



Repertoriul jurisprudenței

CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL
MICHAL BOBEK
din 24 noiembrie 2016¹

Cauza C-387/14

**Esaprojekt Sp. z o.o.
împotriva
Województwo Łódzkie**

[cerere de decizie preliminară formulată de Krajowa Izba Odwoławcza (Camera Națională de Recurs, Polonia)]

„Directiva 2004/18/CE — Principiile nediscriminării și transparenței — Prezentare de către ofertant a unor informații suplimentare privind contractele de furnizare de bunuri care nu au fost menționate în oferta inițială — Posibilitatea de cumulare a experienței deținute de două entități — Posibilitatea de a se întemeia pe experiența dobândită ca membru al unui grup de întreprinderi — Posibilitatea cumulării experienței din mai multe contracte — Declarații false grave”

I – Introducere

1. Prezenta cauză privește o licitație publică pentru furnizarea de sisteme informatice în spitalele în Polonia. Contractul a fost atribuit inițial societății Komputer Konsult Sp. z o.o. (denumită în continuare „KK”). Esaprojekt Sp. z o.o. (denumită în continuare „Esaprojekt”), care a depus de asemenea o ofertă, a contestat procedura de atribuire menționată în fața instanțelor naționale. Procedura de atribuire a fost anulată întrucât experiența pe care s-a întemeiat KK a fost insuficientă. KK a fost invitată să clarifice lista privind experiența sa. Lista modificată a societății KK a inclus o experiență nouă care aparținea unor terți. Contractul a fost din nou atribuit acesteia. Esaprojekt a formulat o nouă contestație, care a condus la cererea de decizie preliminară adresată în prezenta cauză.

2. Instanța națională a adresat Curții o serie de întrebări prin care solicită, în primul rând, stabilirea condițiilor în care ofertanții pot să modifice lista privind experiența lor și să se întemeieze pe experiența unor terți. În al doilea rând, instanța națională urmărește clarificarea condițiilor în care informațiile prezentate de un ofertant constituie „declarații false” în sensul articolului 45 alineatul (2) litera (g) din Directiva 2004/18/CE². În al treilea rând, instanța națională întreabă dacă experiența obținută în temeiul unor contracte separate poate fi invocată în mod cumulat pentru îndeplinirea unei cerințe de participare la licitație, atunci când autoritatea contractantă nu a avut în vedere în mod explicit o asemenea posibilitate.

1 — Limba originală: engleza.

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

II – Cadrul juridic

A – Dreptul Uniunii

3. Articolul 2 din Directiva 2004/18 (denumită în continuare „directiva”) prevede că în cazul licitațiilor pentru atribuirea contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii sunt aplicabile principiile transparenței și nediscriminării.

4. În conformitate cu articolul 44 alineatul (1), contractele se atribuie printre altele conform criteriilor referitoare la cunoștințele sau capacitățile profesionale și tehnice prevăzute la articolul 48. Articolul 44 alineatele (2) precizează că orice niveluri minime de capacități impuse „trebuie raportate la și proporționale cu obiectul contractului”.

5. Articolul 45 alineatul (2) litera (g), care se află în secțiunea intitulată „Criterii calitative de selecție”, prevede că poate fi exclus de la participarea la o licitație un operator economic atunci când „s-a făcut grav vinovat de declarații false prin furnizarea informațiilor solicitate în temeiul prezentei secțiuni sau care nu a furnizat respectivele informații”, iar la articolul 45 alineatul (2) se prevede în general că „[s]tatele membre precizează, în temeiul dreptului intern și prin respectarea dreptului comunitar, condițiile de aplicare a prezentului alineat”.

6. Articolul 48 alineatul (2) stabilește moduri în care poate fi dovedită experiența, care includ la litera (a) în special prezentarea listelor lucrărilor executate, a principalelor livrări sau a principalelor servicii efectuate.

7. Potrivit articolului 48 alineatul (3), „[d]upă 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 asemenea situații, operatorul trebuie să dovedească faptul că „dispune de mijloacele necesare prezentând, de exemplu, angajamentul respectivelor entități în acest sens”.

8. Articolul 51, intitulat „Documente 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”.

B – Dreptul național

9. Articolul 2 punctul 13 din Ustawa Prawo zamówień publicznych (Legea privind achizițiile publice, denumită în continuare „Legea privind achizițiile publice”) definește „contractele de achiziții publice” ca fiind „contracte cu titlu oneros încheiate între autoritatea contractantă și operatorul economic cu privire la bunurile, serviciile sau lucrările oferite”.

10. Articolul 24 alineatul 2 punctul 3 din Legea privind achizițiile publice prevede excluderea operatorilor economici care „[...] au furnizat informații false care influențează sau ar putea influența rezultatul procedurii derulate [...]”.

11. Articolul 26 din Legea privind achizițiile publice stabilește posibilitatea ca autoritatea contractantă să solicite ofertanților să furnizeze informații care lipsesc, să corecteze erorile sau să clarifice declarațiile ori documentele.

III – Situația de fapt, procedura și întrebările preliminare

12. Prezenta cauză privește o licitație publică organizată în vederea atribuirii unui contract pentru sisteme informatice în spitalele publice din voievodatul Łódź (Polonia). Partea relevantă a licitației are ca obiect achiziția și furnizarea unui sistem integrat pentru spitale (denumit în continuare „HIS”) în scopul gestionării aspectelor de natură administrativă (zona gri) și clinică (zona albă) ale Samodzielny Szpital Wojewódzki im. Mikołaja Kopernika (Spitalul Voievodal Autonom Nicolaus Copernicus).

13. Potrivit caietului de sarcini, la procedura de atribuire a contractului puteau participa operatori economici care puteau face printre altele dovada că au executat cel puțin două contracte având (fiecare) ca obiect furnizarea, instalarea, configurarea și implementarea unui HIS pentru gestionarea aspectelor din zona albă și din zona gri ale unui spital cu un număr minim de 200 de paturi, în valoare minimă brută de 450 000 PLN.

14. Pentru a face dovada îndeplinirii condițiilor în acest sens, operatorilor economici li s-a solicitat să prezinte o declarație, precum și lista „principalelor contracte de furnizări” de HIS pentru gestionarea aspectelor din zona albă și din zona gri.

15. În cadrul ofertei sale, KK a enumerat două contracte privind furnizarea unui HIS în zona albă și în zona gri unor spitale din (i) Słupsk (denumit în continuare „contractul de furnizare de bunuri în Słupsk”) și (ii) Nowy Sącz (denumită în continuare „contractul de furnizare de bunuri în Nowy Sącz”). Ambele contracte au fost executate de un consorțiu format din societățile Konsultant IT Sp. z o.o. (denumită în continuare „KIT”) și KK.

16. KK a câștigat licitația pentru contractul privind achiziția și furnizarea HIS. Esaprojekt a contestat această decizie susținând în esență că respectivele contracte enumerate de KK nu îndeplinesc condițiile pentru participarea la licitație în ceea ce privește experiența legată de HIS.

