CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL PAOLO MENGOZZI prezentate la 17 noiembrie 2009[1]

1. Prezenta cauză, care își are originea într-o serie de întrebări preliminare adresate de Oberlandesgericht Düsseldorf, permite Curții să revină încă o dată asupra problemei distincției dintre contractele de achiziții publice de lucrări și activitatea de reglementare urbanistică exercitată de autoritățile publice locale, titulare ale competențelor în materie de amenajare urbanistică a teritoriului. Instanța de trimitere se întreabă dacă, în acest context, trebuie să fie aplicate normele care reglementează contractele de achiziții publice și, mai precis, cele în materie de concesionare a lucrărilor publice.

2. Mai precis, în centrul cauzei cu privire la care i se solicită instanței de trimitere să se pronunțe se află vânzarea unui teren de către administrația publică unei persoane private. În mod tipic, această situație poate conduce la reflecții cu privire la existența unui posibil ajutor de stat[2]. Totuși, în speță, nu par să existe astfel de preocupări. Specificitatea prezentei cauze constă în schimb în faptul că administrația publică a decis să cedeze terenul ofertantului care a demonstrat că avea, pentru respectivul teren, proiectele de utilizare și de construcție considerate cele mai interesante și mai meritorii de către autoritățile

I — Cadrul juridic

3. Dispozițiile cu privire la care se solicită Curții să se pronunțe sunt cuprinse în Directiva 2004/18/CE[3] (denumită în continuare „Directiva 2004/18/CE” sau „directiva”).

1 — Limba originală: italiana.

2 — Astfel cum este evident, un astfel ajutor de stat există în cazul în care vânzarea unui bun public se realizează la un preț inferior celui al pieței. A se vedea în această privință, în special, Comunicarea Comisiei privind elementele de ajutor de stat în vânzările de terenuri și clădiri de către autoritățile publice (JO 1997, C 209, p. 3).

3 — 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 (JO L 134, p. 114, Ediție specială, 06/vol. 8, p. 166).

4. Articolul 1 din directivă prevede:

„(1) În sensul prezentei directive, se aplică definițiile prevăzute la alineatele (2)-(15).

(2) (a) «Contractele de achiziții publice» sunt contracte cu titlu oneros, încheiate în scris între unul sau mai mulți operatori economici și una sau mai multe autorități contractante și care au ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii în sensul prezentei directive.

(b) «Contractele de achiziții publice de lucrări» sunt contracte de achiziții publice, având ca obiect fie execuția, fie atât proiectarea, cât și execuția unor lucrări referitoare la una dintre activitățile menționate la anexa I sau a unei lucrări, fie realizarea, prin orice mijloace, a unei lucrări care să răspundă unor necesități precizate de autoritatea contractantă. O «lucrare» este rezultatul unui ansamblu de lucrări de construcție sau de lucrări publice destinată să îndeplinească ea însăși o funcție economică sau tehnică.

[…]

(3) «Concesionarea lucrărilor publice» este un contract care prezintă aceleași caracteristici ca un contract de achiziții publice de lucrări, cu excepția compensației pentru lucrările efectuate, care poate consta fie exclusiv în dreptul de exploatare a lucrării, fie în dreptul de exploatare și o plată.

[…]”

II — Situația de fapt, acțiunea principală și întrebările preliminare

5. În octombrie 2006, Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (agenția federală pentru gestionarea patrimoniul imobiliar public, denumită în continuare „Bundesanstalt”) a făcut cunoscută, prin intermediul unor anunțuri difuzate în presă și pe internet, intenția de a vinde un teren de aproximativ 24 de hectare situat în localitatea Wildeshausen. Terenul era ocupat în special de o cazarmă, desființată în primele luni ale anului 2007.

6. În anunțul publicat, Bundesanstalt preciza că modurile admise de utilizare a terenului trebuiau să fie stabilite de comun acord cu orașul Wildeshausen.

7. În luna mai 2007, o expertiză cerută de Bundesanstalt a estimat valoarea terenului la 2,33 milioane de euro.

8. Societatea Helmut Müller GmbH (denumită în continuare „Helmut Müller") prezentase, deja în luna noiembrie 2006, o ofertă de achiziționare a terenului la prețul de 4 milioane de euro, condiționând totuși această ofertă de întocmirea unui plan de urbanism pentru zona respectivă, care să fie conform proiectelor sale. Această propunere nu a fost acceptată.

9. În luna ianuarie 2007 Bundesanstalt a solicitat persoanelor posibil interesate să depună o ofertă pentru teren fără un plan de urbanism prestabilit. În acest context, Helmut Müller a depus o ofertă de achiziționare de 1 milion de euro. O altă societate, Gut Spascher Sand Immobilien GmbH (denumită în continuare „GSSI"), a depus în schimb o ofertă de 2,5 milioane de euro.

10. În continuare, autoritățile locale din Wildeshausen au solicitat ofertanților să își prezinte proiectele de utilizare a zonei respective. Aceste proiecte au fost discutate cu autoritățile locale, inclusiv în prezența Bundesanstalt. La 24 mai 2007, Consiliul Municipal din Wildeshausen și-a exprimat preferința pentru proiectul GSSI, declarându-se dispus să inițieze o procedură pentru definirea planului de construcții al zonei în temeiul acestui proiect. Cu toate acestea, decizia Consiliului Municipal indica în mod expres că nu considera această preferință ca fiind obligatorie în raport cu competențele în materie de urbanism ale autorității locale, pe care Consiliul Municipal își rezerva să le exercite în mod liber.

11. La 6 iunie 2007, Bundesanstalt a vândut terenul către GSSI. Contractul de vânzare nu conține nicio referire la viitoarea utilizare a terenului cedat.

12. Helmut Müller a atacat în fața instanțelor naționale vânzarea terenului, susținând în special că această vânzare ar fi trebuit să fie efectuată în temeiul normelor în materia atribuirii contractelor de achiziții publice.

13. Fiind sesizată cu litigiul, instanța de trimitere a formulat următoarele întrebări preliminare:

„1) Noțiunea de contract de achiziții publice de lucrări de la articolul 1 alineatul (2) litera (b) din [Directiva 2004/18] trebuie interpretată în sensul că lucrările sunt realizate în mod material sau fizic pentru

autoritatea contractantă și în interesul economic direct al acesteia?

2) În măsura în care noțiunea de contracte de achiziții publice de lucrări, în sensul articolului 1 alineatul (2) litera (b) din Directiva 2004/18, nu permite să se facă abstracție de elementul «obținere»: se poate admite, în temeiul celei de a doua ipoteze prevăzute de această dispoziție, că există o astfel de «obținere» atunci când lucrările îndeplinesc un obiectiv public definit pentru autoritatea contractantă (să servească, spre exemplu, dezvoltării urbanistice a unei părți dintr-o comună) și când acel contract conferă autorității contractante competența de a se asigura că obiectivul public va fi atins și că lucrarea va fi efectuată în acest scop?

3) Noțiunea de contract de achiziții publice de lucrări impune, în prima sau în a doua ipoteză prevăzută la articolul 1 alineatul (2) litera (b) din Directiva 2004/18, ca executantul de lucrări să fie ținut direct sau indirect să efectueze lucrările? Trebuie să existe posibilitatea ca o astfel de obligație să fie exigibilă în fața unei instanțe?

4) Noțiunea de contract de achiziții publice de lucrări presupune, în temeiul celei de a treia ipoteze prevăzute la articolul 1 alineatul (2) litera (b) din Directiva 2004/18, ca executantul de lucrări să fie ținut să efectueze lucrări sau ca aceste lucrări să formeze obiectul contractului?

5) Contracte prin care, prin intermediul necesităților precizate de autoritatea contractantă, afectarea unei lucrări care trebuie construită unui obiectiv public definit trebuie să fie garantată și prin care autoritatea contractantă (în temeiul acordului contractual) este învestită în același timp (în interes propriu indirect) cu competența de a se asigura că lucrarea ar putea fi destinată îndeplinirii obiectivului public definit sunt cuprinse în noțiunea de contracte de achiziții publice de lucrări în sensul celei de a treia ipoteze prevăzute la articolul 1 alineatul (2) litera (b) din Directiva 2004/18/CE?

6) Situația în care lucrările de construcție trebuie să fie efectuate conform unor proiecte verificate și aprobate de către autoritatea contractantă este cuprinsă în noțiunea «necesități precizate de autoritatea contractantă», în sensul articolului 1 alineatul (2) litera (b) din Directiva 2004/18/CE?

7) Se exclude concesionarea lucrărilor publice în temeiul articolului 1

alineatul (3) din Directiva 2004/18 în cazul în care concesionarul este sau devine proprietar al terenului pe care trebuie efectuată lucrarea sau în cazul în care concesionarea s-a realizat pe durată nedeterminată?

8) Directiva 2004/18/CE se aplică (fapt care implică obligația pentru autoritatea contractantă de a iniția o procedură de atribuire de contracte de achiziții publice) atunci când cumpărarea terenului de către un terț și atribuirea unui contract de achiziții publice de lucrări sunt decalate în timp, când, la momentul încheierii tranzacției privind terenul, contractul de achiziții publice de lucrări nu a fost încă atribuit, însă, la momentul respectiv, autoritatea contractantă are intenția de a atribui un astfel de contract?

