel de referire este admisă numai în mod excepțional, iar nu ca regulă?

2) Articolul 48 alineatul (3) coroborat cu articolul 2 din Directiva 2004/18 trebuie interpretat în sensul că menționarea capacităților altor entități de către operatorul economic, «indiferent de ce caracter legal au relațiile dintre el și respectivele entități», precum și faptul că operatorul economic «va dispune de mijloacele necesare» ale acestor entități înseamnă că, la executarea contractului, operatorul economic poate să nu aibă nicio legătură sau poate avea numai legături

6 — Legea privind achizițiile publice (Ustawa Prawo zamówień publicznych) (text consolidat, *Dziennik Ustaw* din 2013, rubrica 907). Articolul 24 alineatul (2) punctul (4) prevede: „Sunt excluși de la participarea la o procedură de atribuire a contractelor de achiziții publice și acei operatori economici care […] nu au făcut dovada eligibilității pentru participarea la procedură […]”.

slabe și nedeterminate cu aceste entități, și anume că poate executa contractul în mod independent (fără participarea unei alte entități) sau că o astfel de participare poate consta în «consultanță», «consultare», «formare» și alte măsuri similare? Sau articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18 trebuie interpretat în sensul că entitatea ale cărei capacități sunt menționate de operatorul economic trebuie să execute contractul în mod efectiv și personal, într-o măsură care să corespundă capacităților sale menționate?

3) Articolul 48 alineatul (3) coroborat cu articolul 2 din Directiva 2004/18 trebuie interpretat în sensul că operatorul economic care dispune de experiență proprie, însă într-o măsură mai redusă decât dorește să indice autorității contractante (de exemplu, insuficientă pentru a prezenta o ofertă pentru executarea întregului contract), poate să menționeze, în plus, capacitățile altor entități pentru a-și îmbunătăți șansele în cadrul procedurii de atribuire?

4) Articolul 48 alineatul (3) coroborat cu articolul 2 din Directiva 2004/18 trebuie interpretat în sensul că, în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, autoritatea contractantă poate stabili (sau chiar trebuie să stabilească) principiile pe baza cărora operatorul economic poate menționa capacitățile altor entități, de exemplu, modul în care cealaltă entitate trebuie să participe la executarea contractului, modul în care capacitățile operatorului economic pot fi legate de capacitățile celeilalte entități, aspectul dacă cealaltă entitate răspunde solidar cu operatorul economic pentru buna executare a contractului în măsura în care operatorul economic se întemeiază pe capacitățile celeilalte entități?

5) Principiul tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor economici, prevăzut la articolul 2 din Directiva 2004/18, permite o menționare a capacităților unei alte entități în conformitate cu articolul 48 alineatul (3) din directivă, în cadrul căreia se însumează capacitățile a două sau a mai multe entități, care nu dispun de capacitățile cerute de autoritatea contractantă în ceea ce privește cunoștințele și experiența?

6) Prin urmare, principiul tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor economici, prevăzut la articolul 2 din Directiva 2004/18, permite o interpretare a articolului 44 și a articolului 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18 în sensul că îndeplinirea condițiilor de participare la procedura de atribuire, stabilite de autoritatea contractantă, poate fi doar formală în scopul participării la procedură și independent de calificările efective ale operatorului economic?

7) Principiul tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor economici, prevăzut la articolul 2 din Directiva 2004/18, permite ca, în măsura în care se admite prezentarea unei oferte pentru executarea unor loturi ale contractului, operatorul economic, după depunerea ofertelor, de exemplu, într-o notă complementară sau o notă explicativă privind documentația depusă, să indice la ce lot al contractului se referă capacitățile declarate de acesta pentru a dovedi îndeplinirea condițiilor de participare la procedura de atribuire?

8) Principiul tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor economici, precum și principiul transparenței, ambele prevăzute la articolul 2 din Directiva 2004/18, permit declararea nulității unei licitații încheiate și repetarea unei licitații electronice, atunci când aceasta nu s-a desfășurat în mod esențial conform cerințelor legale, de exemplu, dacă nu au fost invitați să participe toți operatorii economici care au prezentat oferte admisibile?

9) Principiul tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor economici, precum și principiul transparenței, ambele prevăzute la articolul 2 din Directiva 2004/18, permit atribuirea contractului unui operator economic a cărui ofertă a fost selectată pentru adjudecarea contractului în urma unei astfel de licitații, fără repetarea acestei licitații, în cazul în care nu se poate stabili dacă participarea operatorului economic care nu a fost luat în considerare ar fi modificat rezultatul licitației?

10) La interpretarea dispozițiilor Directivei 2004/18 se poate utiliza ca ghid de interpretare conținutul dispozițiilor, precum și al considerentelor Directivei 2014/24 […], în pofida faptului că termenul de transpunere a acesteia din urmă nu a expirat încă, în măsura în care această directivă clarifică anumite prezumții și intenții ale legiuitorului Uniunii Europene și nu contravine dispozițiilor Directivei 2004/18?"