17. Contestația a fost admisă. Autoritatea contractantă a fost obligată să solicite societății KK, în temeiul articolului 26 alineatul 4 din Legea privind achizițiile publice, să precizeze obiectul contractelor prezentate pentru a dovedi îndeplinirea condiției privind cunoștințele și experiența necesare pentru a participa la procedura de atribuire.

18. În urma cererii de clarificare a reieșit că executarea contractului de furnizare de bunuri în Słupsk a făcut obiectul a două proceduri de atribuire și s-au încheiat două convenții separate. Una dintre aceste convenții nu includea zona albă, iar cealaltă nu cuprindea zona gri. Autoritatea contractantă a constatat că respectivul contract de furnizare de bunuri în Słupsk nu respecta caietul de sarcini menționat mai sus la punctul 13 din prezentele concluzii, întrucât acest contract nu a reprezentat un singur „contract de achiziții publice”, astfel cum este definit la articolul 2 punctul 13 din Legea privind achizițiile publice. Dimpotrivă, el a implicat două convenții separate. Prin urmare, autoritatea contractantă a solicitat societății KK să prezinte note complementare privind documentația depusă care să confirme faptul că îndeplinește condițiile de participare la licitație.

19. În cadrul notei complementare privind documentația depusă, KK a prezentat o nouă listă privind contractele de furnizare de bunuri. Lista în cauză a inclus din nou contractul de furnizare de bunuri în Nowy Sącz. Au fost adăugate două noi contracte de furnizare de bunuri, ambele executate de o societate terță, Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. (denumită în continuare „Medinet”) (denumite în continuare „contractele de furnizare de bunuri de către Medinet”). KK a prezentat inclusiv un angajament al Medinet prin care aceasta din urmă se obliga să pună la dispoziție capacitățile necesare în scopul executării contractului și să se implice în executarea contractului în calitate de consilier și consultant.

20. Autoritatea contractantă a selectat oferta modificată depusă de KK. Esaprojekt a formulat o nouă contestație împotriva Województwo Łódzkie la Krajowa Izba Odwoławcza (Camera Națională de Recurs, Polonia). În aceste condiții, instanța a decis să suspende procedura și să adreseze următoarele întrebări preliminare:

„Prima întrebare:

Dispozițiile articolului 51 coroborat cu principiul egalității de tratament și al nediscriminării operatorilor economici și cu principiul transparenței, ambele prevăzute la articolul 2 din [Directiva 2004/18], permit ca, în cadrul notelor explicative și complementare privind documentația prezentată, un operator economic să indice alte contracte executate (și anume alte contracte de furnizare de bunuri) decât cele pe care le-a prezentat în lista privind contractele de furnizare de bunuri anexată la ofertă? În particular, poate face acesta trimitere la contracte executate de alt operator economic dacă nu a menționat în ofertă că se întemeiază pe capacitățile acestuia?

A doua întrebare:

În lumina Hotărârii Curții din 10 octombrie 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), din care rezultă că «principiul egalității de tratament trebuie interpretat în sensul că nu se opune ca o autoritate contractantă să solicite unui candidat, după expirarea termenului acordat pentru depunerea candidaturilor la un contract de achiziții publice, comunicarea unor documente care descriu situația acestui candidat, precum bilanțul publicat, a căror existență înainte de expirarea termenului stabilit pentru depunerea candidaturii poate fi verificată în mod obiectiv, în măsura în care documentele contractului respectiv nu au impus în mod explicit comunicarea lor sub sancțiunea excluderii candidaturii», articolul 51 din [Directiva 2004/18] trebuie interpretat în sensul că prezentarea unei note complementare privind documentația depusă este permisă numai atunci când vizează documente a căror existență poate fi verificată în mod obiectiv înainte de expirarea termenului stabilit pentru depunerea ofertelor sau a cererilor de participare la procedura de atribuire ori în sensul că Curtea a indicat doar una dintre variantele posibile, iar prezentarea unor note complementare este admisibilă și în alte situații, de exemplu prin prezentarea ulterioară a unor documente care nu existau înainte de expirarea acestui termen, care însă pot confirma în mod obiectiv îndeplinirea condițiilor de participare?

A treia întrebare:

În situația în care la întrebarea 2) s-ar răspunde că, prin note complementare, este permisă inclusiv prezentarea altor documente decât cele menționate în Hotărârea Manova, în cauza C-336/12, pot fi astfel prezentate documente care provin de la operatorul economic, de la terți subcontractanți sau de la alți operatori economici, pe capacitățile cărora se întemeiază operatorul economic, dacă nu au fost menționate în ofertă?

A patra întrebare:

Dispozițiile articolului 44 coroborat cu articolul 48 alineatul (2) litera (a), precum și cu principiul egalității de tratament a operatorilor economici, prevăzut la articolul 2 din [Directiva 2004/18], permit operatorului economic să se întemeieze pe capacitățile altui operator economic, menționate la articolul 48 alineatul (3), prin cumularea cunoștințelor și a experienței a doi operatori economici care, luați separat, nu dispun de cunoștințele și de experiența impuse de autoritatea contractantă, în condițiile în care această experiență este indivizibilă (și anume condiția de participare la procedura de atribuire trebuie îndeplinită integral de către un singur operator economic), iar executarea contractului este de asemenea indivizibilă (reprezintă un întreg)?

A cincea întrebare:

Dispozițiile articolului 44 coroborat cu articolul 48 alineatul (2) litera (a), precum și cu principiul egalității de tratament a operatorilor economici, prevăzut la articolul 2 din [Directiva 2004/18], permit operatorului economic să se întemeieze pe experiența unui grup de operatori economici, în sensul că un operator economic, care a executat un contract în calitate de membru al unui grup de operatori economici, se poate întemeia pe executarea unui contract de către acest grup, indiferent de cota sa de participare la executarea respectivului contract, sau acesta se poate întemeia exclusiv pe experiența proprie, dobândită efectiv în cadrul executării părții din contract care i-a fost alocată în cadrul grupului?

A șasea întrebare:

Articolul 45 alineatul (2) litera (g) din [Directiva 2004/18], potrivit căruia poate fi exclus de la participarea la un contract orice operator economic care s-a făcut grav vinovat de declarații false prin furnizarea informațiilor solicitate sau care nu a furnizat respectivele informații, poate fi interpretat în sensul că poate fi exclus de la participarea la procedură un operator economic care a furnizat informații false, care au afectat sau ar fi putut să afecteze rezultatul procedurii de atribuire, presupunând că vina pentru respectiva inducere în eroare rezultă exclusiv din faptul că autoritățile contractante i s-au furnizat informații false care au influențat decizia autorității contractante cu privire la excluderea operatorului economic (sau la respingerea ofertei sale), indiferent dacă operatorul economic a acționat în mod premeditat și într-un anumit scop sau nepremeditat, din imprudență, din neglijență sau fără diligența necesară? Prezumția că un operator economic «s-a făcut grav vinovat de declarații false prin furnizarea informațiilor solicitate [...] sau [...] nu a furnizat [...] informații» este valabilă numai în cazul unui operator economic care a furnizat informații false (care nu corespund realității) sau și în cazul unui operator economic care a furnizat informații corecte, dar într-un mod care viza să convingă autoritatea contractantă că îndeplinește cerințele impuse de aceasta, deși acest aspect nu corespundea realității?