9) Operațiunile distincte, aflate însă în legătură, privind cesionarea unui teren și [atribuirea] unui contract de achiziții publice de lucrări trebuie considerate un ansamblu atunci când se are în vedere această atribuire la momentul încheierii vânzării terenului și când persoanele interesate au stabilit în mod conștient o legătură strânsă din punct de vedere material și de asemenea, dacă este cazul, cronologic între contractele diferite (a se vedea Hotărârea din 10 noiembrie 2005, Comisia/Austria, C-29/04, Rec., p. I-9705)?"

III — Observații introductive

A — *Jurisprudența instanței de trimitere*

14. Pentru înțelegerea întrebărilor preliminare formulate de instanța de trimitere, este necesară o clarificare. Trebuie să se observe în special, astfel cum subliniază instanța națională în ordonanța sa, că jurisprudența actuală a instanței de trimitere (Oberlandesgericht Düsseldorf) prezintă anumite particularități care o opun celei mai mari părți a jurisprudenței și doctrinei în materia dreptului contractelor de achiziții publice.

15. În special, poziția instanței de trimitere pornește de la prezumția că natura esențial urbanistică a unei proceduri nu exclude, în principiu, aplicabilitatea normelor comunitare în materia atribuirii contractelor de achiziții publice. În această privință, instanța națională amintește jurisprudența Curții în cauzele Ordine degli Architetti și alții[4] și Comisia/Franța[5].

16. În al doilea rând, instanța de trimitere deduce din jurisprudența Auroux și alții[6] principiul potrivit căruia aplicabilitatea

4 — Hotărârea Curții din 12 iulie 2001, Ordine degli Architetti și alții (C-399/98, Rec., p. I-5409).

5 — Hotărârea Curții din 20 octombrie 2005, Comisia/Franța (C-264/03, Rec., p. I-8831).

6 — Hotărârea Curții din 18 ianuarie 2007, Auroux și alții (C-220/05, Rep., p. I-385).

normelor comunitare în materia contractelor de achiziții publice este absolut independentă de faptul că autoritatea contractantă intenționează să dobândească în proprietate sau chiar numai să posede și să folosească lucrările care urmează a fi construite. Cu alte cuvinte, reglementarea comunitară în materia contractelor de achiziții publice ar putea să fie aplicată independent de existența unui element de obținere materială a unui bun de către autoritatea contractantă. În special, utilitatea urmărită de autoritatea contractantă ar putea chiar să aibă o natură imaterială, care constă de exemplu, precum în speță, în atingerea anumitor obiective de dezvoltare urbanistică a teritoriului localității[7].

17. În temeiul acestei jurisprudențe, situația care face obiectul acțiunii principale este interpretată de instanța de trimitere după cum urmează. Societății GSSI i-a fost atribuită o concesionare a lucrărilor publice[8], pentru care ar fi trebuit să fie aplicate dispozițiile pertinente ale dreptului comunitar[9]. Faptul că societatea GSSI dobândește asupra bunurilor respective un drept de proprietate nu este contrar acestei interpretări, din moment ce noțiunea „concesionare" definită în directivă nu ar exclude nici durata nedeterminată a acesteia, nici recunoașterea, în favoarea concesionarului, a unui drept de proprietate asupra bunurilor care fac obiectul concesionării.

18. Împrejurarea că orașul Wildeshausen, deși și-a exprimat preferința pentru amenajarea urbanistică propusă de societatea GSSI, nu s-a obligat în mod formal să autorizeze această amenajare nu ar constitui, în opinia instanței de trimitere, un element de natură să infirme interpretarea acesteia cu privire la evenimente. În special, instanța națională face trimitere la hotărârea Curții pronunțată în cauza Comisia/Austria (cunoscută sub numele „Mödling")[10] pentru a susține că inclusiv un eveniment ulterior cronologic atribuirii, dacă este determinant în mod concret în sensul acesteia, poate să trebuiască să fie luat în considerare în scopul unei evaluări juridice a cazului particular. În caz contrar,

7 — Pe de altă parte, ulterior deciziei de trimitere, legislația germană a fost modificată prin Legea din 20 aprilie 2009 privind modernizarea dreptului contractelor de achiziții publice (Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts, BGBl. I, p. 790), care a modificat articolul 99 din Legea privind restricțiile asupra concurenței (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, sau „GWB"), precizând printre altele că, în ipoteza din a treia variantă prevăzută de definiția contractului de achiziții publice de lucrări, este necesar ca autoritatea contractantă să obțină un beneficiu economic direct. A se vedea de asemenea mai jos nota de subsol 35.

8 — Cu toate acestea, nu este clar care este persoana care ar fi atribuit această concesionare. Comisia însăși, care asupra acestui punct s-a dovedit mai degrabă deschisă în ceea ce privește pozițiile instanței de trimitere, a trebuit să recunoască, în ședință, că atât Bundesanstalt, cât și orașul Wildeshausen prezintă, în cazul din speță, anumite caracteristici tipice ale acestui rol, fără a fi posibil să se recunoască prevalența, în această privință, a uneia sau a celeilalte.

9 — În ceea ce privește decizia de trimitere, în aceasta nu există îndoieli asupra faptului că pragurile prevăzute pentru aplicarea directivei sunt, în cazul din speță, larg depășite. În realitate, din moment ce, în sine, valoarea terenului nu depășește pragurile menționate, raționamentul instanței naționale prezintă elemente evident ipotetice. Pe de altă parte, având în vedere jurisprudența constantă potrivit căreia revine în principiu instanței naționale să aprecieze pertinența întrebărilor pentru soluționarea litigiului, considerăm că, în speță, Curtea ar trebui să ofere un răspuns întrebărilor adresate de Oberlandesgericht Düsseldorf. A se vedea în această privință, de exemplu, Hotărârea din 15 decembrie 1995, Bosman (C-415/93, Rec., p. I-4921, punctul 61), Hotărârea din 7 septembrie 1999, Beck și Bergdorf (C-355/97, Rec., p. I-4977, punctul 22), Hotărârea din 7 iunie 2007, van der Weerd și alții (C-222/05-C-225/05, Rep., p. I-4233, punctul 22), și Hotărârea din 17 iulie 2008, Corporación Dermoestética (C-500/06, Rep., p. I-5785, punctul 23).

10 — Hotărârea Curții din 10 noiembrie 2005, Comisia/Austria (C-29/04, Rec., p. I-9705).

efectul util al dispozițiilor dreptului comunitar ar putea fi compromis în mod ușor.

19. Totuși, astfel cum am subliniat mai sus, aceeași instanță de trimitere recunoaște că interpretarea sa privind dreptul comunitar, în părțile aplicabile în prezenta cauză, este departe de a face obiectul unui consens unanim. Așadar, prin intermediul întrebărilor preliminare, Oberlandesgericht Düsseldorf solicită Curții, în esență, să stabilească dacă această interpretare este sau nu este corectă.

B — *Diferențele dintre versiunile lingvistice ale articolului 1 din directivă*

20. Articolul 1 din directivă distinge, în majoritatea versiunilor lingvistice[11], trei tipuri diferite de „contracte de achiziții publice de lucrări". Este vorba, în special, despre următoarele ipoteze:

— execuția, eventual însoțită de proiectarea, de *lucrări*[12] de construcții de tipul celor specificate în anexa I la directivă (prima variantă);

— execuția, eventual însoțită de proiectare, a unei *lucrări*[13] (a doua variantă);

— realizarea, prin orice mijloace, a unei *lucrări*[14] care să răspundă unor necesități precizate de autoritatea contractantă (a treia variantă).

21. Imediat în continuare, directiva precizează că o „lucrare"[15] este „rezultatul unui ansamblu de lucrări de construcție sau de lucrări publice destinată să îndeplinească ea însăși o funcție economică sau tehnică".

22. Trebuie să se observe de la început că versiunile lingvistice ale directivei prezintă câteva diferențe de o anumită importanță.

23. Există, înainte de toate, diferențe care rezultă din utilizarea unei terminologii care nu este întotdeauna coerentă în cadrul celor

11 — Însă nu în toate: de exemplu, a doua variantă menționată nu are echivalent în versiunea portugheză.

12 — În germană: „von Bauvorhaben", în engleză: „of works", în franceză: „de travaux", în italiană: „lavori", în spaniolă: „de obras", în olandeză: „van werken", în portugheză: „de trabalhos", în greacă: „εργασιών".

13 — În germană: „eines Bauwerks", în engleză: „a work", în franceză: „d'un ouvrage", în italiană: „di un'opera", în spaniolă: „de una obra", în olandeză: „van een werk", în greacă: „ενός έργου".

14 — În germană: „einer Bauleistung", în engleză: „of a work", în franceză: „d'un ouvrage", în italiană: „di un'opera", în spaniolă: „de una obra", în olandeză: „van een werk", în portugheză: „de uma obra", în greacă: „ενός έργου".

15 — În germană: „Bauwerk", în engleză: „work", în franceză: „ouvrage", în italiană: „opera"; în spaniolă: „obra", în olandeză: „werk", în portugheză: „obra", în greacă: „έργο".

trei variante indicate: acest lucru este evident în special dacă se observă termenii la care recurg anumite versiuni lingvistice, astfel cum s-a arătat în notele de subsol aferente variantelor în cauză.