20. Au depus observații scrise PARTNER, Remondis sp. z o.o. și MR Road Service sp. z o.o., intervenientе în procedura principală, guvernele spaniol, leton și polon, precum și Comisia. Toate aceste părți, în afară de guvernul leton, au participat la ședința care a avut loc la 7 mai 2015, la care a fost prezentă și autoritatea contractantă, deși aceasta nu a depus observații scrise.

IV – **Analiză**

A – *Întrebările privind menționarea capacităților tehnice și profesionale ale altui operator economic (prima, a doua, a treia, a cincea și a șasea întrebare)*

21. Prin intermediul acestor întrebări, pe care le vom examina împreună, instanța de trimitere națională solicită, în esență, orientări privind împrejurările în care un ofertant poate să menționeze, în cazul unui anumit contract, capacitățile altor entități în ceea ce privește posibilitățile tehnologice și/sau profesionale atunci când participă la licitația pentru atribuirea unui anumit contract. Opțiunea respectivă este prevăzută la articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18. În opinia noastră, întrebările se referă în principal la trei aspecte. Acestea sunt 1) dreptul unui ofertant de a menționa resurse externe pentru îndeplinirea cerințelor contractului în ceea ce privește capacitățile tehnice și/sau profesionale, 2) posibilitatea efectivă de a utiliza capacitățile terților menționate și 3) dacă aceste capacități sunt transferabile în sensul că pot fi menționate, având în vedere natura și obiectivul contractului în cauză. Este evident că articolul 2, care reflectă principiul general al nediscriminării și transparenței, este relevant pentru răspunsurile la toate întrebările.

22. Este util să subliniem de la bun început diferența dintre menționarea capacităților altor entități potrivit articolului 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18 și subcontractare, astfel cum este prevăzută la articolul 25 din aceasta. După cum s-a subliniat în observațiile scrise depuse de Spania, aceste mecanisme juridice sunt diferite sub două aspecte. În ceea ce privește menționarea capacităților terților, acestea sunt integrate în cele ale ofertantului înainte de atribuirea contractului, în timp ce subcontractarea este realizată la momentul executării contractului. În al doilea rând, subcontractarea face obiectul unor limitări care nu se aplică în cazul menționării capacităților unor terți[7].

1. Dreptul unui operator economic de a menționa capacități externe

23. Expresia „după caz" de la articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18 nu impune nicio limitare materială în privința împrejurărilor în care un operator economic poate să apeleze la resursele unui terț atunci când participă la o licitație pentru atribuirea unui contract de achiziții publice.

7 — Articolul 25 din Directiva 2004/18 prevede că, în caietul de sarcini, autoritatea contractantă poate solicita sau poate fi obligată de un stat membru să solicite ofertantului să indice, în oferta sa, partea din contract pe care intenționează să o subcontracteze unor terți, precum și subcontractanții propuși. Dispoziția prevede în continuare că această precizare nu aduce atingere aspectului responsabilității operatorului economic principal.

24. În concluziile noastre prezentate în cauza Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130) am arătat că modul de redactare a articolului 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18 sugerează că operatorii economici au dreptul de a alege această metodă pentru îndeplinirea criteriilor de selecție, cu condiția de a putea dovedi că au efectiv la dispoziția lor resursele celorlalte entități în cauză necesare pentru executarea contractului respectiv [8]. Această interpretare corespunde în cea mai mare măsură obiectivului de a asigura o concurență cât mai largă în cazul contractelor de achiziții publice și de a încuraja accesul întreprinderilor mici și mijlocii la aceste contracte.

25. Mai mult, în Hotărârea Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593), Curtea a stabilit că natura raporturilor juridice dintre operatorul economic și entitatea sau entitățile terțe pe care urmărește să le menționeze este irelevantă, fapt confirmat ulterior de articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18 [9].

26. Astfel, din perspectiva jurisprudenței Curții, nu poate exista, în principiu, nicio obiecție împotriva menționării de către un ofertant și a capacităților altor entități pentru a-și îmbunătăți situația în cadrul procedurii de atribuire a unui contract. Totuși, menționarea acestora este supusă limitărilor pe care le vom analiza mai jos. După cum s-a subliniat în observațiile scrise ale Comisiei, ceea ce contează este ca ofertantul *să dispună efectiv* de capacitățile altor entități pentru a executa contractul în mod corespunzător. Nu este necesar ca „dispunerea” să aibă o anumită formă juridică.

2. Posibilitatea efectivă de a utiliza capacitățile terților menționate

27. Sub rezerva precizărilor făcute la punctele precedente, revine ofertanților care menționează capacitățile altor entități sarcina de a dovedi autorității contractante că au posibilitatea să le utilizeze în mod efectiv [10]. Din această perspectivă, interpretarea cea mai adecvată a articolului 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18 este cea potrivit căreia dispoziția respectivă impune o cerință legată de probațiune, lăsând autorității contractante posibilitatea de a aprecia probele în cauză. În temeiul articolului 44 alineatul (1) din Directiva 2004/18, revine autorității contractante sarcina de a verifica îndeplinirea cerințelor de către candidați sau ofertanți în conformitate cu criteriile vizate la articolele 47-52 din directiva menționată [11]. Altfel spus, după cum au subliniat autoritatea contractantă și Polonia în cadrul ședinței, o autoritate contractantă are obligația de a se asigura că ofertantul câștigător este efectiv capabil să execute contractul în mod corespunzător.