A șaptea întrebare:

Dispozițiile articolului 44 coroborat cu articolul 48 alineatul (2) litera (a), precum și cu principiul egalității de tratament a operatorilor economici, prevăzut la articolul 2 din [Directiva 2004/18], permit operatorului economic să se întemeieze pe experiența sa, în sensul că acesta se poate întemeia cumulativ pe executarea a două sau mai multe convenții ca și cum acestea ar reprezenta un singur contract, în pofida faptului că autoritatea contractantă nu a prevăzut această posibilitate nici în anunțul de participare, nici în caietul de sarcini?”

21. Au depus observații scrise guvernele polonez și italian, precum și Comisia. Guvernul polonez, Comisia și Województwo Łódzkie, pârâtul din procedura principală, au participat la ședința din 21 septembrie 2016.

IV – **Aprecieri**

A – *Prima întrebare (precum și întrebările a doua și a treia)*

22. Prin intermediul primei întrebări, instanța de trimitere solicită să se stabilească dacă, din perspectiva articolelor 2 și 51 din directivă, un ofertant poate să facă trimitere, după expirarea termenului acordat pentru depunerea ofertei, la experiența unui terț care nu a fost menționat în oferta inițială.

23. A doua și a treia întrebare au drept scop să se stabilească dacă, din perspectiva Hotărârii Manova³, un ofertant poate să prezinte documente care dovedesc posibilitatea sa de a se întemeia pe experiența terțului respectiv după expirarea termenului acordat pentru depunerea ofertei (în prezenta cauză, angajamentul societății Medinet).

24. În ceea ce privește prima întrebare, considerăm că adăugarea unor asemenea trimiteri nu este posibilă în general pentru motivele prezentate în continuare. Acest răspuns face inutilă orice analiză detaliată a celei de a doua și a celei de a treia întrebări.

25. Articolul 51 din directivă prevede că autoritățile contractante pot invita ofertanții „să completeze sau să clarifice” documentele prezentate. Se poate susține că expresia menționată, „să completeze sau să clarifice”, este destul de flexibilă. Totuși, potrivit unei jurisprudențe constante⁴, principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun, în cadrul unei proceduri de achiziții publice, oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant. Prin urmare, ca o regulă generală, atunci când autoritatea contractantă apreciază o ofertă ca fiind imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini, ea nu poate să solicite clarificări din partea ofertantului și nici măcar să lase impresia că ar permite modificarea unei oferte⁵.

26. Totuși, directiva „nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente” atât timp cât aceasta nu ar echivala cu depunerea unei noi oferte⁶. Ofertanții au o obligație de diligență⁷, dar formalismul excesiv trebuie evitat⁸. Acest aspect este deosebit de important având în vedere necesitatea de a garanta că ofertele rămân deschise și competitive.

27. Prin urmare, se consideră că posibilitatea depunerii unor informații suplimentare după expirarea termenului acordat pentru depunerea ofertei are un caracter excepțional, dar nu este inexistentă. Întrebarea este atunci unde trebuie să fie trasată limita.

28. În opinia noastră, abordarea Curții ar putea fi cel mai bine surprinsă printr-o metaforă: informațiile și documentația depuse de un ofertant formează, la expirarea termenului acordat pentru depunerea ofertei, un instantaneu. Autoritatea contractantă poate lua în considerare doar informațiile și documentația care există deja în imaginea respectivă. Aceasta nu împiedică autoritatea contractantă să mărească orice detaliu al imaginii care era puțin neclar și să ceară creșterea rezoluției imaginii pentru a vedea detaliul în mod clar. Dar informația de bază trebuie să fi existat deja în instantaneul inițial, chiar dacă rezoluția era scăzută.

29. Urmând aceeași logică, considerăm că un ofertant, în principiu, nu poate primi permisiunea să facă dovada că îndeplinește cerințele tehnice și profesionale ale unei licitații întemeindu-se pe experiența unor terți care nu a fost menționată înainte de expirarea termenului acordat pentru depunerea ofertei. Informația în cauză pur și simplu nu exista în imaginea inițială.

3 — Hotărârea din 10 octombrie 2013 (C-336/12, EU:C:2013:647).

4 — A se vedea Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții (C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 36), Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 31), și Hotărârea din 7 aprilie 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, punctul 62).

5 — Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții (C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 41).

6 — A se vedea Hotărârea din 7 aprilie 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, punctele 63 și 64), și Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții (C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 40), Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, punctele 32-36).

7 — Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții (C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 38).

8 — Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 45).

30. Prin urmare, un astfel de act de a se întemeia pe experiența unui terț nu reprezintă o simplă clarificare sau formalitate. El constituie de fapt o modificare importantă a ofertei. Este modificată însăși identitatea entităților care realizează lucrările sau cel puțin a celor a căror experiență este invocată în acest sens. Apare astfel o modificare de esență care afectează un element-cheie al procedurii⁹. În plus, după cum a arătat Comisia, o astfel de modificare poate conduce la solicitarea unor verificări suplimentare de către autoritatea contractantă și ar putea afecta chiar alegerea candidaților invitați să prezinte o ofertă.

31. Mai general, îngăduirea unor asemenea modificări poate avea cu siguranță o influență asupra procesului concurențial. Decizia unui ofertant de a se întemeia pe propria sa experiență sau de a apela la experiența unui terț trebuie să fie luată la un anumit moment și pe baza informațiilor de care dispune la acea dată. Dacă se acordă unui ofertant o a doua șansă pentru a lua decizia comercială menționată atunci când termenul a expirat deja, aceasta ar putea constitui, cu siguranță, un avantaj în favoarea sa care ar fi în contradicție cu cerința privind egalitatea de tratament. De exemplu, cunoașterea numărului sau a identității concurenților aflați în cursă sau o încetinire a creșterii economice care afectează piața pot încuraja ofertantul să încerce să coopteze un partener cu mai multă experiență care să îl ajute să își sporească șansele¹⁰.

32. Această concluzie este susținută prin analogie și de hotărâri care implică modificarea compunerii unui consorțiu ofertant după expirarea termenului pentru depunerea ofertelor. În cauza recentă Højgaard, un consorțiu de două societăți a fost preselecat și a depus o ofertă pentru o licitație publică, dar ulterior a fost dizolvat înainte de atribuirea contractului. Aarsleff, una dintre societăți, a încercat atunci să înlocuiască respectivul consorțiu în calitate de ofertant preselecat în cadrul procedurii. Modificarea menționată a fost acceptată, iar Aarsleff a câștigat contractul. Decizia de atribuire a fost contestată în fața instanțelor naționale și s-a adresat Curții o întrebare preliminară privind compatibilitatea unei modificări în compunerea unui consorțiu cu principiul egalității de tratament.

33. În hotărârea sa, Curtea a afirmat că stabilirea normelor referitoare la modificările survenite în ceea ce privește compunerea unui consorțiu în cadrul unei proceduri de achiziții publice este în general de competența statelor membre¹¹. Totuși, pentru a asigura respectarea principiului egalității de tratament, Aarsleff ar fi trebuit să îndeplinească criteriile de preselecție pe baza meritelor proprii¹².

