CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL
ELEANOR SHARPSTON
prezentate la 7 iunie 2007 [1]

1. Prezenta trimitere preliminară formulată de Hanseatisches Oberlandesgericht (Bremen, Germania) solicită Curții, în primul rând, să stabilească dacă dreptul comunitar se opune ca un ofertant să fie lipsit de dreptul conferit prin Directiva 89/665/CEE [2] de a exercita o cale de atac împotriva unei decizii adoptate de o autoritate contractantă pentru motivul că acesta nu a contestat, în termenele prevăzute de dreptul național, o decizie care a exclus în mod greșit procedura de cerere de ofertă din sfera de aplicare a respectivei directive.

2. Reclamanta din acțiunea principală a depus fără succes o ofertă pentru un contract privind un software care a făcut obiectul unei proceduri naționale de cerere de ofertă. Ulterior, aceasta s-a plâns, în primul rând, că ar fi trebuit să se organizeze o procedură comunitară de cerere de ofertă, deoarece pragul corespunzător fusese depășit, și, în al doilea rând, că decizia ulterioară de atribuire era nelegală. Aceste obiecții au fost declarate inadmisibile pentru motivul că termenul prevăzut pentru a ataca alegerea procedurii a expirat, astfel încât calea de atac împotriva contractelor de achiziții publice incluse în sfera de aplicare a dreptului comunitar nu era deschisă.

3. Prin trimiterea preliminară se solicită Curții să aprofundeze examinarea circumstanțelor în care stabilirea termenelor pentru formularea unei căi de atac împotriva deciziilor privind achizițiile publice este în măsură să aducă atingere principiului efectivității aflat la baza Directivei 89/665.

Legislația aplicabilă

Directiva 89/665

4. Directiva 89/665 este menită să asigure aplicarea efectivă a procedurilor de atribuire

1 — Limba originală: engleza.

2 — Directiva Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări (JO L 395, p. 33, Ediție specială, 06/vol. 1, p. 237), astfel cum a fost modificată prin Directiva 92/50/CEE a Consiliului din 18 iunie 1992 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de servicii (JO L 209, p. 1, Ediție specială, 06/vol. 2, p. 50).

a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii prevăzute în directivele comunitare relevante. În acest sens, directiva prevede un regim de căi de atac și de măsuri corective aplicabile în eventualitatea unor încălcări.

5. Următoarele considerente ale Directivei 89/665 sunt relevante:

„[…] directivele comunitare privind achizițiile publice, în special Directiva 71/305/CEE a Consiliului din 26 iulie 1971 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări [3], […] nu cuprind niciun fel de dispoziții specifice care să garanteze aplicarea lor efectivă [primul considerent];

[…] mecanismele existente atât la nivel național, cât și comunitar pentru a asigura aplicarea acestora nu sunt întotdeauna adecvate pentru a garanta respectarea dispozițiilor comunitare corespunzătoare în special într-un stadiu în care abaterile pot fi corectate [al doilea considerent];

[…] deschiderea concurenței comunitare în domeniul achizițiilor publice necesită o creștere semnificativă a garanțiilor privind transparența și nediscriminarea; […] pentru a avea efecte concrete, trebuie să existe căi de atac eficiente și rapide în cazurile de încălcare a legislației comunitare în domeniul achizițiilor publice sau a reglementărilor de drept intern privind punerea în aplicare a acestei legislații [al treilea considerent];

[…] perioada redusă a procedurilor impune ca abaterile mai sus menționate să fie abordate de urgență [al cincilea considerent];

[…]”

6. Articolul 1 din Directiva 89/665 prevede:

„(1) În ceea ce privește procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice incluse în domeniul de aplicare al

3 — JO L 181, p. 5. Această directivă a fost abrogată și înlocuită de Directiva 93/36/CEE a Consiliului din 14 iunie 1993 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de bunuri (JO L 199, p. 1), modificată prin Directiva 97/52/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 octombrie 1997 (JO L 328, p. 1) și de Directiva 2001/78/CE a Comisiei din 13 septembrie 2001 (JO L 285, p. 1). Directiva 93/36 a fost, la rândul său, una dintre directivele abrogate și înlocuite prin 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. 116).

Directivelor […] 77/62/CEE și 92/50/CEE [4], statele membre adoptă măsurile necesare pentru a garanta că deciziile luate de autoritățile contractante pot face obiectul unor căi de atac eficiente și, în special, cât mai rapide posibil în condițiile enunțate la articolele următoare, în special la articolul 2 alineatul (7), pe motiv că deciziile menționate au încălcat dreptul comunitar în materie de contracte de achiziții publice sau normele interne de punere în aplicare a acestui drept.