28. Scopul dispozițiilor Directivei 2004/18 privind participarea terților la executarea contractelor de achiziții publice este de a evita situația în care o întreprindere ar avea dreptul să primească un contract chiar dacă nu deține mijloacele necesare pentru executarea sa. Prin urmare, articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18 se opune unei aprecieri pur formale de către autoritatea contractantă a probelor furnizate de un ofertant, din cauza obligațiilor care îi revin. Altfel spus, nu este acceptabil ca ofertanții să menționeze capacitățile unor terți dacă procedează astfel doar în scopul de a îndeplini în mod formal condiția privind capacitatea minimă prevăzută în anunțul de participare.

8 — *Ibidem*, punctul 24. A se vedea de asemenea în special Hotărârea Siemens și ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159), punctul 46, precum și Hotărârile Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133) și Ballast Nedam Groep (C-5/97, EU:C:1997:636).

9 — Concluziile avocatului general Jääskinen prezentate în cauza Swm Costruzioni și Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130), punctul 22. Această poziție se întemeiază pe constatările Curții din Hotărârile Ballast Nedam Groep (C-5/97, EU:C:1997:636) și Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133), în care raporturile juridice în cauză priveau societăți din același grup. A se vedea punctele 20-22 din concluzii.

10 — A se vedea Concluziile noastre prezentate în cauza Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130), punctul 23.

11 — Hotărârea Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), punctul 26. A se vedea în mod similar Hotărârea Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593), punctul 28.

3. Caracterul transferabil al capacităților tehnologice și/sau profesionale

29. În Hotărârea Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), Curtea a interpretat articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18 coroborate cu articolul 44 alineatul (2) din aceeași directivă în sensul că se opun unei dispoziții generale care interzice operatorilor economici care participă la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice de lucrări menționarea capacităților mai multor întreprinderi pentru aceeași categorie de calificare. Totuși, Curtea a arătat de asemenea că „nu se poate exclude că există lucrări care prezintă particularități ce necesită o anumită capacitate care nu poate fi obținută prin gruparea capacităților inferioare ale mai multor operatori”, iar „[î]ntr-o asemenea ipoteză, autoritatea contractantă ar putea impune în mod întemeiat ca nivelul minim al capacității în cauză să fie atins de un operator economic unic” [12].

30. Astfel, problema în litigiu este însă dacă respectivele capacități legate de posibilitățile tehnologice și profesionale specificate în anunțul privind atribuirea contractului sunt transferabile. În caz contrar, PARTNER nu s-ar califica să participe ca ofertant.

31. Transferabilitatea capacităților tehnologice se referă la problema dacă tehnologia sau know-how-ul pot fi transferate în mod efectiv de la un operator economic la altul, de exemplu, prin consultări și prin furnizarea de consiliere. În observațiile scrise există și aspecte care privesc mai degrabă problema dacă astfel de capacități ale diferitor entități pot fi adăugate în general, aceasta fiind, în opinia noastră, abordarea adoptată de legiuitorul Uniunii la articolul 48 din Directiva 2004/14. Totuși, în procedura principală, adevăratul dezacord privește problema dacă posibilitățile tehnologice ale societății PUM erau transferabile către PARTNER fără ca primul operator economic menționat să participe el însuși în mod direct la executarea contractului. Litigiul nu se referă pur și simplu la adăugarea unor capacități similare la cele pe care PARTNER le deține deja.

32. Modul de soluționare a problemei menționate depinde mult de fapte, precum și de natura și de obiectul contractului. Există capacități care sunt transferabile. Să luăm ca exemplu un contract atribuit de un furnizor de servicii de sănătate publică având ca obiect consultarea pentru depistarea unei forme de cancer utilizând o tehnologie standard și care sunt destinate unui grup determinat de oameni. Să presupunem în continuare că prevederile privind atribuirea contractului precizează că, în cazurile neclare, constatările trebuie să fie confirmate de un specialist care deține anumite calificări profesionale superioare. În astfel de împrejurări, nu ar trebui să existe niciun motiv pentru care un ofertant să nu poată menționa un terț care urmează să furnizeze consultarea necesară. Dacă însă contractul ar avea ca obiect consultarea prin utilizarea unei metodologii noi care nu are un caracter standard, autoritatea contractantă ar putea impune în mod rezonabil ca ofertantul însuși să dețină capacitatea relevantă. În speță, există o problemă legată de împrejurările de fapt ale atribuirii contractului.

33. Așadar, după cum am menționat deja, trebuie să se țină cont de natura fiecărui contract și de cerințele care trebuie să fie îndeplinite. Revine instanței naționale sarcina să se pronunțe asupra acestui aspect.

34. Problema dacă o autoritate contractantă poate impune participarea unei entități terțe la executarea contractului, ca unicul mijloc de a dovedi că ofertantul în cauză dispune de capacitățile relevante, trebuie, de asemenea, să fie analizată de la caz la caz. Totul depinde de natura și de obiectivul contractului. În opinia noastră, sunt ușor de imaginat scenarii în care angajamentul respectiv presupune un asemenea grad de dificultate tehnică încât trebuie să fie executat de terțul care deține cunoștințele de specialitate relevante dacă se menționează capacitatea sa, nefiind suficient ca acesta din urmă să ofere doar asistență și consiliere, iar angajamentul relevant să fie executat de ofertantul însuși.