34. În mod similar, atunci când o autoritate contractantă solicită unui ofertant să înlăture de pe lista sa elemente privind experiența, acesta poate, desigur, să se întemeieze în continuare pe elementele rămase. Totuși, el nu poate adăuga pe listă o experiență nouă a unor terți¹³.

9 — A se vedea prin analogie Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 45), în care modificările privind identitatea persoanei desemnate drept director tehnic au fost considerate a fi mai mult decât pur formale și, ca atare, au constituit un temei suficient pentru excluderea ofertantului.

10 — A se vedea prin analogie Concluziile avocatului general Mengozzi prezentate în cauza în care s-a pronunțat Hotărârea MT Højgaard și Züblin (C-396/14, EU:C:2015:774, punctele 80 și următoarele).

11 — Hotărârea din 24 mai 2016, MT Højgaard și Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, punctul 35).

12 — A se vedea și Hotărârea din 23 ianuarie 2003, Makedoniko Metro și Michaniki (C-57/01, EU:C:2003:47). În cauza respectivă, un consorțiu ofertant a încercat să își extindă lista de membri după depunerea ofertelor. El a fost împiedicat în mod oficial de dreptul național să procedeze astfel. Curtea a concluzionat că o asemenea interdicție este compatibilă cu Directiva 92/50/CEE a Consiliului din 18 iunie 1992 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de servicii (JO 1992, L 209 p. 1, Ediție specială, 06/vol. 2, p. 50) (care a precedat Directiva 2004/18).

13 — Deși acest aspect nu este în discuție în prezenta cauză, nu excludem posibilitatea ca ofertantul să obțină permisiunea de a se întemeia pe altă experiență proprie.

35. Prin urmare, propunem să se răspundă la prima întrebare a instanței naționale că un operator economic nu se poate întemeia pe experiența terților pentru prima dată după expirarea termenului acordat pentru depunerea ofertei. Având în vedere acest răspuns, întrebările a doua și a treia ale instanței naționale (referitoare la condițiile în care pot fi depuse probe referitoare la o astfel de experiență a unor terți) în mare parte cad de la sine. Astfel, atunci când un operator nu se poate întemeia deloc pe experiența unui terț, nu ar avea sens ca el să prezinte angajamente ale terțului sau dovezi legate de experiența acestuia.

36. Având în vedere cele de mai sus, propunem să se răspundă la primele trei întrebări ale instanței naționale după cum urmează:

„Dispozițiile articolului 51 coroborat cu principiul egalității de tratament și al nediscriminării operatorilor economici și cu principiul transparenței, ambele prevăzute la articolul 2 din Directiva 2004/18, nu permit ca, în cadrul notelor explicative și complementare privind documentația prezentată, un operator economic să indice contracte executate de terți la care nu a făcut referire în lista privind contractele de furnizare de bunuri anexată la ofertă sau să depună un angajament al unui astfel de terț prin care acesta din urmă se obligă să pună capacitățile sale la dispoziția ofertantului.”

B – A patra întrebare

37. A patra întrebare se referă la faptul că, în cauza principală, caietul de sarcini impune ofertanților să fi executat „cel puțin două contracte”, fiecare având ca obiect zona albă și zona gri, după cum am arătat mai sus la punctul 13 din prezentele concluzii. În urma cererii de clarificare a autorităților contractante, KK a prezentat cele două contracte de furnizare de bunuri ale Medinet și contractul de furnizare de bunuri în Nowy Sącz.

38. În acest context, instanța națională solicită în esență să se stabilească dacă experiența care reiese din contractele de furnizare de bunuri ale Medinet și din contractul de furnizare de bunuri în Nowy Sącz poate fi invocată pentru îndeplinirea cerinței privind executarea a „cel puțin două contracte”, în conformitate cu articolul 44 și cu articolul 48 alineatul (2) litera (a) din directivă, precum și cu principiul egalității de tratament prevăzut la articolul 2 din directivă.

39. Din textul directivei rezultă cu claritate că, în cadrul licitațiilor publice, operatorii economici pot în general să se întemeieze pe capacitățile altor entități¹⁴. Această regulă generală este conformă și cu obiectivul deschiderii achizițiilor publice spre concurență¹⁵ și a fost confirmată de Curte în mod repetat¹⁶. Prin urmare, capacitățile menționate de un operator pot fi „fragmentate” sau „divizate” între diferiți actori, cu condiția, desigur, ca operatorul să aibă în practică la dispoziția sa capacitățile necesare ale celorlalte entități¹⁷.

14 — A se vedea de exemplu articolul 4 alineatul (2) (recurgerea la consorții), articolul 25 (subcontractarea) și articolul 48 alineatul (3) (menționarea capacităților terților) din directivă.

15 — A se vedea Hotărârea din 10 octombrie 2013, Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, punctul 34 și jurisprudența citată).

16 — A se vedea de exemplu Hotărârea din 10 octombrie 2013, Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, punctele 30-32), Hotărârea din 2 decembrie 1999, Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, punctele 26 și 27), și Hotărârea din 18 martie 2004, Siemens și ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, punctul 43).

17 — Articolul 48 alineatul (3) din directivă.

40. Totuși, întemeierea pe capacitățile terților pentru asigurarea „nivelurilor minime de capacități”¹⁸ poate fi în mod excepțional limitată. Aceasta este situația în cazul „lucrărilor care prezintă particularități ce necesită o anumită capacitate care nu poate fi obținută prin gruparea capacităților inferioare ale mai multor operatori”. Asemenea cerințe trebuie „[să aibă] legătură și [să fie] proporțional[e] cu obiectul contractului în cauză”¹⁹.

41. În prezenta cauză, caietul de sarcini impune să existe „cel puțin două contracte” într-un anumit domeniu (HIS). Rezultă din aspectele analizate mai sus că cerința respectivă poate să fie impusă ca un minimum și să excludă menționarea capacităților terților, cu condiția „[să aibă] legătură și [să fie] proporțională cu obiectul contractului în cauză”.

42. Aspectul dacă aceasta este sau nu este situația este o chestiune de fapt asupra căreia trebuie să decidă instanța națională.

43. Instanța națională sugerează însă că există o diferență calitativă între cerințele caietului de sarcini care impun, pe de o parte, existența unei experiențe acumulate și repetate într-un singur domeniu și, pe de altă parte, existența unei experiențe într-o serie de domenii distincte.

44. Suntem de acord că poate fi intuită o asemenea diferență. Cumularea experienței din diferite domenii nu este întotdeauna posibilă – experiența transsectorială sau experiența legată exclusiv de sistemele integrate poate fi de neînlocuit. Totuși, se poate susține că asemenea combinații interdisciplinare sunt mai puțin problematice decât simpla însumare a anilor de experiență sau a contractelor individuale. O societate care execută un al doilea contract în același domeniu va face aceasta în contextul experienței sale anterioare, eventual cu perspective noi și diferite²⁰.

45. În final, regula juridică rămâne însă aceeași în ambele situații. Măsura în care experiența unui operator care a executat două contracte poate fi substituită de cea deținută de doi operatori care au executat fiecare câte un contract este o chestiune de fapt asupra căreia trebuie să decidă instanța națională.