24. În plus, versiunea în limba germană prezintă alte două diferențe semnificative. În primul rând, cea de a treia variantă precizează că realizarea activității prevăzute în aceasta trebuie să se facă „prin intermediul unor terți" (durch Dritte): o astfel de precizare lipsește în celelalte versiuni lingvistice[16]. În al doilea rând, activitatea prevăzută în a treia variantă nu este menționată drept „lucrare" (Bauwerk), ci drept „activitate de construcții" (Bauleistung): cu consecința că definiția următoare a noțiunii „lucrare" pare aplicabilă, în textul german, numai celei de a doua variante, și nu celei de a treia[17].

căutarea interpretării „corecte" a dispozițiilor prin intermediul unei analize strict literale a acestora, eventual limitată în plus la o singură versiune lingvistică. În realitate, numai interpretarea sistematică și cea teleologică pot, împreună cu o anumită doză de bun-simț interpretativ, să orienteze căutarea semnificației care trebuie acordată dispozițiilor în cauză.

IV — Analiză juridică

A — *Premiza: noțiunea de contract de achiziții de lucrări publice*

25. Existența problemelor de text pe care tocmai le-am evocat descurajează pe deplin

26. Pentru a putea oferi un răspuns cât mai complet posibil întrebărilor formulate de instanța de trimitere, este necesar, cu titlu preliminar, să fie definite caracteristicile esențiale ale unui contract de achiziții de lucrări.

27. Este bine să se precizeze de la început că este vorba despre o noțiune care privește în mod exclusiv dreptul comunitar, astfel încât calificarea unei situații în temeiul dreptului

16 — Subliniem însă că, astfel cum a precizat în cadrul ședinței în special guvernul austriac, în concret, precizarea conținută în textul în limba germană nu îl face pe acesta mai divergent, ci probabil numai „mai specific" în raport cu celelalte versiuni lingvistice. Astfel, luând în considerare structura dispoziției analizate, pare dificil, chiar făcând referire la alte versiuni lingvistice, să se individualizeze un caz particular care intră în a treia variantă în care lucrările nu sunt realizate de un „terț". În orice caz, trebuie să se amintească faptul că, potrivit unei jurisprudențe constante, natura divergentă a unei anumite versiuni lingvistice specifice a unei norme comunitare nu poate să fie singurul temei pentru interpretarea acestei dispoziții sau să i se atribuie un caracter prioritar în raport cu celelalte versiuni lingvistice. A se vedea în această privință, de exemplu, Hotărârea din 27 martie 1990, Cricket St. Thomas (C-372/88, Rec., p. I-1345, punctul 18), și Hotărârea din 19 aprilie 2007, Velvet & Steel Immobilien (C-455/05, Rep., p. I-3225, punctul 19).

17 — Aceste specificități ale versiunii germane își au originea deja în Directiva 89/440/CEE a Consiliului din 18 iulie 1989 de modificare a Directivei 71/305/CEE de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții de lucrări publice (JO L 210, p. 1). Directiva 89/440 a introdus pentru prima dată în ordinea juridică comunitară actuala definiție „tripartită" a contractului de achiziții publice de lucrări.

național al unui stat membru nu este pertinentă în speță[18].

28. În ceea ce privește obiectul contractului de achiziții, Directiva 2004/18 definește, astfel cum s-a văzut mai sus, trei tipuri fundamentale. Totodată, sintetizând, se poate spune totuși că, în temeiul articolului 1 din directiva menționată, intră în noțiunea de contract de achiziții de lucrări publice, pe de o parte, desfășurarea unor lucrări specifice care se încadrează în tipurile enumerate în anexa I la directivă și, pe de altă parte, realizarea de lucrări. Cu alte cuvinte, noțiunea cuprinde fie activitățile de construcție, independent de faptul că rezultatul lucrărilor constituie un bun care are natura definită și/sau finalizată, fie activitatea de realizare, eventual inclusiv prin intermediul unor terțe părți, de anumite bunuri „finalizate". Aceste bunuri, a căror natură „finalizată" este determinată de directivă, observând că acestea îndeplinesc „o funcție economică sau tehnică", sunt definite în mod normal drept „lucrări".

29. În ceea ce privește situațiile specifice particulare care trebuie să fie evaluate, trebuie în mod natural să se examineze de la caz la caz dacă acestea se înscriu sau nu se înscriu în domeniul de aplicare al Directivei 2004/18. Considerăm totuși că, în general, o abordare flexibilă, întemeiată mai degrabă pe împărțirea în două părți lucrări/lucrare, astfel cum este expusă la punctul precedent, decât pe împărțirea în trei prezentă în majoritatea versiunilor lingvistice ale articolului 1, permite în majoritatea cazurilor să se rezolve problema referitoare la existența condițiilor obiective pentru aplicarea directivei.

30. Cu toate acestea, indiferent de abordarea urmată, nu trebuie să se uite că un aspect care caracterizează toate contractele de achiziții de lucrări publice este prezența elementului construcției. Cu alte cuvinte, activitățile desfășurate trebuie să cuprindă o realizare de bunuri. Simpla vânzare de bunuri deja existente este astfel exclusă în mod expres din domeniul de aplicare al directivei[19].

31. Același articol 1 din directivă definește în mod expres alte caracteristici esențiale ale unui contract de achiziții de lucrări. Se prevede astfel că contractul de achiziții de lucrări este *un contract*, încheiat *în scris și cu titlu oneros*. Această din urmă caracteristică implică, așadar, ca prestației ofertantului declarat câștigător să îi corespundă o contraprestație a autorității publice, care nu are în mod obligatoriu un caracter pecuniar,

18 — A se vedea Hotărârea Auroux și alții, citată la nota de subsol 6, punctul 40.

19 — A se vedea articolul 16 din directivă.

dar care este cu siguranță evaluabilă din punct de vedere economic[20].

32. Cu toate acestea, chiar directiva prevede, după cum se cunoaște, o alternativă în raport cu modelul „tipic" în care autoritatea publică plătește (în sens larg, astfel cum s-a observat) constructorul unei lucrări. În acest model alternativ, care este acela al concesionării lucrărilor publice, „compensați[a] pentru lucrările efectuate, […] poate consta fie exclusiv în dreptul de exploatare a lucrării, fie în dreptul de exploatare și o plată". Potrivit instanței de trimitere, cazului din speță ar trebui să i se aplice regimul concesionării lucrărilor publice, din moment ce autoritatea publică se limitează să permită persoanei care intenționează să desfășoare anumite lucrări de construcții să profite pe deplin, potrivit normelor dreptului de proprietate, de rezultatele activității sale de construcție. Această problemă va fi discutată în mod detaliat în continuare, în special în cadrul analizei celei de a șaptea întrebări preliminare.

33. O altă observație care trebuie realizată privește obiectivul pe care autoritățile publice îl urmăresc prin intermediul lucrărilor pe care intenționează să le realizeze. Or, astfel cum s-a precizat în jurisprudența Curții, în scopul aplicabilității dispozițiilor directivei, obiectivul urmărit este irelevant[21]. Așadar, ceea ce este important este exclusiv existența condițiilor obiective stabilite de textul normativ.

34. Această indiferență a reglementării comunitare în ceea ce privește obiectivele urmărite în fiecare caz concret de autoritățile publice se explică prin faptul că, astfel cum sugerează considerentele directivei, obiectivul principal al reglementării comunitare privind contractele de achiziții publice este acela de a elimina restricțiile în calea libertăților fundamentale și de a favoriza o concurență efectivă[22]. În consecință, perspectiva este aceea a persoanelor care ar putea fi interesate să execute lucrările: pentru aceste persoane, evident, obiectivul pe care îl urmărește autoritatea publică este irelevant.

35. Deși, în interpretarea directivei, trebuie să se țină seama de obiectivele largi și ambițioase ale acesteia, totuși acestea nu trebuie să determine admiterea faptului că, în temeiul scopului acestui act normativ,

20 — De exemplu, în loc să plătească o sumă de bani, autoritatea publică poate scuti o persoană de la plata anumitor impozite (a se vedea Hotărârea Ordine degli Architetti și alții, citată la nota de subsol 4, punctele 76-86).

21 — Hotărârea din 15 ianuarie 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria și alții (C-44/96, Rec., p. I-73, punctul 32). A se vedea de asemenea Hotărârea din 18 noiembrie 2004, Comisia/Germania (C-126/03, Rec., p. I-11197, punctul 18), și Hotărârea din 11 ianuarie 2005, Stadt Halle și RPL Lochau (C-26/03, Rec., p. I-1, punctul 26).

22 — A se vedea în special considerentul (2) al Directivei 2004/18, precum și, anterior, al doilea și al zecelea considerent ale Directivei 93/37/CEE a Consiliului din 14 iunie 1993 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări (JO L 199, p. 54). A se vedea în acest sens și Hotărârea Ordine degli Architetti și alții, citată la nota de subsol 4 (punctul 52), și Hotărârea din 12 decembrie 2002, Universale-Bau și alții (C-470/99, Rec., p. I-11617, punctul 51 și jurisprudența citată).

domeniul de aplicare al acestuia poate fi extins fără limite. În special, trebuie observat că anumite sectoare specifice în care directiva nu se aplică sunt deja indicate în textul acesteia: a se vedea în special articolele 10-16. În consecință, nu este admisibilă o interpretare exclusiv „funcțională" a directivei, realizată luând în considerare numai obiectivele de bază ale acesteia.