12 — Hotărârea Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), punctul 35.

4. Concluzie intermediară

35. Pe baza observațiilor de mai sus, la prima, la a doua, la a treia, la a cincea și la a șasea întrebare se poate răspunde după cum urmează: articolul 44 și articolul 48 alineatul (3) coroborate cu articolul 2 din Directiva 2004/18 trebuie interpretat în sensul că expresia „după caz” nu impune nicio limitare materială privind împrejurările în care un operator economic poate menționa capacitățile altor entități în scopul de a dovedi unei autorități contractante că va dispune de posibilitățile tehnologice și/sau profesionale necesare pentru executarea unui anumit contract de achiziții publice. Natura raporturilor juridice dintre operatorul economic și entitatea terță este irelevantă, dar operatorul economic trebuie să poată dovedi autorității contractante că dispune efectiv de toate mijloacele necesare pentru executarea termenilor contractului. Un ofertant poate să menționeze capacitățile altor entități pentru a dovedi posibilitățile sale tehnologice și/sau profesionale, sub rezerva limitărilor care decurg din natura și din obiectivul contractului care trebuie să fie executat.

B – *Anunțul de participare, caietul de sarcini și răspunderea solidară (a patra întrebare)*

36. Prin intermediul celei de a patra întrebări se solicită, în esență, să se stabilească dacă autoritatea contractantă poate (sau chiar trebuie) să indice, în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, principiile în temeiul cărora ofertanții pot sau nu pot să menționeze capacitățile altor entități. Mai concret, autoritatea contractantă poate stipula modul în care ofertantul trebuie să participe la executarea contractului, modalitatea în care capacitățile ofertantului respectiv și ale altor entități pot fi combinate și dacă cealaltă entitate răspunde solidar cu ofertantul pentru buna executare a contractului în măsura în care acesta din urmă se întemeiază pe capacitățile sale?

37. Spania a afirmat în observațiile sale scrise că anunțul de participare sau caietul de sarcini ar trebui să indice principiile potrivit cărora un ofertant poate menționa capacitățile altor entități, cu condiția ca aceste cerințe să fie proporționale și să aibă o legătură directă cu obiectul contractului în cauză. Observațiile scrise depuse de Polonia susțin același punct de vedere.

38. Totuși, în opinia noastră, poziția corectă este cea susținută de Comisie. Aceasta a subliniat în observațiile sale scrise că, întrucât ofertanții au dreptul să menționeze capacitățile unor entități terțe, autorităților contractante le este interzis să impună condiții exprese care pot să împiedice exercitarea dreptului menționat. Ofertantul are dreptul să stabilească modul în care va ajunge să dispună de capacitățile respective. Comisia a adăugat în mod corect că, din motive practice, ar putea fi aproape imposibil ca autoritatea contractantă să stabilească, în avans, cerințe privind modalitățile în care se pot menționa capacitățile altora; ea nu poate să prevadă toate scenariile posibile de utilizare a capacităților altora. Desigur, acest lucru este valabil sub rezerva absenței criteriilor stabilite în jurisprudența rezultată din Hotărârea Swm Costruzioni 2, referitoare la situațiile în care menționarea lor este exclusă.

39. Principiile generale elaborate de Curte privind anunțul de participare și caietul de sarcini, precum și *principiul transparenței* sunt relevante pentru această întrebare. Reamintim că obligația de transparență are ca scop să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante [13] și că principiul egalității de tratament și obligația de transparență interzic autorității contractante să respingă o ofertă care îndeplinește cerințele prevăzute în cererea de ofertă pe baza unor motive care nu au fost prevăzute în cererea de ofertă menționată [14]. Observăm totodată că, potrivit articolului 23 alineatul (2) din Directiva 2004/18, specificațiile tehnice „trebuie să permită accesul egal al ofertanților și să nu aibă ca efect impunerea unor obstacole nejustificate în calea concurenței în ceea ce privește lansarea procedurilor de achiziții publice”, în timp ce articolul 23 alineatul (3) litera (c) prevede că specificațiile tehnice pot include cerințe legate de performanță.

13 — Hotărârea SC Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228), punctul 26 și jurisprudența citată.

14 — *Ibidem*, punctul 28.

40. În opinia noastră, în cazul în care sunt întrunite condițiile stabilite în Hotărârea Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, punctul 35), iar autoritatea contractantă impune, *ca o condiție privind procedura de atribuire a contractului*, asigurarea capacităților minime în cauză de către un singur operator economic, este obligatoriu ca acest lucru să fie precizat în prealabil în anunțul de participare și/sau în caietul de sarcini. În asemenea împrejurări, posibilitatea de a menționa capacitățile unor terți prevăzută la articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18 este exclusă. Acesta pare să fie singurul mijloc prin care se poate respecta obligația de transparență atunci când se examinează respectarea cerințelor de către candidați, întrucât, în caz contrar, ofertanții potențiali nu ar fi informați cu privire la toate cerințele obligatorii și absolute legate de capacitățile minime [15].