46. În întrebarea adresată, instanța națională afirmă în mod explicit că experiența relevantă și executarea contractului „sunt indivizibile”. Aceasta înseamnă că instanța națională a concluzionat deja că (a) posibilitatea întemeierii pe o experiență comună a fost exclusă și că (b) excluderea „[are] legătură și [este] proporțională cu obiectul contractului în cauză”. În măsura în care aceasta este într-adevăr situația, dispozițiile directivei citate de instanța națională permit autorității contractante să excludă întemeierea pe resursele unei alte entități prin cumularea cunoștințelor și a experienței amândurora.

18 — A se vedea articolul 44 alineatul (2) din directivă.

19 — Hotărârea din 10 octombrie 2013, Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, punctul 35), care privește formularea articolului 44 alineatul (2) din directivă.

20 — Pentru a ilustra această idee, dacă urmărim angajarea unui avocat cu nouă ani de experiență în dreptul fiscal, dreptul societăților comerciale și dreptul comercial, putem accepta trei avocați, fiecare cu câte nouă ani de experiență în dreptul fiscal, dreptul societăților comerciale și, respectiv, dreptul comercial. Totuși, este posibil să avem mai multe ezitări în ceea ce privește angajarea a trei avocați având fiecare câte trei ani de experiență în toate cele trei domenii combinate. În plus, cu siguranță că nu am angaja nouă avocați care au fiecare câte un an de experiență.

47. Având în vedere cele de mai sus, propunem să se răspundă la a patra întrebare a instanței naționale după cum urmează:

„Dispozițiile articolului 44 coroborat cu articolul 48 alineatul (2) litera (a), precum și cu principiul egalității de tratament prevăzut la articolul 2 din Directiva 2004/18 nu permit operatorului economic să se întemeieze, potrivit articolului 48 alineatul (3), pe cunoștințele și pe experiența altui operator atunci când o asemenea întemeiere a fost exclusă în mod expres de autoritatea contractantă. Totuși, orice astfel de excludere trebuie să aibă legătură și să fie proporțională cu obiectul contractului în cauză.”

C – A cincea întrebare

48. Prin intermediul celei de a cincea întrebări, instanța națională solicită clarificarea condițiilor în care un operator economic poate să se întemeieze pe experiența anterioară obținută de un grup de societăți din care a făcut parte. Această întrebare are în vedere faptul că, în cauza principală, contractul de furnizare de bunuri în Nowy Sącz și contractul de furnizare de bunuri în Słupsk au fost deopotrivă executate de un consorțiu format din două societăți, KK și KIT. Prin urmare, considerăm că instanța națională solicită să se stabilească dacă KK se poate întemeia în mod necondiționat pe experiența respectivă pentru susținerea ofertei sale sau dacă rolul jucat de KK în executarea contractului de furnizare de bunuri este decisiv²¹.

49. În opinia noastră, rolul special și experiența dobândită în acest fel de un membru al unui consorțiu sunt într-adevăr esențiale.

50. Articolul 44 și articolul 48 alineatul (2) litera (a) din directivă prevăd aprecierea ofertelor printre altele pe baza experienței, astfel cum este dovedită prin lista de lucrări și contracte de furnizare de bunuri executate în ultimii ani. Este evident că faptul de a avea experiența necesară pentru executarea unui contract nu este același lucru cu cunoașterea unei persoane care are această experiență. De asemenea, experiența nu poate fi dobândită fiind pur și simplu parte în mod formal la un contract sau într-un consorțiu.

51. Instanța de trimitere ilustrează în mod adecvat ideea menționată prin exemplul privind cele trei societăți care construiesc o autostradă: o bancă (pentru finanțarea operațiunii), o societate de construcții (care realizează în mod efectiv construcția) și un prestator de servicii (care furnizează consiliere în domeniul juridic, administrativ și contabil). Este evident că finanțarea unei asemenea operațiuni nu oferă băncii experiența necesară pentru construirea unei autostrăzi.

52. În final însă rolul precis al fiecărei societăți și experiența dobândită depind de împrejurările concrete. Este posibil, de exemplu, ca banca să își asume rolul principal în finanțare, dar prestatorul de servicii să aibă o contribuție strâns legată de această parte a operațiunii, dobândind astfel un anumit nivel de experiență în domeniul menționat. Un asemenea nivel de experiență poate fi în întregime corespunzător și suficient în contextul unei alte proceduri de licitație pentru un alt proiect. Sau poate să nu fie astfel. Acestea sunt chestiuni de fapt.

53. În mod similar, rolul precis al societății KK în executarea contractului de furnizare de bunuri în Nowy Sącz (și a contractului de furnizare de bunuri în Słupsk)²² și aspectul dacă el se circumscrie cerințelor legate de experiență din anunțul de participare la contractul de achiziții publice reprezintă o chestiune de fapt asupra căreia trebuie să decidă instanța națională.

21 — Rezultă cu claritate din cuprinsul cererii că KK nu urmărește în niciun caz să se întemeieze pe experiența societății KIT în calitate de „altă entitate” în sensul articolului 48 alineatul (3) din directivă, ci mai degrabă prezintă experiența dobândită în cadrul consorțiului ca fiind propria experiență.

22 — Województwo Łódzkie a confirmat în ședință că KK nu se mai întemeiază în mod oficial pe contractul de furnizare de bunuri în Słupsk.

54. În sfârșit, observațiile de mai sus se referă la situația în care un operator economic prezintă contracte anterioare de furnizare de bunuri executate de un grup de operatori *în mod clar ca fiind propria experiență*. Observațiile respective nu aduc atingere posibilității ca un operator economic să se întemeieze pe capacitățile terților, după cum prevede, de exemplu, articolul 48 alineatul (3) din directivă și după cum am arătat mai detaliat la punctul 39 de mai sus.

55. Având în vedere cele de mai sus, propunem să se răspundă la a cincea întrebare a instanței naționale după cum urmează:

„Dispozițiile articolului 44 și ale articolului 48 alineatul (2) litera (a) din Directiva 2004/18 trebuie interpretate în sensul că un operator economic care a executat un contract în calitate de membru al unui grup de operatori economici se poate întemeia ca experiență proprie doar pe experiența dobândită de el însuși în cadrul executării contractului respectiv. Această concluzie nu aduce atingere posibilității operatorului economic de a se întemeia pe capacitățile terților în condițiile prevăzute de directivă.”

D – A șaptea întrebare

56. A șaptea întrebare se referă la faptul că, în cauză principală, contractul de furnizare de bunuri în Słupsk consta în două convenții separate care confereau o experiență complementară (pentru gestionarea aspectelor din zona albă și din zona gri), în timp ce anunțul de participare la contractul de achiziții publice și caietele de sarcini fac referire la contracte care vizează în mod cumulativ atât zona albă, cât și zona gri²³.

57. În aceste împrejurări, instanța națională solicită clarificarea condițiilor în care experiența dobândită în contextul a două contracte separate poate fi invocată în mod cumulat, în vederea îndeplinirii unei cerințe care nu a fost explicit prezentată ca fiind divizibilă.