36. Astfel, dacă ne situăm într-o optică de interpretare „funcțională", precum pare să fie cea recomandată în special de Comisie, se pune problema crucială de a determina care este criteriul în funcție de care trebuie aplicată directiva. Or, Comisia însăși menționează că principala sa preocupare este ca anumite persoane să poată dobândi o poziție avantajoasă fără a se fi aflat anterior într-o situație de egalitate în raport cu celelalte persoane potențial interesate să obțină o astfel de poziție. În cazuri precum cel în discuție, poziția de avantaj ar fi constituit-o creșterea valorii unui teren rezultată din faptul că autoritatea publică permite realizarea anumitor activități de construcție pe acest teren. În consecință, potrivit interpretării Comisiei, orice „creștere de valoare" a unui bun imobil, în cazul în care se datorează unei activități a autorităților publice, ar trebui să fie supusă dispozițiilor directivei. Este evident însă că, acceptând această poziție, există riscul să trebuiască să se accepte ipoteza, deși absurdă, a supunerii *oricărei activități de reglementare urbanistică* normelor directivei: astfel, prin definiție, dispozițiile care reglementează posibilitatea de a realiza lucrări de construcție modifică, uneori în mod substanțial, valoarea terenurilor cărora li se aplică.

37. În realitate, nimeni nu susține această poziție extremă. Trebuie subliniat însă că aceasta constituie consecința logică a unei interpretări exclusiv funcționale a directivei.

38. Este adevărat că, astfel cum se cunoaște, în anumite domenii, jurisprudența Curții a urmat o interpretare declarat „funcțională" a dispozițiilor dreptului comunitar. Aceasta a fost situația, în contextul dreptului contractelor de achiziții publice, în ceea ce privește noțiunile „autoritate contractantă" și „organism de drept public"[23]. În această privință, trebuie să se observe înainte de toate că, în aceste situații, interpretarea funcțională a fost utilizată pentru a clarifica aplicabilitatea unei noțiuni specifice, și nu pentru a defini în general domeniul de aplicare al întregului corpus normativ în materia contractelor de achiziții publice. În plus, în cazurile citate, recurgerea la interpretarea funcțională a avut în esență scopul de a evita formarea de lacune considerabile, care ar fi deschis largi posibilități de abuz: facem referire, de exemplu, la cazul în care funcția tipică a unui organism de drept public a fost asumată într-un moment

23 — A se vedea, de exemplu, Hotărârea Universale-Bau și alții, citată la nota de subsol 22 (punctul 53), Hotărârea din 13 decembrie 2007, Bayerischer Rundfunk și alții (C-337/06, Rep., p. I-11173, punctul 37), și Hotărârea din 10 aprilie 2008, Ing. Aigner (C-393/06, Rep., p. I-2339, punctul 37).

ulterior constituirii unei societăți, fără adaptarea statutului acesteia[24], sau la cazul în care finanțarea publică (în speță, a unui organism de radioteleviziune) a avut loc prin impunerea plății unei taxe tuturor posesorilor unui aparat de recepție, și nu prin plata directă de resurse publice[25].

39. Așadar, ni se pare clar că, dimpotrivă, domeniul de aplicare al directivei trebuie să fie determinat făcând trimitere, în primul rând, la condițiile obiective care sunt definite în directiva însăși. În mod normal, acest lucru nu înseamnă că interpretul trebuie să evite orice considerație de natură „funcțională". În realitate, obiectivele urmărite de directivă sunt, astfel cum este evident, unul dintre principalele puncte de referință în vederea interpretării[26]: acestea nu pot totuși să constituie unicul criteriu de referință și nu pot eluda voința legiuitorului de a defini domeniul de aplicare al normei.

40. În continuare, vom trece la analizarea întrebărilor preliminare. Pentru motive de legătură logică între întrebări, ne vom ocupa mai întâi de prima, de a doua, de a cincea și de a șasea întrebare.

24 — Hotărârea Universale-Bau și alții, citată la nota de subsol 22.

25 — Hotărârea Bayerischer Rundfunk și alții, citată la nota de subsol 23. A se vedea de asemenea, pentru o situație similară, Hotărârea din 11 iunie 2009, Hans & Christophorus Oymanns (C-300/07, punctul 57).

26 — A se vedea, de exemplu, Hotărârea din 17 noiembrie 1983, Merck (292/82, Rec., p. 3781, punctul 12), Hotărârea din 14 octombrie 1999, Adidas (C-223/98, Rec., p. I-7081, punctul 23), și Hotărârea din 7 iunie 2005, VEMW și alții (C-17/03, Rec., p. I-4983, punctul 41).

B — *Prima și a doua întrebare*

41. Prin intermediul primelor două întrebări preliminare, care pot fi analizate împreună, instanța de trimitere solicită Curții să precizeze dacă, în general, pentru existența unui contract de achiziții publice de lucrări în sensul Directivei 2004/18 este necesar ca obiectul contractului de achiziții să constituie un bun obținut material de autoritatea publică, care să prezinte pentru aceasta o utilitate economică directă. În cazul unui răspuns afirmativ, cu alte cuvinte în cazul în care, pentru a utiliza terminologia instanței de trimitere, nu este posibil „să se facă abstracție de elementul obținere", Curții i se solicită să stabilească dacă simpla urmărire, în general, a unui obiectiv public, de exemplu o anumită amenajare urbanistică a teritoriului localității poate sau nu poate să constituie un astfel de element.

1. Pozițiile părților

42. Pozițiile susținute de părțile în cauză care au prezentat observații în prezenta procedură acoperă un evantai destul de larg.

43. Pe de o parte, guvernul german, susținut asupra acestui punct de Bundesanstalt și, în

mare măsură, de guvernul austriac, susține cu forță necesitatea prezenței elementului obținere pentru a se putea vorbi de un contract de achiziții de lucrări publice. În realitate, acest guvern afirmă că nu trebuie să fie vorba în mod necesar de o obținere de natură materială și că inclusiv un simplu interes economic pentru autoritatea publică poate fi suficient. În schimb, în opinia guvernului german, nu este suficientă simpla urmărire, în general, a unui obiectiv public, precum în speță. În ceea ce privește Hotărârea Auroux și alții a Curții, care constituie, astfel cum am văzut, unul dintre pilonii poziției către care înclină instanța națională, guvernul german observă că, în cauza care a determinat pronunțarea acestei hotărâri, existența unei utilități economice directe pentru autoritatea publică era presupusă, astfel încât Curtea nu a considerat necesar să își concentreze atenția asupra acestui punct. Acest lucru nu ar trebui în niciun caz interpretat în sensul unei excluderi a caracterului necesar al condiției utilității economice: această condiție, chiar dacă nu este în mod expres menționată în directivă, ar fi implicită în economia generală a acesteia. În ceea ce privește argumentele întemeiate pe necesitatea de a garanta efectul util al directivei și de a preveni riscul de abuzuri, potrivit guvernului german, nu se poate permite aplicarea frauduloasă a directivei în afara domeniului său natural de aplicare. Eventualele necesități de prevenire a abuzurilor în afara domeniului contractelor de achiziții publice ar trebui să fie satisfăcute folosind instrumente normative diferite de Directiva 2004/18.

44. În schimb, poziția susținută de Comisie este diametral opusă de cea a guvernului german. În special, potrivit Comisiei, unicul element determinant pentru oferirea unui răspuns instanței de trimitere constă în faptul că textul directivei nu impune ca, pentru existența unui contract de achiziții de lucrări publice, autoritatea publică să achiziționeze ceva de la o persoană terță de aceasta. Așadar, impunerea existenței elementului obținerii ar semnifica introducerea unei condiții neimpuse de textul normativ.

45. În sfârșit, guvernul olandez adoptă o poziție intermediară. Potrivit acestui guvern, în special, deși dobândirea lucrării de către autoritatea publică nu este necesară, și aceasta inclusiv în lumina jurisprudenței Curții, pentru existența unui contract de achiziții publice de lucrări este necesar totuși să existe un interes economic direct al autorității publice. Acest interes economic direct poate consta, printre altele, în funcție de situație, fie într-un avantaj economic pentru administrația publică, fie în ceea ce guvernul olandez definește ca fiind un „risc de pierderi" suportat de aceasta. Or, în situația de fapt din acțiunea principală, în opinia guvernului olandez, acest interes economic nu există sau cel puțin nu rezultă în temeiul elementelor furnizate de instanța națională.

2. Apreciere

46. În opinia noastră, interpretarea corectă a Directivei 2004/18 se situează la jumătatea distanței dintre cele două poziții „extreme", a guvernului german și a Comisiei. Pe de altă parte, nu împărtășim pe deplin nici poziția guvernului olandez, care considerăm că este excesiv de axată asupra unui element de natură economică pentru a defini noțiunea de contract de achiziții publice de lucrări.