41. Totuși, aceasta este o problemă diferită de aprecierea referitoare la aspectul dacă un ofertant care menționează capacitățile unor terți îndeplinește *efectiv* condițiile legate de posibilitățile tehnologice și/sau profesionale prevăzute în anunțul de participare. Problema menționată nu poate fi analizată decât prin compararea ofertelor cu cerințele privind conformitatea precizate în anunțul de participare și caietul de sarcini, din perspectiva criteriilor expuse mai sus în contextul primei, al celei de a doua, al celei de a treia, al celei de a cincea și al celei de a șasea întrebări.

42. În sfârșit, în ceea ce privește răspunderea solidară, în observațiile scrise ale Comisiei, a fost invocat articolul 63 alineatul (1) al treilea rând din Directiva 2014/24 în susținerea unui argument în favoarea sa. PARTNER și Spania, pe de altă parte, susțin că impunerea răspunderii solidare nu este posibilă, întrucât doar ofertantul care a participat la procedura de licitație este responsabil pentru executarea contractului, iar nu orice entitate terță ale cărei capacități le-a menționat.

43. Pentru motivele pe care le vom prezenta în răspunsul nostru la a zecea întrebare, din Directiva 2014/24 nu pot fi derivate principii absolute pentru aplicarea Directivei 2004/18, atunci când acestea fie lipsesc din Directiva 2004/18, fie impun norme sau cerințe mai detaliate decât dispozițiile corespunzătoare din cuprinsul său. Prin urmare, impunerea răspunderii solidare ar trebui să fie exclusă înainte de expirarea termenului de punere în aplicare a Directivei 2014/24.

44. Pentru aceste motive, răspunsul Curții la a patra întrebare ar trebui să fie că articolul 48 alineatul (3) coroborat cu articolul 2 din Directiva 2004/18 trebuie interpretat în sensul că, în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, autoritatea contractantă este obligată să precizeze orice condiție care se opune invocării articolului 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18 de către operatorii economici pentru a demonstra îndeplinirea cerințelor privind nivelul minim de capacități. Autorității contractante îi este interzis în mod normal să stabilească în anunțul de participare sau în caietul de sarcini condiții sau principii privind aspectul dacă ofertanții pot să menționeze capacitățile altor entități și modul în care ei pot să facă acest lucru.

C – *Clarificarea ofertei (a șaptea întrebare)*

45. A șaptea întrebare are ca obiect, în esență, măsura în care autoritatea contractantă și ofertantul pot intra într-un dialog, după depunerea ofertelor, de exemplu, într-o notă complementară sau o notă explicativă privind documentația depusă, atunci când se admite prezentarea unei oferte pentru executarea unei părți a contractului. Reamintim în această privință că, potrivit articolului 51 din Directiva 2004/18, autoritatea contractantă poate invita operatorii economici să completeze sau să clarifice certificatele și documentele prezentate în temeiul articolelor 45-50 din aceasta.

15 — A se vedea prin analogie jurisprudența referitoare la criteriile de atribuire, de exemplu, Hotărârea Comisia/Franța (C-299/08, EU:C:2009:769), punctul 41, în care 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” (sublinierea noastră). A se vedea și Hotărârea ATI EAC e Viaggi di Maio și alții (C-331/04, EU:C:2005:718), în care s-au stabilit, la punctul 32, limite privind acordarea unei ponderi concrete subrubricilor criteriilor de atribuire, precum și Hotărârea Universale-Bau și alții (C-470/99, EU:C:2002:746), punctul 100, în care autoritatea contractantă a fost obligată să precizeze, în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, reguli de ponderare a criteriilor utilizate pentru selectarea candidaților care urmau să fie invitați să își depună ofertele.

46. În opinia noastră, Curtea poate furniza un răspuns scurt la această întrebare. Curtea a exclus deja orice negociere între autoritatea contractantă și un ofertant sau altul. Autoritățile contractante nu pot solicita clarificarea ofertelor pe care le consideră imprecise sau care, în opinia lor, nu îndeplinesc cerințele tehnice din caietul de sarcini înainte de a respinge ofertele respective [16].

47. După depunerea sa, o ofertă nu poate fi modificată nici la inițiativa ofertantului, nici la cea a autorității contractante [17]. În mod excepțional, acesta din urmă poate să solicite completarea datelor, de exemplu, o simplă clarificare sau înlăturarea unor erori materiale evidente, fără să solicite sau să accepte vreo modificare a ofertei [18].

48. În opinia noastră, furnizarea de informații privind ordinea de prioritate a loturilor vizate de o ofertă după depunerea ofertelor nu este o simplă precizare, ci o modificare importantă a ofertei. Acceptarea sa ar constitui o încălcare a principiilor concurenței loiale. Aceasta nu se încadrează în ansamblul de împrejurări excepționale în care sunt permise clarificări ale ofertelor.

49. Astfel, în opinia noastră, răspunsul la a șaptea întrebare trebuie să fie că principiul tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor economici, prevăzut la articolul 2 din Directiva 2004/18, nu permite ca, în măsura în care se admite prezentarea unei oferte pentru executarea unui lot al contractului, operatorul economic, după depunerea ofertelor, să indice la ce lot al contractului se referă capacitățile declarate de acesta pentru a dovedi îndeplinirea condițiilor de participare la procedura de atribuire.