58. Pentru motivele dezvoltate în continuare, considerăm că răspunsul la întrebarea amintită este că operatorii ar trebui în general să poată însuma astfel experiența „fragmentată”. Excluderea completă a unei asemenea posibilități de către autoritatea contractantă trebuie să aibă un caracter excepțional.

59. Rezultă printre altele din răspunsurile propuse mai sus la a patra și la a cincea întrebare că directiva nu indică în mod precis cum sau de către cine trebuie să fie acumulată experiența relevantă. Astfel, sub rezerva anumitor condiții, este posibil în general ca un operator să se întemeieze de exemplu pe experiența dobândită: (a) în contextul unor contracte semnate exclusiv de acesta; (b) în contextul unor contracte semnate de un grup de operatori din care face parte sau (c) de terți.

60. Aspectul esențial este dacă experiența globală pe care se poate întemeia în mod real operatorul economic, fie că este experiența proprie sau a unui terț, este suficientă pentru executarea contractului.

61. Prin urmare, împrejurarea că experiența a fost practic obținută prin două sau mai multe contracte separate, iar nu printr-un singur contract, ar trebui în mod normal să fie irelevantă. Dacă experiența cumulată permite executarea contractului, acest fapt ar trebui să fie suficient.

62. Astfel, cerințele unei licitații pot fi îndeplinite prin însumarea capacităților sau a experienței divizate între *operatori diferiți*. *A fortiori*, ar fi pur și simplu illogic să fie exclusă de principiu posibilitatea însumării capacităților și a experienței dobândite de *același operator* în legătură cu *contracte diferite*.

23 — În măsura în care KK nu se va mai întemeia pe contractul de furnizare de bunuri în Słupsk, această întrebare ar putea fi eventual considerată ipotetică. Totuși, întrucât din cererea de decizie preliminară nu rezultă cu claritate renunțarea la a se întemeia pe contractul de furnizare de bunuri în Słupsk, se aplică prezumția generală de relevanță a întrebării.

63. Pot fi impuse limitări în ceea ce privește cumularea experienței unor operatori diferiți atunci când ele „ar avea legătură și ar fi proporțional[e] cu obiectul contractului în cauză”²⁴. În opinia noastră, raționamentul și limitările menționate se pot aplica prin analogie în cazul fragmentării experienței dobândite prin contracte diferite executate de același operator. Astfel, de exemplu, o autoritate contractantă poate în principiu să precizeze că anumite cerințe legate de experiență pot fi îndeplinite doar prin menționarea unor contracte individuale care implică fiecare experiență în domenii diferite. Totuși, o asemenea cerință trebuie de asemenea să fie necesară, proporțională și să aibă legătură cu obiectul contractului.

64. Revine instanței de trimitere să stabilească dacă experiența solicitată în cadrul licitației concrete aflate în discuție îndeplinește condițiile menționate. Totuși, merită să subliniem aspectele generale prezentate în continuare.

65. În primul rând, licitațiile trebuie să fie în principiu deschise concurenței²⁵. Având în vedere acest scop, excluderea întemeierii pe experiența terților constituie excepția. Același lucru ar trebui să fie valabil în cazul excluderii experienței „fragmentate”. În consecință, în lipsa unei asemenea excluderi din anunțul de participare sau din caietul de sarcini, excluderea respectivă nu poate fi pur și simplu prezumată. Ea trebuie să fie precizată în mod clar.

66. În al doilea rând, instanța națională face referire în mod special la articolul 2 din directivă, care prevede și principiul egalității de tratament. În opinia noastră, acesta din urmă nu trebuie să genereze o preocupare legată de întemeierea pe experiența cumulată dobândită prin intermediul unor contracte separate în măsura în care fie (a) *orice* operator economic care depune o ofertă se poate în principiu întemeia în mod cumulativ pe astfel de contracte, fie (b) *niciun* operator economic nu poate să procedeze astfel (atunci când o asemenea posibilitate a fost exclusă de autoritatea contractantă).

67. În al treilea rând, în măsura în care întemeierea pe experiența cumulată nu a fost exclusă, revine autorității contractante, sub rezerva controlului instanțelor naționale, să stabilească dacă experiența cumulată obținută prin intermediul a două sau mai multe contracte este, într-un caz concret, suficientă pentru îndeplinirea cerințelor prevăzute în caietul de sarcini. Astfel, chiar și atunci când în principiu pot fi cumulate două sau mai multe contracte, este posibil ca într-o anumită situație această experiență globală să fie pur și simplu inadecvată. Pentru a face o asemenea afirmație, trebuie să fie luate în considerare toate elementele relevante, inclusiv, de exemplu, relația dintre diferitele contracte²⁶ și cerințele specifice²⁷.

68. Având în vedere cele de mai sus, propunem să se răspundă la a șaptea întrebare a instanței naționale după cum urmează:

„Dispozițiile articolului 44 și ale articolului 48 alineatul (2) litera (a) din Directiva 2004/18 coroborate cu principiul egalității de tratament prevăzut la articolul 2 din această directivă permit operatorului economic să se întemeieze pe experiența sa, în sensul că acesta se poate întemeia cumulativ pe executarea a două sau mai multe convenții ca și cum acestea ar reprezenta un singur contract, cu excepția situației în care autoritatea contractantă a exclus în mod expres o asemenea întemeiere pe experiența cumulată. Orice astfel de excludere trebuie să aibă legătură și să fie proporțională cu obiectul contractului în cauză.”

24 — A se vedea punctul 40 de mai sus.

25 — A se vedea punctul 25 de mai sus.

26 — Orice legături formale între contracte și similitudini în ceea ce privește obiectul, clientul, termenul de executare etc.

27 — Caracterul integrat al serviciului solicitat, termenul de predare și orice cerințe minime corespunzătoare referitoare la capacitate.

E – A șasea întrebare

69. Prin intermediul celei de a șasea întrebări, instanța națională solicită să se stabilească dacă un ofertant poate fi exclus întrucât „s-a făcut grav vinovat de declarații false” (prin furnizarea sau nu a unor informații) în temeiul articolului 45 alineatul (2) litera (g) din directivă, indiferent de voința sa. De asemenea, ea urmărește să afle dacă dispoziția menționată permite excluderea ofertantului în cazul în care acesta nu îndeplinește în fapt condițiile licitației, dar a prezentat în mod creativ informații care sunt corecte din punct de vedere tehnic pentru a lăsa impresia că îndeplinește condițiile.

70. Modul de formulare a articolului 45 alineatul (2) litera (g) lasă statelor membre posibilitatea²⁸ să excludă ofertanți în anumite cazuri de declarații false. Asemenea „declarații false” pot apărea atunci când sunt furnizate sau sunt omise informațiile „solicitate” de exemplu pentru dovedirea capacităților sale.

71. Prin urmare, potrivit sensului obișnuit al cuvintelor, articolul 45 alineatul (2) litera (g) privește situații în care un operator omite sau include anumite informații care determină înțelegerea incorectă a capacităților sale de către autoritatea contractantă.

72. Nu orice declarație falsă constituie un motiv pentru excludere. Utilizarea cuvintelor „grav” sau „în mod grav” sugerează că simpla furnizare a unor informații incorecte nu este suficientă pentru a atrage aplicarea articolului 45 alineatul (2) litera (g) și că trebuie să fie atins un anumit nivel de gravitate.