47. Pentru a putea oferi un răspuns la întrebarea adresată Curții, considerăm că este important să se plece de la interpretarea care trebuie dată Hotărârii Auroux și alții[27]. În împrejurările speței care a stat la baza pronunțării acestei hotărâri, astfel cum se cunoaște, o autoritate locală încredințase, fără licitație, unei a doua autorități contractante realizarea unei lucrări de amenajare urbanistică. În acest context, cea de a doua autoritate contractantă ar fi trebuit, folosind în parte fondurile acordate de autoritatea locală, să realizeze diferite lucrări de construcții, destinate în parte a fi vândute terților și în parte a fi predate administrației locale. Curtea a considerat această situație ca fiind un contract de achiziții publice de lucrări, declarând irelevant în această privință dacă se prevedea sau nu se prevedea că prima autoritate contractantă, cu alte cuvinte autoritatea locală, devine proprietara întregii lucrări sau a unei părți din lucrarea care urma să fie realizată[28].

48. Este adevărat că, astfel cum remarcă guvernul german, în împrejurările acestei cauze nu existau îndoieli asupra faptului că, cel puțin în parte, unele dintre lucrările care urmau să fie realizate ar fi beneficiat direct autorității locale. Însă este adevărat de asemenea că formularea foarte largă aleasă de Curte exclude, în opinia noastră, necesitatea de a considera obținerea directă în favoarea unei autorități publice o condiție a unui contract de achiziții publice.

49. Pe de altă parte, totuși, trebuie subliniată o altă caracteristică a speței examinate în hotărârea citată anterior: cu această ocazie, autoritatea locală plătise o sumă importantă și intervenise direct pe lângă cea de a doua autoritate contractantă pentru obținerea realizării lucrărilor dorite.

50. Noțiunea de contract de achiziții publice de lucrări, deși trebuie interpretată în mod amplu, pentru a evita posibile abuzuri, nu poate, astfel cum am observat deja mai sus, să fie extinsă în mod nedeterminat[29]. O astfel de interpretare „funcționalistă" nu poate ignora complet limitele domeniului de aplicare al directivei. Astfel, deși este sigur adevărat că obiectivul principal al directivelor în materia contractelor de achiziții publice este acela de a favoriza concurența între întreprinderi și de a deschide piețele, este la fel de adevărat că, în afara domeniului de aplicare al directivei,

27 — Citată la nota de subsol 6.
28 — *Ibidem*, punctul 47.
29 — A se vedea mai sus, punctul 35 și următoarele.

acest obiectiv va trebui să fie urmărit folosind alte instrumente legislative adecvate, fără a extinde peste măsură domeniul de aplicare al dispozițiilor în materia contractelor de achiziții publice.

51. Este, așadar, necesar să se determine cu o anumită precizie limitele acestui domeniu de aplicare, care trebuie să reprezinte limite de netrecut pentru aplicabilitatea normelor directivei.

52. Or, considerăm că dintr-o analiză de ansamblu a textului normativ, luând în considerare de asemenea interpretarea pe care Curtea a dat-o acestuia până în prezent, este posibil să se deducă principiul de bază potrivit căruia, pentru a putea face ca o anumită activitate să intre în domeniul dreptului contractelor de achiziții publice de lucrări, este necesar să existe o solidă *legătură directă* între autoritatea publică și lucrările care urmează a fi realizate. Această legătură rezultă, în mod normal, din faptul că lucrările sunt realizate în urma unei inițiative a autorității publice.

53. Prin urmare, spre deosebire de ceea ce reține instanța de trimitere, nu este suficientă o utilitate de natură numai imaterială și indirectă. Nu poate fi suficientă nici simpla împrejurare că activitatea care trebuie evaluată răspunde, în general, interesului public. Într-adevăr, trebuie să se observe că, în cazurile în care activitatea necesită o autorizație prealabilă din partea unei autorități publice (astfel cum este normal în cazul tuturor activităților de construcții), pentru a putea fi autorizată, activitatea respectivă trebuie în mod evident să fie conformă cu interesul public, care constituie criteriul de referință al activității de autorizare desfășurate de autoritățile publice. Existența generală a unui interes public, care justifică autorizarea pentru desfășurarea activității, nu poate, așadar, fără a produce o extindere necontrolată a domeniului de aplicare al directivei, să constituie criteriul determinant pentru individualizarea cazurilor particulare care se includ în acesta. În special, trebuie să se ia în considerare că o autorizație de construcție, cu alte cuvinte expresia tipică a competențelor administrației în domeniul *obiectiv* urbanistic, se limitează de regulă la înlăturarea unei limite pentru dezvoltarea unei inițiative care pornește de la o persoană privată, și nu de la autoritatea publică.

54. Considerăm că impunerea existenței unei legături directe între autoritatea publică și lucrările care urmează a fi realizate permite concilierea necesităților, opuse ca tendință în general, de prevenire a abuzurilor, pe de o parte, și de evitare a unei extinderi necontrolate a domeniului de aplicare al directivei,

pe de altă parte. Această formulare permite în special respectarea pe deplin a celor afirmate de Curte în Hotărârea Auroux și alții, citată anterior, potrivit căreia dobândirea în proprietate a lucrărilor de către administrație nu este o condiție necesară pentru aplicarea reglementării privind atribuirea contractelor publice. Această hotărâre nu poate totuși să fie utilizată pentru a justifica o abordare care face abstracție complet de o legătură solidă între autoritățile publice și lucrările care urmează a fi realizate: chiar criteriul legăturii directe poate constitui, în opinia noastră, o expresie adecvată a acestei legături necesare.

55. Această legătură directă se poate recunoaște ușor în mod evident, în special în situațiile în care autoritatea publică obține în mod direct proprietatea bunului care urmează a fi realizat. Este vorba, astfel cum este evident, despre cazul tipic, iar majoritatea cazurilor în care directiva trebuie aplicată se înscriu în acest model de referință. Acestei situații tipice trebuie să îi fie asimilate și situațiile în care, deși nu sunt dobândite în proprietate de autoritatea publică, bunurile care urmează a fi realizate constituie totuși, pentru această autoritate, un *avantaj economic direct*. Poate fi vorba, de exemplu, de cazurile în care autoritățile publice dobândesc asupra bunurilor construite un drept care, deși diferit de dreptul de proprietate, permite totuși, cel puțin într-o anumită măsură, folosirea bunului în cauză.

56. O a doua ipoteză de legătură directă între autoritatea publică și lucrările care urmează a fi realizate poate fi identificată, în opinia noastră, în cazurile în care autoritatea publică utilizează, pentru realizarea lucrărilor, resurse publice. Este vorba evident, în majoritatea cazurilor, de situații care se înscriu și în prima ipoteză menționată la punctul precedent, din moment ce, în modelul mai clasic al utilizării de resurse publice pentru realizarea de lucrări, cu alte cuvinte cel al contractului de achiziții, autoritățile publice plătesc în vederea obținerii proprietății bunurilor care vor fi realizate. De altfel, astfel cum s-a observat, inclusiv în modelul concesionării poate exista o utilizare de resurse publice, deși acestea nu pot acoperi totalitatea valorii lucrărilor care urmează a fi realizate.

57. Această a doua ipoteză cuprinde totuși inclusiv situații în care, în raport cu o plată de bani sau de alte resurse publice, autoritatea publică nu dobândește proprietatea bunurilor care urmează a fi realizate. Astfel cum a precizat Curtea în Hotărârea Auroux și alții, dobândirea proprietății nu este în fapt un element indispensabil. În rest, selecționarea persoanelor care vor primi aceste resurse sub acoperirea garanțiilor oferite de directivă, în momentul în care autoritățile publice înțeleg să utilizeze resurse publice, pare a fi pe deplin

conformă cu motivele de echitate și de respect al principiilor de bază ale directivei.

58. Este de la sine înțeles că se includ în această ipoteză și situațiile în care resursele publice utilizate nu au natură pecuniară: să ne gândim, de exemplu, la cazul în care, pentru a realiza lucrările, sunt puse la dispoziția ofertantului declarat câștigător sau a concesionarului terenuri publice cu titlu gratuit sau la un preț inferior celui al pieței.

59. O a treia ipoteză de legătură directă între autoritatea publică și lucrările care urmează a fi realizate are o natură reziduală și privește cazurile în care aceste lucrări, dincolo de existența primei sau a celei de a doua ipoteze, sunt oricum rezultatul unei inițiative a autorității publice înseși. În special, aceasta este situația atunci când autoritățile publice activează, din proprie inițiativă, o procedură care conduce la realizarea lucrărilor. O situație de acest tip este cea care a fost evaluată de Curte în Hotărârea Auroux și alții [30].

60. Cea de a treia și ultima ipoteză necesită totuși o precizare importantă. Activitatea desfășurată în acest context de autoritatea publică trebuie să depășească simpla utilizare a competențelor care îi sunt recunoscute acestei autorități, în general, în domeniul urbanistic. Numai în acest mod, în fapt, este posibil să se stabilească o linie clară de demarcație între activitatea care intră în domeniul de aplicare al directivei și activitatea „normală" de reglementare urbanistică, care, ca atare, nu face obiectul acestei aplicări. În concret, aprecierea referitoare la tipul de activitate desfășurată de autoritatea publică în fiecare caz concret va trebui să fie făcută de instanța națională, de la caz la caz.