(2) […]

(3) Statele membre adoptă măsurile necesare pentru a asigura că procedurile privind căile de atac sunt accesibile, în conformitate cu reglementări detaliate care pot fi stabilite de statele membre, cel puțin oricărei persoane care este sau a fost interesată de obținerea unui anumit contract public, achiziție de produse […] și care a fost sau riscă să fie lezată de o presupusă încălcare. În special, statele membre pot pretinde ca persoana care formulează acțiune în calea de atac să fi notificat, în prealabil, autoritatea contractantă asupra presupusei încălcări și asupra intenției sale de a formula acțiune în calea de atac".

7. Articolul 2 din Directiva 89/665 privește măsurile corective care trebuie să fie disponibile prin căile de atac. Articolul 2 alineatul (7) prevede că „[s]tatele membre adoptă măsurile necesare pentru a asigura că deciziile adoptate de organismele responsabile cu procedurile privind căile de atac pot fi puse în aplicare în mod efectiv."

Directiva 93/36 [5]

8. Articolul 10 din Directiva 93/36 stabilește, între altele, termenele minime de primire, în cazul procedurilor deschise, a ofertelor a căror valoare este mai ridicată decât pragul de aplicare a normelor comunitare. Articolul 10 alineatul (1) prevede că astfel de proceduri trebuie să rămână deschise pentru cel puțin 52 de zile de la data trimiterii anunțului de participare. Această perioadă poate fi redusă, ca regulă generală, la o durată care nu poate fi mai mică de 36 de zile, dar

4 — A se vedea nota de subsol 2. Directiva 92/50 a fost modificată prin Directivele 93/36, 97/52 și 2001/78 și abrogată, cu excepția articolului 41 [care a modificat articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665], prin Directiva 2004/18. În temeiul articolului 2 din Directiva 92/50 [și, în consecință, în temeiul articolului 1 alineatul (2) litera (d) al doilea paragraf din Directiva 2004/18], un contract de achiziții care are ca obiect atât produse, cât și servicii este considerat un contract de achiziții publice de servicii în cazul în care valoarea serviciilor este mai mare decât valoarea produselor furnizate. Contractul în litigiu în prezenta cauză cuprinde în același timp bunuri (licențe de software) și servicii (instruire și întreținere), iar valoarea corespunzătoare fiecărei categorii nu rezultă în mod clar din înscrisurile aflate la dosar. Nu se știe, așadar, dacă acesta poate fi calificat contract de achiziții publice de bunuri sau contract de achiziții publice de servicii. Cu toate acestea, în ambele cazuri, pragul care face ca un contract să intre în sfera de aplicare a Directivei 89/665 este același.

5 — Dispoziții similare celor prevăzute la articolul 10 alineatele (1) și (1a) din Directiva 93/36 se regăsesc, în ceea ce privește contractele de achiziții publice de servicii, la articolul 18 alineatele (1) și (2) din Directiva 92/50. Aceste două serii de dispoziții au fost înlocuite ulterior de articolul 38 alineatele (2) și (4) din Directiva 2004/18.

în niciun caz mai mică de 22 de zile, în cazul în care s-a publicat un anunț de informare prealabilă în condițiile prevăzute la articolul 10 alineatul (1a).

Legislația germană [6]

9. Partea a patra a legii germane privind sancționarea restricțiilor aduse concurenței (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, denumită în continuare „GWB") are ca obiect atribuirea contractelor de achiziții publice [7]. Articolul 100 alineatul 1 prevede că „[p]rezenta parte nu se aplică decât contractelor care ating sau depășesc valorile stabilite prin dispozițiile prevăzute la articolul 127 («valori prag»)" [8].

10. Articolul 107 din GWB are ca obiect căile de atac introduse la camera pentru contracte de achiziții publice. Articolul 107 alineatul 3 din GWB stabilește termenele de introducere la camera pentru contracte de achiziții publice a căilor de atac îndreptate împotriva pretinselor încălcări ale regulamentului privind achizițiile publice și prevede:

„Cererea este inadmisibilă în cazul în care solicitantul a remarcat pretinsa încălcare a normelor de atribuire a contractelor de achiziții în cursul procedurii și nu a denunțat imediat această încălcare autorității contractante. Cererea este de asemenea inadmisibilă în cazul în care încălcările normelor de atribuire a contractelor care pot fi determinate [9] în baza anunțului de participare nu au fost denunțate autorității contractante cel mai târziu înainte de expirarea termenului de depunere a candidaturii sau de prezentare a ofertelor indicat în anunțul de participare."