D – *Nereguli în cadrul licitației electronice (a opta și a noua întrebare)*

50. A opta și a noua întrebare se referă la consecințele pe care le generează, în privința atribuirii unui contract, faptul că nu s-a permis tuturor ofertanților care îndeplinesc condițiile să participe la o licitație electronică.

51. În această privință, reamintim de la bun început că, în conformitate cu articolul 54 alineatul (4) al doilea paragraf din Directiva 2004/18, „[t]oți ofertanții care au prezentat oferte acceptabile sunt invitați simultan, pe cale electronică, să prezinte noi prețuri și noi valori”. Articolul 54 alineatul (8) din Directiva 2004/18 interzice utilizarea licitațiilor electronice astfel încât, printre altele, să împiedice sau să denatureze concurența. Observăm în continuare că întrebarea instanței naționale nu se referă la căile de atac aflate la dispoziția operatorilor economici în cazul unei licitații electronice care prezintă nereguli [19], ci la obligațiile care revin autorității contractante în temeiul Directivei 2004/18 într-o asemenea situație.

16 — Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții (C-599/10, EU:C:2012:191), punctele 36 și 37. Reamintim că în Directiva 2004/18 există dispoziții referitoare la dialogul competitiv în privința contractelor deosebit de complexe (articolul 29) și a procedurilor negociate (articolul 30). Totuși, aceste dispoziții sunt irelevante în cazul din speță.

17 — A se vedea Hotărârea Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), în care Curtea a statuat la punctul 31 că „[p]rincipiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărui ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini”.

18 — Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții (C-599/10, EU:C:2012:191), punctele 40 și 41. A se vedea și Hotărârea Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), punctul 32.

19 — Acestea sunt prevăzute în Directiva 89/665/CEE din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări (JO L 395, p. 33, Ediție specială, 06/vol. 1, p. 237), astfel cum a fost modificată prin Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului de modificare a Directivelor 89/665/CEE și 92/13/CEE ale Consiliului în ceea ce privește ameliorarea eficacității căilor de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice (JO L 335, p. 31).

52. În opinia noastră, dacă un ofertant care întrunește criteriile prevăzute în anunțul de participare și în caietul de sarcini ar fi trebuit să fie invitat să ia parte la licitația electronică, potrivit articolului 54 alineatul (4) din Directiva 2004/18, însă acest lucru nu a avut loc, din cerința privind tratarea în mod egal și fără discriminare, astfel cum este prevăzută la articolul 2 din Directiva 2004/18, rezultă că licitația ar trebui să fie repetată. Această afirmație este valabilă indiferent dacă participarea sa ar fi schimbat sau nu ar fi schimbat rezultatul licitației [20]. Astfel, contractul nu poate fi atribuit pe baza unor asemenea licitații electronice ilegale sau care prezintă nereguli.

53. Prin urmare, propunem să se răspundă la a opta și a noua întrebare în sensul că articolul 2 din Directiva 2004/18 impune anularea și repetarea licitației electronice dacă un candidat care întrunește criteriile de participare la procedura de atribuire a contractului nu a fost invitat să participe la licitația electronică.

E – *Directiva 2014/24 poate fi luată în considerare la interpretarea Directivei 2004/18? (a zecea întrebare)*

54. Prin intermediul celei de a zecea întrebări, instanța de trimitere națională urmărește să afle dacă, la interpretarea dispozițiilor Directivei 2004/18, se poate utiliza ca ghid de interpretare conținutul dispozițiilor, precum și al considerentelor Directivei 2014/24, în pofida faptului că termenul de transpunere a acesteia din urmă nu a expirat încă, în măsura în care această directivă clarifică anumite prezumții și intenții ale legiuitorului Uniunii și nu contravine dispozițiilor Directivei 2004/18.

55. Problema menționată este determinată de faptul că articolul 63 alineatul (1) din Directiva 2014/24 este intitulat „Utilizarea capacităților altor entități” și prevede norme aplicabile în prezenta situație care sunt mai detaliate decât cele din Directiva 2004/18. Articolul 63 alineatul (1) din Directiva 2014/24, la fel ca articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18, prevede că „natura juridică” a legăturilor dintre entități este lipsită de importanță. Totuși, articolul 63 alineatul (1) din Directiva 2014/24 adaugă că, atunci când depinde de „calificările educaționale și profesionale” sau de „experiența profesională”, operatorul economic în cauză poate să se bazeze doar pe capacitățile altor entități atunci când acestea din urmă vor desfășura activitățile sau serviciile pentru îndeplinirea cărora sunt necesare respectivele capacități. Mai mult, articolul 63 alineatul (2) din Directiva 2014/24 prevede că autoritățile contractante pot impune ca anumite sarcini critice să fie efectuate direct de ofertantul însuși.

56. Observăm de la bun început că problema cu care este sesizată instanța națională se referă la raportul *dintre două acte normative ale Uniunii*. Prin urmare, jurisprudența referitoare la obligațiile statelor membre în termenul prevăzut pentru transpunerea unei directive [21] cu privire la interpretarea dreptului național în cursul termenului respectiv [22] nu este relevantă.