61. În acest context, nu se poate exclude că inclusiv realizarea unei anumite amenajări urbanistice a teritoriului poate face obiectul unui contract care intră în domeniul de aplicare al directivei, cu condiția totuși să existe, între autoritatea publică și lucrările care trebuie realizate, o legătură directă în sensul menționat în punctele precedente. Simpla urmărire a interesului public realizată prin intermediul recurgerii la competențele obișnuite în materie urbanistică nu este suficientă pentru a determina aplicarea normelor comunitare în materia contractelor de achiziții și a concesionărilor.

62. În speță, revine în mod natural instanței de trimitere să aprecieze existența sau lipsa existenței unei astfel de legături directe. Observăm însă că, în temeiul elementelor pe care instanța națională le-a furnizat Curții, considerăm că este dificil ca această legătură

30 — Citată la nota de subsol 6, punctul 42.

directă să poată fi considerată dovedită. Astfel, pe de o parte, nu se contestă că autoritatea publică nu va dobândi în speță niciun bun și nu va obține niciun avantaj economic direct. Nu par să fie aplicabile nici celelalte eventuale situații în care poate fi constatată o legătură directă, din moment ce orașul Wildeshausen nu a adoptat o inițiativă specifică pentru realizarea lucrărilor, limitându-se în schimb să evalueze diferitele proiecte care i-au fost supuse atenției, și nici nu a trebuit să suporte vreo cheltuială pentru construcție. În același mod, aceste elemente de legătură par să lipsească și în ceea ce privește Bundesanstalt.

se stabilească dacă „cerințele menționate de autoritatea contractantă" prevăzute în varianta citată pot consta numai în faptul că autoritatea publică are competența de a garanta ca lucrările care trebuie realizate să răspundă unui interes public.

65. În schimb, prin intermediul celei de a șasea întrebări, se solicită Curții să precizeze dacă „necesitățile precizate de autoritatea contractantă" citate pot consta, în fapt, în competența recunoscută autorității publice de a verifica și de a aproba proiectele de construcție.

C — *A cincea și a șasea întrebare*

1. Argumentele părților

63. A cincea și a șasea întrebare preliminară privesc numai a treia „variantă" a noțiunii de contract de achiziții publice de lucrări[31] și constituie într-o anumită măsură reproducerea, în ceea ce privește această ipoteză, a problemelor invocate în cadrul primelor două întrebări și în special în cadrul celei de doua.

66. Toate părțile care au prezentat observații, cu singura excepție evidentă a societății Helmut Müller, sunt de acord în principiu asupra faptului că, într-o situație precum cea despre care este vorba în acțiunea principală, nu sunt îndeplinite condițiile necesare pentru a constitui un contract de achiziții de lucrări publice în sensul celei de a treia variante.

64. Mai precis, prin intermediul celei de cincea întrebări, instanța de trimitere solicită să

67. Mai precis, Comisia, guvernul olandez și cel francez insistă asupra necesității de a distinge între un rol „activ" al autorității publice, în care aceasta din urmă ia inițiativa pentru

31 — A se vedea mai sus punctul 20.

executarea lucrărilor sau, în orice caz, exercită o influență determinantă, și un rol numai „pasiv", în care autoritățile publice se limitează la funcții de aprobare și de control în ceea ce privește proiectele care provin de la persoane private. În acest al doilea caz, nu ne-am afla în prezența unui contract de achiziții publice, ci cel mult a desfășurării, de către autoritățile publice, a funcțiilor proprii obișnuite de planificare, de aprobare, de control etc.

68. În ceea ce privește guvernul german, acesta își întemeiază propria poziție pe considerația că, inclusiv pentru a treia variantă a noțiunii de contract de achiziții publice de lucrări, este necesar să fie îndeplinite condițiile pe care acest guvern le consideră necesare în scopul existenței uneia dintre primele două variante, printre care în special condiția unei utilități economice directe pentru autoritatea publică.

2. Apreciere

69. Alegerea instanței de trimitere de a separa, în formularea întrebărilor adresate Curții, problematica referitoare la primele două variante ale noțiunii de contract de achiziții publice de lucrări, care face obiectul în special al celei de a doua întrebări, de aceea referitoare la a treia variantă, care este în centrul celei de a cincea și al celei de a șasea întrebări, se întemeiază, în opinia noastră, pe dorința de a deduce din modul de redactare a celei de a treia variante o extindere considerabilă a domeniului de aplicare al directivei.

70. Or, este incontestabil, astfel cum a subliniat Comisia în observațiile prezentate, că a treia variantă a noțiunii de contract de achiziții publice de lucrări a fost concepută efectiv în scopul de a evita eludarea reglementării, permițând includerea în domeniul de aplicare al acesteia a unor situații de diverse tipuri care ar fi fost imposibil de definit în avans în mod exhaustiv.

71. Cu toate acestea, astfel cum am observat mai sus, nu este posibilă utilizarea literală a textului normativ pentru a extinde domeniul de aplicare al acestuia în mod cu totul necontrolat. În special, deși „necesitățile precizate de autoritatea contractantă" ar putea cuprinde toate funcțiile de aprobare și de planificare urbanistică ale autorităților publice, domeniul de aplicare al directivei s-ar extinde peste măsură.

72. În realitate, inclusiv în ceea ce privește cea de a treia variantă, trebuie aplicate considerațiile pe care le-am expus mai sus în legătură cu primele două întrebări preliminare. Nu există niciun motiv pentru a considera că, în ceea ce privește cea de a treia

variantă, se poate face abstracție de necesitatea unei legături directe între autoritatea publică și lucrările care urmează a fi realizate pentru a putea aplica Directiva 2004/18.

Düsseldorf solicită, în esență, să se stabilească dacă este esențial, în noțiunea de contract de achiziții publice de lucrări, faptul ca ofertantul declarat câștigător să se angajeze să realizeze lucrările. Aceste întrebări, aparent cu caracter particular, se explică considerând că, în speța din acțiunea principală, este general admis că dobânditorul terenului nu s-a angajat, prin dobândirea acestuia, la nicio obligație de a construi.

D — *Concluzii parțiale*

73. Așadar, încheind analiza noastră cu privire la prima, la a doua, la a cincea și la a șasea întrebare preliminară, propunem Curții să răspundă acestor întrebări declarând că, pentru existența unui contract de achiziții publice de lucrări sau a unei concesionări a lucrărilor publice în sensul Directivei 2004/18, este necesar să existe o legătură directă între autoritatea contractantă și lucrările care urmează a fi realizate. Această legătură directă poate consta, în special, în faptul că lucrarea este destinată să fie dobândită de autoritatea publică sau că lucrarea oferă acesteia un avantaj economic direct sau în faptul că autoritatea contractantă a asumat inițiativa realizării ori suportă cel puțin în parte costurile aferente acesteia.

75. Aproape toate părțile în cauză care au prezentat observații sunt de acord în general asupra necesității de a răspunde în mod afirmativ la întrebări, fără ca între pozițiile lor să existe diferențe substanțiale. Numai societatea Helmut Müller, reclamantă în acțiunea principală, propune pentru motive evidente Curții să admită în schimb poziția instanței de trimitere, potrivit căreia această obligație nu este necesară.

76. Cu toate acestea, considerăm că este clar că trebuie să se răspundă în mod afirmativ întrebărilor și că obligația de a realiza lucrările constituie un element indispensabil pentru existența unui contract de achiziții publice de lucrări sau a unei concesionări a lucrărilor publice.

E — *A treia și a patra întrebare*

74. Prin intermediul celei de a treia și al celei de a patra întrebări, Oberlandesgericht

77. Acest lucru rezultă, în primul rând și în mod fundamental, din dispozițiile Directivei

2004/18 înseși, care, astfel s-a observat, definește contractul de achiziții publice de lucrări drept un contract cu titlu oneros. Există, așadar, chiar la baza noțiunii ideea unui schimb de prestații între autoritatea contractantă, care plătește un preț (sau, în subsidiar, acordă un drept de folosință) și ofertantul declarat câștigător care realizează lucrările. În consecință, este evident caracterul sinalagmatic al contractului de achiziții publice. Ar fi în mod clar contrar acestui caracter să se admită ca, după ce a obținut atribuirea contractului de achiziții, un ofertant declarat câștigător să poată pur și simplu să decidă, în mod unilateral și fără nicio consecință, să nu realizeze ceea ce s-a prevăzut. Aceasta ar însemna să se recunoască unui ofertant declarat câștigător o putere discreționară în raport cu cerințele și cu necesitățile autorității contractante.

78. O întrebare diferită și separată conceptual, care este de asemenea adresată de instanța de trimitere, privește necesitatea sau lipsa necesității ca, pentru existența unui contract de achiziții de lucrări publice, eventuala obligație la care s-a angajat ofertantul declarat câștigător față de autoritatea publică să trebuiască să fie exigibilă din punct de vedere juridic. Instanța națională întreabă, cu alte cuvinte, dacă trebuie prevăzută posibilitatea ca autoritatea contractantă, în cazul unei lipse a executării, să acționeze în justiție pentru a obliga ofertantul declarat câștigător la realizarea acesteia.

79. Dacă prin această formulare instanța de trimitere intenționează să solicite opinia Curții cu privire la necesitatea ca, în materia contractelor de achiziții publice de lucrări în sensul Directivei 2004/18, dreptul național să prevadă în mod obligatoriu mecanisme prin intermediul cărora un ofertant declarat câștigător poate fi obligat să realizeze lucrările prevăzute în contract, considerăm că răspunsul trebuie să fie negativ, din moment ce nu se poate descoperi în directivă vreo indicație în acest sens.