73. Totuși, nu este clar cum trebuie stabilită gravitatea. Compararea diferitor versiuni lingvistice nu face decât să sporească ambiguitatea în această privință. În anumite versiuni lingvistice, cuvântul care are sensul de seriozitate sau de gravitate este legat de termenul „vinovat”²⁹ care poate fi interpretat în sensul că necesită o anumită voință sau grad de neglijență. În alte versiuni lingvistice, cuvântul care are sensul de seriozitate sau de gravitate este legat de declarațiile false, sugerând că accentul cade pe actul în sine și/sau pe consecințele sale³⁰.

74. Este posibil ca articolul 45 alineatul (2) ultimul paragraf din directivă să ofere un oarecare sprijin în acest sens. El impune statelor membre să precizeze în temeiul dreptului intern „condițiile de aplicare” a articolului 45 alineatul (2). Astfel, articolul 45 alineatul (2) litera (g) poate fi interpretat în sensul că prevede condiții minime pentru stabilirea unor declarații false care sunt destul de grave pentru a permite statelor membre să excludă un ofertant. El nu urmărește însă armonizarea totală a noțiunii³¹. Interpretarea menționată corespunde de asemenea unei interpretări restrictive a motivelor de excludere și necesității de a evalua situația fiecărui operator în mod individual.

75. Ce presupune acest nivel minim de gravitate? Pentru motivele prezentate în continuare, considerăm că „gravitatea” trebuie să se refere la consecințele (obiective) ale furnizării sau ale omisiunii de informații, indiferent de voința (subiectivă) sau de intenția persoanei care le furnizează.

28 — „Poate fi exclus [...] orice operator economic” (sublinierea noastră).

29 — În versiunile franceză, italiană, spaniolă și, respectiv, neerlandeză: „gravement coupable”, „gravamente colpevole”, „gravamente culpable”, „in ernstige mate schuldig”.

30 — În versiunile engleză, germană și, respectiv, cehă: „guilty of serious misrepresentation”, „in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig” și „který se dopustil vážného zkraslení”. Alte versiuni lingvistice, în special cea slovacă, omit însă orice referire la gravitate, atât în legătură cu voința, cât și cu consecințele actului: „bol uznaný vinným zo skreslovanie skutočnosti”.

31 — A se vedea și articolul 45 alineatul (2) litera (d) din directivă, care prevede posibilitatea excluderii atunci când operatorii economici s-au făcut „vinovați de o gravă abatere profesională”. După cum a observat Comisia, jurisprudența Curții în care este interpretată dispoziția respectivă face referire la rolul statelor membre în definirea noțiunii în cauză, dar și la necesitatea unui nivel minim de gravitate pentru aplicabilitatea sa.

76. În opinia noastră, *doar* acțiunile sau omisiunile care generează un avantaj concurențial care menține un operator în procedura de licitație, deși în caz contrar nu ar continua să rămână, pot fi vizate de articolul 45 alineatul (2) litera (g)³². Altfel spus, atunci când anumite declarații false (prin furnizarea sau prin omiterea de informații) nu pot avea niciun efect asupra rezultatului, ele nu pot constitui o justificare validă pentru excluderea unui operator. Vom denumi această condiție în continuare „condiția privind rezultatul”.

77. Această interpretare este susținută de versiunile lingvistice care subliniază gravitatea declarațiilor false. Ea poate fi considerată compatibilă cu versiunile care subliniază gravitatea „vinovăției”. De asemenea, ea reflectă obiectivul privind deschiderea către concurență și este în concordanță cu interpretarea restrictivă a motivelor de excludere. Dacă un ofertant este cel mai potrivit pentru executarea contractului, întrucât prețul său este cel mai bun sau oferta sa este cea mai avantajoasă³³, atunci excluderea sa ar fi contrară obiectivului directivei de a garanta atribuirea contractelor pe baza unor criterii obiective, astfel încât să se obțină cel mai bun raport calitate/preț³⁴.

78. Prin urmare, condiția privind rezultatul este o condiție *sine qua non* pentru orice excludere pe baza unor declarații false.

79. Mai mult, considerăm că articolul 45 alineatul (2) litera (g) poate teoretic să devină aplicabil în *orice situație* în care este îndeplinită condiția privind rezultatul. Astfel, dacă furnizarea sau omiterea anumitor informații poate afecta rezultatul, ea este deja *gravă în sine*. În acest sens, este posibil ca în anumite împrejurări o greșeală „evidentă” sau „minoră” ori o „simplă eroare materială” să aibă consecința neașteptată de a modifica în mod considerabil rezultatul unei licitații. Asemenea erori pot fi complet neintenționate. Totuși, este clar că ele nu sunt erori minore sau nesemnificative pentru un concurent care pierde o licitație sau care este foarte dezavantajat în urma acestora.

80. Prin urmare, considerăm că îndeplinirea în sine a condiției privind rezultatul este *suficientă pentru a permite excluderea* pentru declarații false, fără a fi necesară îndeplinirea altor condiții. Această interpretare a noțiunii de declarații false, care este independentă de orice elemente subiective legate de intenția ofertantului, conform articolului 45 alineatul (2) litera (g), este susținută de trei argumente suplimentare.

81. În primul rând, articolul 45 alineatul (2) litera (g) din directivă nici măcar nu menționează în general voința sau în particular intenția, imprudența ori neglijența și cu atât mai puțin nu încearcă să dezvolte noțiunile respective. În asemenea condiții, este inoportun să se încerce definirea domeniului de aplicare al articolului 45 alineatul (2) litera (g) pe baza unor noțiuni atât de complexe care efectiv ar trebui să fie deduse aproape din nimic. Acest fapt în sine pledează pentru o interpretare obiectivă a dispoziției menționate, cum este cea propusă de noi. Mai mult, articolul 45 alineatul (2) stabilește doar condițiile de bază în care dreptul Uniunii creează o *posibilitate* de excludere a ofertanților. Procedând astfel, el face referire în mod expres la dreptul național pentru a preciza condițiile de aplicare, ceea ce ar putea să implice, de exemplu, noțiunile de neglijență sau de intenție din dreptul național.

82. În al doilea rând, intervine în acest context un argument de ordin practic: se poate preconiza efectiv în mod rezonabil ca o autoritate administrativă implicată într-o procedură de achiziții publice, care acționează adesea sub presiunea timpului și se confruntă eventual cu o serie de documente voluminoase, să aibă obligația de a investiga și de a stabili intenția unei societăți? Este destul de clar că o asemenea propunere nu este viabilă.

32 — Care au o influență importantă, de exemplu, asupra preselecției candidaților sau atribuirii contractului.

33 — A se vedea articolul 53 alineatul (1) din directivă.

34 — A se vedea de exemplu considerentul (46) al directivei.

83. În al treilea rând, chiar dacă o autoritate administrativă ar putea să verifice intenția unei societăți, cât de util ar fi de fapt acest demers? Operatorii care participă la licitații sunt în general obligați să acționeze cu diligență³⁵. Se prezumă pur și simplu că un profesionist are cunoștințele necesare și acționează cu grija cuvenită. Aceasta înseamnă că, pe lângă intenție, ar fi probabil acceptate și alte forme de neglijență. Dacă aceasta ar fi în realitate situația, atunci voința nu ar constitui de fapt un criteriu real de distincție.