57. Mai mult, reamintim că, recent, Curtea a statuat că, în împrejurările în care Directiva 2014/24/UE a intrat în vigoare după data faptelor din procedura principală în discuție, ea nu poate fi aplicabilă în litigiul respectiv [23]. Această poziție este în conformitate cu constatările sale anterioare în contextul perioadei de tranziție de la Directiva 93/37/CEE din 14 iunie 1993 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări [24] la Directiva 2004/18. Într-o cauză în care o propunere a fost înlăturată din procedura de atribuire a unui contract înainte de data la care a expirat termenul de transpunere a Directivei 2004/18, Curtea a statuat că „ar fi contrar principiului securității juridice ca dreptul aplicabil acțiunii principale să se determine în raport cu data atribuirii

20 — PARTNER a afirmat în cadrul ședinței că nu a fost invitat să participe la licitația electronică pentru atribuirea contractului în cauză.

21 — A se vedea, de exemplu, Concluziile recente ale avocatului general Sharpston prezentate în cauza bpost (C-340/13, EU:C:2014:2302), punctul 29, citând Hotărârile Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628), punctul 45, ATRAL (C-14/02, EU:C:2003:265), punctul 58, și Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias și alții (C-43/10, EU:C:2012:560), punctul 57.

22 — *Ibidem*, citând Hotărârea Adeneler și alții (C-212/04, EU:C:2006:443), punctele 122 și 123.

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

24 — JO L 199, p. 54.

contractului”[25]. Prin urmare, Curtea a statuat că „Directiva 2004/18 nu este aplicabilă unei decizii adoptate de o autoritate contractantă cu ocazia atribuirii unui contract de achiziții publice de lucrări anterior expirării termenului de transpunere a acestei directive”[26]. În prezenta cauză, instanța națională nu solicită însă detalii referitoare la raportul dintre anumite dispoziții ale directivelor mai vechi și ale celor noi, ci doar orientări generale.

58. Acestea fiind spuse, Curtea a invocat, cel puțin o dată, atât un considerent, cât și o dispoziție ale Directivei 2014/24 la interpretarea Directivei 2004/18. Totuși, Curtea nu a precizat motivele pentru care a procedat astfel[27].

59. În opinia noastră, raportul dintre două acte normative succesive ale Uniunii Europene din perspectiva interpretării trebuie să fie abordat ținând seama în mod corespunzător de intenția legiuitorului. Cu toate acestea, formularea celei de a zecea întrebări nu este utilă în acest sens întrucât nu este clar dacă trimiterea la „anumite prezumții și intenții ale legiuitorului Uniunii” se referă la cele legate de Directiva 2014/24 sau de Directiva 2004/18.

60. Considerăm că este evident că Directiva 2014/24 nu poate să clarifice care a fost intenția legiuitorului în cazul Directivei 2004/18. Cu toate acestea, este posibil ca din considerentele și din dispozițiile Directivei 2014/24 să rezulte că intenția legiuitorului privind anumite dispoziții din cuprinsul său a fost de a codifica jurisprudența existentă în care a fost aplicată Directiva 2004/18. În astfel de situații, nu există niciun obstacol în calea luării în considerare a celei din urmă directive la interpretarea celei dintâi. Dacă însă intenția legiuitorului este de a se îndepărta de dispozițiile Directivei 2004/18 sau de jurisprudența existentă, noua directivă nu poate servi ca ghid pentru interpretarea celei anterioare.

61. Pe de altă parte, instanța de trimitere națională menționează o condiție. A zecea întrebare sugerează că luarea în considerare a Directivei 2014/24/UE este exclusă în cazul în care „contravine dispozițiilor Directivei 2004/18”. Această poziție decurge, desigur, din principiul securității juridice, care interzice aplicarea retroactivă a unui instrument care nu este aplicabil *ratione temporis*[28].

62. În centrul întrebării se află însă dispozițiile Directivei 2014/24, care adaugă detalii la cele ale Directivei 2004/18 sau jurisprudența atunci când se aplică în situații în care nu există contradicții logice între acte, în Directiva 2004/18 mențiunile privind problema în cauză fiind absente sau imprecise.

63. În opinia noastră, din principiul securității juridice rezultă că normele sau condițiile absolute întemeiate pe Directiva 2014/24 nu pot fi aplicate ca „interpretări” ale Directivei 2004/18 în detrimentul operatorilor economici care participă la procedurile de atribuire a contractelor. Dacă însă intenția legiuitorului care se află la baza dispozițiilor relevante ale Directivei 2014/24 este mai degrabă de a armoniza mai mult legislația și jurisprudența existente, iar nu divizarea acestora, nu există niciun obstacol în calea utilizării lor ca ghid de interpretare a Directivei 2004/18.

25 — Hotărârea Hochtief și Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627), punctul 29.

26 — *Ibidem*, punctul 30. Adăugăm că această abordare este în conformitate cu cea adoptată de Curte în Hotărârile Monsees (C-350/97, EU:C:1999:242), punctul 27, și Comisia/Franța (C-337/98, EU:C:2000:543), punctele 38 și 39.