80. Aceasta nu înseamnă totuși că eventuala neîndeplinire de către ofertantul declarat câștigător poate fi irelevantă. Nu trebuie să se uite astfel că, precum am subliniat mai sus, un contract de achiziții de lucrări publice este în orice caz un contract, cu alte cuvinte un act juridic care, în diverse ordini juridice naționale, se caracterizează întotdeauna prin natura sa obligatorie. Astfel cum observă în mod corect guvernul german în observațiile prezentate, pentru a se putea vorbi despre un contract de achiziții de lucrări publice, este necesar ca ofertantul declarat câștigător să fie obligat printr-un contract să efectueze prestația prevăzută. Consecințele eventualei neîndepliniri sunt, în schimb, de competența dreptului național: nimic nu împiedică ca, de exemplu, în cazul neîndeplinirii obligației sale de către un ofertant declarat câștigător, dreptul național al unui stat membru să prevadă rezilierea contractului, atribuirea către un alt ofertant declarat câștigător și dreptul, pentru autoritatea publică, de a solicita primului ofertant declarat câștigător numai despăgubirea prejudiciilor.

81. Prin urmare, propunem Curții să răspundă celei de a treia și celei de a patra

întrebări preliminare declarând că noțiunea de contract de achiziții publice de lucrări și aceea de concesionare a lucrărilor publice în sensul Directivei 2004/18 presupun ca ofertantul declarat câștigător să fie obligat în temeiul unui contract în raport cu autoritatea publică la prestația stabilită prin contract. Este de competența dreptului național să determine consecințele unei eventuale neîndepliniri din partea ofertantului declarat câștigător.

1. Pozițiile părților

83. Poziția cea mai netă asupra acestei problemei este aceea a guvernului german, care exclude în general compatibilitatea instituirii concesionării cu existența unui drept de proprietate, în măsura în care, prin definiție, concesionarea presupune ca concedentul să fie titularul drepturilor care sunt transferate concesionarului.

F — *A șaptea întrebare*

82. Prin intermediul celei de a șaptea întrebări, instanța de trimitere solicită să se stabilească dacă poate exista o concesionare a lucrărilor publice în sensul Directivei 2004/18 în cazul în care „concesionarul" este titularul unui drept de proprietate care deja în sine îi conferă dreptul de a utiliza bunul care face obiectul concesionării[32]. Mai general, întrebarea privește admisibilitatea, în temeiul dreptului comunitar, a unei concesionări pe durată nedeterminată.

84. În ceea ce privește guvernul olandez și guvernul austriac, acestea, deși nu exclud în mod absolut compatibilitatea concesionării cu dreptul de proprietate, admit că, în cazul din speță, rolul autorității publice a fost prea limitat pentru a putea exista o concesionare. Astfel, în acest scop, ar fi fost necesar, potrivit guvernelor menționate, ca autoritățile publice să furnizeze concesionarului cel puțin instrucțiuni precise cu privire la lucrările care urmează a fi realizate.

85. Numai Comisia adoptă, în schimb, o poziție mai deschisă. În special, susținând faptul că elementul caracteristic al concesionării de lucrări este suportarea de către concesionar a riscului economic legat de realizarea lucrărilor, Comisia apreciază că, în speță, acest risc economic poate consta în nesiguranța pentru „concesionar" cu privire la acceptarea, din partea autorității publice, a proiectelor sale de construcții, pentru realizarea cărora a fost necesar să se procedeze

32 — Pentru a fi precișii, trebuie să subliniem că, în formularea întrebării, instanța de trimitere face referire la proprietatea *terenului* pe care trebuie realizate lucrările. Cum observă totuși aceeași instanță în motivarea ordonanței de trimitere, în temeiul dreptului german, dreptul de a se bucura de o clădire este consecința directă a dreptului de proprietate asupra terenului pe care este ridicată construcția. În consecință, adevărata problemă care stă la baza întrebării este tocmai aceea a raportului dintre concesionare și dreptul de proprietate.

în prealabil la dobândirea cu titlu oneros a terenului.

2. Apreciere

86. Cea de a șaptea întrebare este, dintr-un anumit punct de vedere, cea mai problematică, cel puțin în principiu. Problema compatibilității dintre concesionarea lucrărilor publice și dreptul de proprietate, în fapt, are implicații semnificative atât din punct de vedere teoretic, cât și din punct de vedere practic.

87. Alegerea unei autorități publice de a recurge la concesionarea lucrărilor publice poate rezulta din diferite motive. În unele cazuri poate fi vorba despre voința de a beneficia de anumite experiențe existente în sectorul privat sau despre voința de a construi lucrări cu o mai mare eficiență. Nu există totuși îndoieli că, în cea mai mare parte a cazurilor, alegerea concesionării răspunde unor cerințe de natură financiară. Astfel, recurgând la acest instrument, este posibil să se realizeze lucrări de interes public fără a greva bugetele publice[33].

33 — A se vedea, referitor la această *ratio legis*, Comunicarea interpretativă a Comisiei privind acordarea de concesiuni în temeiul dreptului comunitar (JO 2000, C 121, p. 2, punctul 1.2) și mai recenta Comunicare a Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor privind parteneriatele public-privat și dreptul comunitar în domeniul contractelor de achiziții publice și al concesiunilor din 15 noiembrie 2005 [COM(2005) 569 final, punctul 1].

88. Potrivit etimologiei termenului, o concesionare reprezintă posibilitatea recunoscută unei persoane de a se bucura de un bun asupra căruia, în alt mod, aceasta nu ar putea pretinde niciun drept.

89. În ceea ce privește Directiva 2004/18, aceasta menționează, în definirea concesionării lucrărilor publice, numai un „drept de exploatare a lucrării” acordat în compensație persoanei care construiește această lucrare.

90. Or, deși acest „drept de exploatare” poate fi larg interpretat, considerăm că trebuie exclusă, luând în considerare sensul și economia generală a reglementării în discuție, posibilitatea unei concesionări a lucrărilor publice în care concesionarului să îi fie recunoscut dreptul de proprietate asupra lucrărilor realizate.

91. Astfel, în primul rând, precum observă în special guvernul german, faptul că directiva menționează un drept de exploatare acordat concesionarului pare să implice, în mod logic,

imposibilitatea pentru concesionar de a avea asupra bunului un drept mai larg, precum dreptul de proprietate.

92. În plus, această situație, în afara faptului că se conciliază dificil cu modul de redactare a dispoziției în cauză, ar priva autoritățile publice de ceea ce considerăm că este unul dintre caracterele esențiale ale concesionării lucrărilor publice: posibilitatea pentru autoritatea publică de a intra într-o zi în posesia lucrărilor construite, eventual chiar numai în scopul de a reatribui dreptul de exploatare a acestora.

93. Cu alte cuvinte, se pune problema, mai mult decât pentru caracteristicile obiective ale dreptului de proprietate referitoare la posibilitatea de a se bucura de bun, din cauza naturii duratei nedeterminate în general a acestui drept. Așadar, exploatarea încredințată concesionarului nu va putea niciodată să fie acordată pentru o perioadă nedeterminată, indiferent de titlul juridic în temeiul căruia aceasta poate fi exercitată.

94. Pe de altă parte, nu trebuie să se uite nici că, în modelul tipic de concesionare în temeiul dreptului comunitar, elementul distinctiv crucial, care servește în special la distingerea concesionării de contractul de achiziții publice, este existența, în concesiune, a unui risc economic suportat de concesionar, risc care nu există, în schimb, în cazul contractelor de achiziții publice[34]. În cazul examinat în prezentele concluzii, pentru recunoașterea existenței unui risc de acest tip, Comisia trebuie să îl reducă la faptul că, în exercitarea atribuțiilor lor în materie de urbanism, autoritățile publice ar putea, după dobândirea terenului de către persoana în cauză, să respingă eliberarea permiselor de construire privind lucrările proiectate. Totuși, mai mult decât un risc legat de exploatarea economică a lucrărilor, acest *„alea”* pare să constituie nesiguranța normală în care se află oricare persoană privată care are nevoie de o dispoziție discreționară a autorității publice.

95. În rest, riscul economic care caracterizează concesionarea lucrărilor publice prevăzută de directivă este, dacă se observă bine, o consecință directă inclusiv a duratei determinate a acestei concesionări. În schimb, un drept cu o durată nedeterminată asupra bunurilor care urmează a fi construite permite în principiu să se excludă întotdeauna existența unui risc economic, întrucât în

34 — A se vedea Hotărârea din 13 octombrie 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rec., p. I-8585, punctul 40), și Hotărârea din 13 noiembrie 2008, Comisia/Italia (C-437/07, punctele 29-31). Acest risc nu trebuie în mod necesar să fie ridicat, din moment ce există activități în care acesta este în mod intrinsec redus: acesta trebuie să reprezinte totalitatea sau, în orice caz, o parte semnificativă a riscului pe care și l-ar asuma autoritatea publică dacă ar desfășura în mod direct această activitate (Hotărârea din 10 septembrie 2009, Eurawasser (C-206/08, Rep., p. I-8377, punctele 69-77).

cursul timpului este întotdeauna posibil să se remedieze eventuale etape dificile întâlnite în exploatarea bunurilor.