84. În consecință, condiția privind rezultatul este o condiție *sine qua non* și totodată este suficientă în sine pentru a atrage aplicarea articolului 45 alineatul (2) litera (g). Totuși, aceasta deschide doar *posibilitatea* ca statele membre să excludă un operator. În conformitate cu articolul 45 alineatul (2) ultimul paragraf, condițiile detaliate în care operatorii trebuie să fie excluși în practică se stabilesc la nivel național.

85. Ca o observație finală referitoare la articolul 45 alineatul (2) litera (g) din directivă, instanța națională a ridicat în mod explicit problema dacă aplicarea dispoziției menționate poate fi determinată de prezentarea unor informații *corecte* în mod tendențios, adică astfel încât să pară că cerințele licitației sunt îndeplinite, deși în realitate nu este cazul. Întrebarea instanței naționale în acest sens are în vedere situația în care un operator nu îndeplinește cerințele licitației.

86. În mod normal operatorul ar fi exclus într-o asemenea situație întrucât pur și simplu nu îndeplinește condițiile licitației. Un astfel de ofertant poate să participe în continuare la procedura respectivă doar dacă oferta sa este modificată astfel încât să *îndeplinească* cerințele. De asemenea, numai în cazul unui scenariu de acest tip ar fi necesară analizarea excluderii în temeiul articolului 45 alineatul (2) litera (g) din directivă.

87. După cum am arătat în aprecierea noastră referitoare la prima întrebare, există în mod clar limite în ceea ce privește modificările acceptabile după expirarea termenului pentru depunerea ofertei. Limitele respective pot fi depășite atunci când modificările au efecte majore, ca în prezenta cauză (și anume deosebirea între neîndeplinirea cerințelor licitației înainte de modificare și îndeplinirea acestor cerințe după modificare).

88. Totuși, presupunând că astfel de modificări sunt teoretic posibile, operatorul poate fi totuși exclus pentru declarațiile false din oferta sa inițială?

89. Considerăm că răspunsul la această întrebare este afirmativ, un asemenea operator ar putea fi *potențial* exclus pentru că (a) inițial a omis să furnizeze informații care sunt necesare potrivit articolului 48 alineatul (2) litera (a) [acesta fiind unul dintre tipurile de declarații false menționate la articolul 45 alineatul (2) litera (g) din directivă] și (b) respectiva omisiune era esențială în sensul că ar putea avea efecte asupra rezultatului licitației (condiția privind rezultatul).

90. Prin urmare, problema nu este atât faptul că operatorul s-a angajat într-un „marketing la limită” în ceea ce privește experiența sa efectivă, ci mai curând că, indiferent de cât de mult și-a toaletat experiența, operatorul a omis inițial să furnizeze informațiile „necesare” potrivit articolului 48 alineatul (2) litera (a), iar prin furnizarea ulterioară a informațiilor în cauză a fost modificat rezultatul licitației.

35 — A se vedea Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții (C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 38).

91. Având în vedere cele de mai sus, propunem să se răspundă la a șasea întrebare a instanței naționale după cum urmează:

„Se poate considera că un operator economic s-a făcut grav vinovat de declarații false în sensul articolului 45 alineatul (2) litera (g) din Directiva 2004/18 doar în situațiile în care presupusele declarații false pot influența decizia autorității contractante prin menținerea participării sale în continuare la procedură, deși în caz contrar ar fi fost exclus. Aplicarea acestei dispoziții este condiționată de furnizarea sau nu a informațiilor necesare potrivit secțiunii 2 din capitolul VII din Directiva 2004/18. Aplicarea articolului 45 alineatul (2) litera (g) din directiva menționată nu este condiționată de furnizarea unor informații de fapt incorecte sau de o anumită voință a operatorului economic.”

V – Concluzie

92. Propunem Curții să răspundă la întrebările preliminare adresate de Krajowa Izba Odwoławcza (Camera Națională de Recurs) după cum urmează:

Prima, a doua și a treia întrebare:

„Dispozițiile articolului 51 coroborat cu principiul egalității de tratament și al nediscriminării operatorilor economici și cu principiul transparenței, ambele prevăzute la 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 (denumită în continuare «Directiva 2004/18»), nu permit ca, în cadrul notelor explicative și complementare privind documentația prezentată, un operator economic să indice contracte executate de terți la care nu a făcut referire în lista privind contractele de furnizare de bunuri anexată la ofertă sau să depună un angajament al unui astfel de terț prin care acesta din urmă se obligă să pună capacitățile sale la dispoziția ofertantului.”

A patra întrebare:

„Dispozițiile articolului 44 coroborat cu articolul 48 alineatul (2) litera (a), precum și cu principiul egalității de tratament prevăzut la articolul 2 din Directiva 2004/18 nu permit operatorului economic să se întemeieze, potrivit articolului 48 alineatul (3), pe cunoștințele și pe experiența altui operator atunci când o asemenea întemeiere a fost exclusă în mod expres de autoritatea contractantă. Totuși, orice astfel de excludere trebuie să aibă legătură și să fie proporțională cu obiectul contractului în cauză.”

A cincea întrebare:

„Dispozițiile articolului 44 și ale articolului 48 alineatul (2) litera (a) din Directiva 2004/18 trebuie interpretate în sensul că un operator economic care a executat un contract în calitate de membru al unui grup de operatori economici se poate întemeia ca experiență proprie doar pe experiența dobândită de el însuși în cadrul executării contractului respectiv. Această concluzie nu aduce atingere posibilității operatorului economic de a se întemeia pe capacitățile terților în condițiile prevăzute de directivă.”

A șasea întrebare:

„Se poate considera că un operator economic s-a făcut grav vinovat de declarații false în sensul articolului 45 alineatul (2) litera (g) din Directiva 2004/18 doar în situațiile în care presupusele declarații false pot influența decizia autorității contractante prin menținerea participării sale în continuare la procedură, deși în caz contrar ar fi fost exclus. Aplicarea acestei dispoziții este

condiționată de furnizarea sau nu a informațiilor necesare potrivit secțiunii 2 din capitolul VII din Directiva 2004/18. Aplicarea articolului 45 alineatul (2) litera (g) din directiva menționată nu este condiționată de furnizarea unor informații de fapt incorecte sau de o anumită voință a operatorului economic.”

A șaptea întrebare:

„Dispozițiile articolului 44 și ale articolului 48 alineatul (2) litera (a) din Directiva 2004/18 coroborate cu principiul egalității de tratament prevăzut la articolul 2 din această directivă permit operatorului economic să se întemeieze pe experiența sa, în sensul că acesta se poate întemeia cumulativ pe executarea a două sau mai multe convenții ca și cum acestea ar reprezenta un singur contract, cu excepția situației în care autoritatea contractantă a exclus în mod expres o asemenea întemeiere pe experiența cumulată. Orice astfel de excludere trebuie să aibă legătură și să fie proporțională cu obiectul contractului în cauză.”