27 — Hotărârea Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469), punctul 37. Observăm totodată că în Concluziile prezentate în cauza Auroux și alții (C-220/05, EU:C:2006:410), punctul 50, avocatul general Kokott a făcut referire la o dispoziție a Directivei 2004/18 pentru a confirma o interpretare a Directivei 93/37, deși cea dintâi nu era încă aplicabilă *ratione temporis*. Curtea a precizat însă la punctul 61 din Hotărârea Auroux și alții (C-220/05, EU:C:2007:31) că dispoziția în cauză a Directivei 2004/18 nu era „aplicabilă *ratione temporis* faptelor din acțiunea principală”. A se vedea de asemenea o observație formulată în Concluziile avocatului general Wahl prezentate în cauza Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” și alții (C-113/13, EU:C:2014:291), punctul 40, precum și excluderea de către Curte a aplicabilității Directivei 2014/24 la punctul 8 din Hotărârea Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” și alții (C-113/13, EU:C:2014:2440).

28 — În această privință, reamintim formularea clasică a punctului de vedere al Curții în Hotărârea Fédesa și alții (C-331/88, EU:C:1990:391), punctul 45, în care a statuat că, în general, principiul securității raporturilor juridice se opune stabilirii punctului de pornire a efectelor în timp ale unui act comunitar la o dată anterioară publicării sale, însă, în mod excepțional, situația poate fi diferită atunci când obiectivul ce trebuie atins o impune și atunci când încrederea legitimă a celor în cauză este respectată în mod corespunzător”. Aceste condiții necesare pentru retroactivitate nu sunt îndeplinite în prezenta cauză.

64. Pentru motivele de mai sus, propunem Curții să răspundă la a zecea întrebare în sensul că la interpretarea dispozițiilor Directivei 2004/18 se poate utiliza ca ghid de interpretare conținutul dispozițiilor, precum și al considerentelor Directivei 2014/24, în pofida faptului că termenul de transpunere a acesteia din urmă nu a expirat încă, în măsura în care această directivă codifică jurisprudența referitoare la aplicarea Directivei 2004/18 sau adaugă detalii la aceasta, dar nu contravine dispozițiilor Directivei 2004/18 și nici nu stabilește norme sau condiții absolute în detrimentul operatorilor economici.

V – **Concluzie**

65. Având în vedere considerațiile precedente, propunem Curții să răspundă la întrebările preliminare formulate de Krajowa Izba Odwoławcza după cum urmează:

„Prima, a doua, a treia, a cincea și a șasea întrebare

Articolul 44 și articolul 48 alineatul (3) coroborate cu articolul 2 din Directiva 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 trebuie interpretat în sensul că expresia «după caz» nu impune nicio limitare materială privind împrejurările în care un operator economic poate menționa capacitățile altor entități în scopul de a dovedi unei autorități contractante că va dispune de posibilitățile tehnologice și/sau profesionale necesare pentru executarea unui anumit contract de achiziții publice. Natura raporturilor juridice dintre operatorul economic și entitatea terță este irelevantă, dar operatorul economic trebuie să poată dovedi autorității contractante că dispune efectiv de toate mijloacele necesare pentru executarea termenilor contractului. Un ofertant poate să menționeze capacitățile altor entități pentru a dovedi posibilitățile sale tehnologice și/sau profesionale, sub rezerva limitărilor care decurg din natura și din obiectivul contractului care trebuie să fie executat.

A patra întrebare

Articolul 48 alineatul (3) coroborat cu articolul 2 din Directiva 2004/18 trebuie interpretat în sensul că, în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, autoritatea contractantă este obligată să precizeze orice condiție care se opune invocării articolului 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18 de către operatorii economici pentru a demonstra îndeplinirea cerințelor privind nivelul minim de capacități. Autorității contractante îi este interzis în mod normal să stabilească în anunțul de participare sau în caietul de sarcini condiții sau principii privind aspectul dacă ofertanții pot să menționeze capacitățile altor entități și modul în care ei pot să facă acest lucru.

A șaptea întrebare

Principiul tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor economici, prevăzut la articolul 2 din Directiva 2004/18, nu permite ca, în măsura în care se admite prezentarea unei oferte pentru executarea unui lot al contractului, operatorul economic, după depunerea ofertelor, să indice la ce lot al contractului se referă capacitățile declarate de acesta pentru a dovedi îndeplinirea condițiilor de participare la procedura de atribuire.

A opta și a noua întrebare

Articolul 2 din Directiva 2004/18 impune anularea și repetarea licitației electronice dacă un candidat care întrunește criteriile de participare la procedura de atribuire a contractului nu a fost invitat să participe la licitația electronică.

A zecea întrebare

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 poate fi folosită ca ghid pentru interpretarea Directivei 2004/18, în pofida faptului că termenul de transpunere a Directivei 2014/24 nu a expirat încă, însă doar în măsura în care această directivă codifică jurisprudența referitoare la aplicarea Directivei 2004/18 sau adaugă detalii la aceasta, iar dispozițiile relevante ale Directivei 2014/24 nu contravin Directivei 2004/18 și nici nu stabilesc norme sau condiții obligatorii în detrimentul operatorilor economici.”