96. În sfârșit, există un alt element care militează în favoarea unei durate determinate, în general, a concesionărilor în cadrul dreptului comunitar. S-a observat deja de mai multe ori, în prezentele concluzii, că obiectivul de bază al reglementării comunitare în materia contractelor de achiziții publice este, în general, acela de a favoriza pe cât posibil concurența, eliminând toate restricțiile privind libertățile fundamentale. În această optică, a recunoaște posibilitatea de concesionări pe durată nedeterminată ar semnifica a exclude, în prejudiciul concurenței și al eficienței, posibilitatea ca, în viitor, exploatarea lucrărilor să fie asigurată, eventual de către alte persoane, potrivit unor modalități și criterii mai eficace.

97. Există două consecințe a ceea ce precedă. Pe de o parte, în general, nu pot fi atribuite concesionări cu durată nedeterminată[35]. Pe de altă parte, nu poate fi atribuită unei persoane o concesionare asupra unui bun al cărui proprietar acesta este deja, cu excepția cazului în care, în temeiul dreptului național, după o anumită perioadă, autoritatea publică dobândește asupra bunului un drept de proprietate sau un drept analog.

98. În concluzie, propunem Curții să răspundă celei de a șaptea întrebări preliminare declarând că o concesionare a lucrărilor publice în sensul Directivei 2004/18 nu poate în niciun caz să prevadă recunoașterea pentru concesionar a unui drept pe durată nedeterminată asupra bunului care face obiectul concesionării.

G — *A opta și a noua întrebare*

99. Având în vedere obiectul acestora, de asemenea, a opta și a noua întrebare preliminară pot să fie examinate împreună: prin intermediul celei de a opta întrebări, instanța de trimitere solicită să se stabilească dacă dispozițiile Directivei 2004/18 trebuie aplicate deja începând cu momentul în care o autoritate publică, deși nu a decis încă formal să atribuie un contract de achiziții publice, cesionează un teren cu intenția de a atribui ulterior un contract de achiziții referitor la acesta. În schimb, în ceea ce privește a noua

35 — Considerăm, așadar, că este corectă și conformă dreptului comunitar noua lege germană citată la nota de subsol 7 care, printre altele, a introdus o definiție a concesionării lucrărilor publice care prevede în mod explicit natura limitată în timp a dreptului recunoscut concesionarului.

întrebare, aceasta privește posibilitatea de a considera un ansamblu, din punct de vedere juridic, cesionarea terenului și atribuirea ulterioară a unui contract de achiziții.

100. Ambele întrebări, astfel cum se observă, privesc posibilitatea de a combate eventuale abuzuri de drept prin care se urmărește evitarea aplicării dispozițiilor comunitare în materia contractelor de achiziții publice, prin intermediul unei aplicări a acestor norme care să facă abstracție de ordinea cronologică tipică prevăzută inclusiv în directivă.

101. Trebuie să se observe că, luând în considerare răspunsurile pe care am propus să le dăm la întrebările preliminare precedente și în special la cea de a șaptea, este probabil superfluu să se furnizeze instanței de trimitere soluția inclusiv pentru a opta și pentru a noua întrebare, întrucât trebuie să se excludă posibilitatea ca un contract de achiziții sau o concesionare a lucrărilor publice în sensul dreptului comunitar să fie compatibile cu un drept de proprietate al pretinsului ofertant declarat câștigător/concesionar asupra respectivelor bunuri. Cu toate acestea, pentru a asigura un caracter complet și pentru situația în care Curtea nu împărtășește abordarea noastră privind întrebările precedente, vom dezvolta câteva scurte considerații asupra acestui punct.

102. Printre părțile care au prezentat observații în cadrul prezentei cauze, numai Comisia se dovedește posibil favorabilă în ceea ce privește abordarea privilegiată de instanța de trimitere. Astfel, deși observă că este de competența instanțelor naționale să realizeze evaluarea fiecărui caz particular, Comisia admite că, în principiu, într-o situație precum cea din acțiunea principală, este posibil să trebuiască să fie aplicată Directiva 2004/18 deja din momentul în care administrația decide să cesioneze terenul. În schimb, toate celelalte părți, chiar dacă cu diverse nuanțe, consideră că simpla intenție a autorității publice este irelevantă.

103. Nu există îndoieli asupra faptului că, astfel cum observă instanța de trimitere, răspunsul la a opta și la a noua întrebare nu poate face abstracție de ceea ce se afirmă de către Curte în Hotărârea Mödling[36]. În această hotărâre, Curtea se confrunta cu o situație în care o localitate austriacă atribuise direct serviciul de colectare a deșeurilor unei societăți integral controlate de respectiva localitate, pentru ca, la câteva zile după aceea, să cedeze unei persoane private 49 % din această societate. În consecință, Curtea a afirmat că, în fața unei evidente „construcții artificiale”[37], al cărei rezultat este, în esență, acela de a eluda efectul util al directivelor în materia atribuirii contractelor de achiziții

36 — Citată la nota de subsol 10.
37 — *Ibidem*, punctul 40.

publice, aprecierea juridică a speței poate fi realizată „ținând seama de ansamblul acestor etape, precum și de obiectivul lor, și nu în funcție de desfășurarea cronologică în sensul strict al acestora”[38].

104. Considerăm că este evident că raționamentul dezvoltat de Curte în Hotărârea Mödling se bazează pe doi piloni. Primul, indicat în mod expres, este necesitatea de a proteja efectul util al directivei[39]. Al doilea, implicit, dar care constituie în fond cealaltă față a aceleiași medalii, este voința de a combate abuzurile de drept.

105. Ceea ce a afirmat Curtea în Hotărârea Mödling poate fi cu siguranță generalizat și permite, așadar, să se afirme că, pentru evitarea abuzurilor de drept și pentru garantarea efectului util al reglementării comunitare în materia contractelor de achiziții publice, două acte distincte formal, inclusiv din punct de vedere cronologic, pot fi considerate simultane sau chiar constituind un unic act juridic.

106. Această apreciere revine bineînțeles instanței naționale, care este singura care dispune de toate elementele de fapt și de drept necesare în acest scop. Este totuși necesar ca, pentru motive evidente legate de necesitatea de a garanta securitatea juridică, să fie îndeplinite anumite condiții stricte. În special, între cesionarea terenului și atribuirea contractului de achiziții trebuie să se scurgă un termen care să nu fie excesiv și trebuie să existe elemente convingătoare pentru a demonstra că intenția autorității referitoare la contractul de achiziții exista deja la momentul cesionării terenului. Cu excepția cazurilor de abuz manifest, în care voința de a eluda normele este absolut evidentă de la început, numai o apreciere *ex post* va putea în mod adecvat să ia în considerare toate elementele indicate.

107. În consecință, în cazul în care este necesar, propunem să se răspundă celei de a opta și celei de a noua întrebări preliminare că, în prezența unor indicii clare care arată voința de a eluda dispozițiile comunitare în materia contractelor de achiziții publice și a concesionărilor, aprecierea juridică a unui caz particular poate considera că cele două acte distincte formal, în special din punct de vedere cronologic, al cesionării unui teren și al atribuirii unui contract de achiziții sau al unei concesionări a acestui teren constituie un unic act juridic. Este de competența instanței naționale, având în vedere toate împrejurările speței, să verifice existența unei astfel de intenții de eludare.

38 — *Ibidem*, punctul 41.
39 — *Ibidem*, punctul 42.

V — Concluzii

108. În concluzie, propunem Curții să răspundă întrebărilor adresate de Oberlandesgericht Düsseldorf în modul următor:

„Pentru existența unui contract de achiziții publice de lucrări sau a unei concesionări a lucrărilor publice în sensul Directivei 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, este necesar să existe o legătură directă între autoritatea contractantă și lucrările care urmează a fi realizate. Această legătură directă poate consta în special în faptul că lucrarea este destinată să fie dobândită de autoritatea publică sau că lucrarea oferă acesteia un avantaj economic direct sau în faptul că autoritatea contractantă și-a asumat inițiativa realizării ori suportă cel puțin în parte costurile aferente acesteia.

Noțiunea de contract de achiziții publice de lucrări și aceea de concesionare a lucrărilor publice în sensul Directivei 2004/18 presupun ca ofertantul declarat câștigător să fie obligat în temeiul unui contract în raport cu autoritatea publică la prestația stabilită prin contract. Este de competența dreptului național să determine consecințele unei eventuale neîndepliniri din partea ofertantului declarat câștigător.

O concesionare a lucrărilor publice în sensul Directivei 2004/18 nu poate în niciun caz să prevadă recunoașterea pentru concesionar a unui drept pe durată nedeterminată asupra bunului care face obiectul concesionării.

În prezența unor indicii clare care arată voința de a eluda dispozițiile comunitare în materia contractelor de achiziții publice și a concesionărilor, aprecierea juridică a unui caz particular poate considera că cele două acte distincte formal, în special din punct de vedere cronologic, al cesionării unui teren și al atribuirii unui contract de achiziții sau al unei concesionări a acestui teren constituie un unic act juridic. Este de competența instanței naționale, având în vedere toate împrejurările speței, să verifice existența unei astfel de intenții de eludare."