11. Regulamentul german privind atribuirea contractelor de achiziții publice (Vergabeverordnung, denumit în continuare „VgV") [10] cuprinde, între altele, valorile prag la care face trimitere articolul 127 alineatul 1 din GWB [11]. La data faptelor din acțiunea principală, articolul 2 din VgV prevedea:

„Valorile prag sunt:

[...]

6 — Traducerile titlurilor și ale dispozițiilor legislației germane citate ne aparțin.

7 — Legea privind sancționarea restricțiilor aduse concurenței din 26 august 1998 (BGBl. 1998 I, p. 2521). Partea a patra cuprinde articolele 97-129. Aceasta este împărțită în trei secțiuni. Secțiunea a doua (articolele 102-124) are ca obiect procedurile căilor de atac.

8 — Articolul 127 alineatul 1 din GWB abilitează guvernul federal, cu acordul Bundesrat (camera superioară a parlamentului federal), să transpună în dreptul german, prin dispoziții de reglementare, pragurile stabilite de directivele comunitare privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice.

9 — Termenul utilizat în originalul în limba germană este „erkennbar".

10 — Regulamentul din 9 ianuarie 2001 (BGBl. 2001 I, p. 110).

11 — A se vedea nota de subsol 8.

3. pentru orice alt contract de achiziții de bunuri sau de servicii: 200 000 de euro”.

Procedura principală și trimiterea preliminară

12. Partea A din caietul de sarcini pentru contractele de achiziții publice (Verdingungsordnung für Leistungen, denumit în continuare „VOL/A”) [12] conține reguli detaliate privind atribuirea contractelor de achiziții publice de bunuri și de servicii prin cerere de ofertă. Articolul 17 reglementează, printre altele, conținutul anunțurilor de participare. Articolul 17 alineatul 1 al doilea paragraf litera c) prevede:

„Anunțul de participare trebuie să conțină cel puțin următoarele informații:

[…]

c) natura și cantitatea bunurilor sau a serviciilor care vor fi furnizate […]” [13].

13. La 21 martie 2005 sau înaintea acestei date, pârâta din acțiunea principală, orașul hanseatic liber Bremen (denumit în continuare „orașul Bremen”), a publicat o „cerere de ofertă la nivel național în temeiul VOL/A” cu privire la un contract de achiziții privind un software [14]. Termenul limită de depunere a ofertelor era 12 aprilie 2005. Anunțul de participare nu conținea nicio evaluare cifrică a întinderii sau a valorii contractului. La rubrica „Menge und Umfang” (cantitate și întindere), se menționa:

„Se caută, pentru Ministerul pentru Muncă, Condiția Femeii, Sănătate, Tineret și Asistență Socială din Bremen, un software standard, destinat prelucrării pe calculator a dosarelor din domeniul SGB XII (Sozialdienst Erwachsene und Wirtschaftliche Hilfen), care să satisfacă cerințele specificate în dosarul de cerere de ofertă. Acesta poate fi descărcat gratuit de la adresa www.vergabe.bremen.de […]”

12 — În redactarea sa din 17 septembrie 2002, Bundesanzeiger nr. 216a. Secțiunile 1 și 2 au ca obiect contractele de achiziții mai mici, respectiv mai mari decât pragul stabilit de dreptul comunitar. În fiecare secțiune, articolele corespondente au aceeași numerotare. În fiecare secțiune, redactarea articolului 17 alineatul 1 al doilea paragraf litera c) este identică.

13 — Originalul în limba germană este redactat în felul următor: „Diese Bekanntmachung soll mindestens folgende Angaben enthalten: […] Art und Umfang der Leistung”.

14 — Traducerile fragmentelor din anunțul de participare și din dosarul cererii de ofertă ne aparțin.

14. Societatea Lämmerzahl GmbH (denumită în continuare „societatea Lämmerzahl"), reclamantă în acțiunea principală, este o societate cu răspundere limitată specializată în software-uri destinate autorităților publice. Aceasta a obținut în mod corespunzător dosarul de cerere de ofertă, care cuprindea următoarele trei documente:

15. În primul rând, un document intitulat „Listă de prețuri/tarifare detaliată 1" (denumit în continuare „document privind prețul"), în care li se cerea ofertanților să precizeze, la rubrica „Contract de licență", prețuri unitare pentru licențe complete, în funcție de diferite marje de cantități care urmau să fie furnizate (11-50, 51-100, 101-200, 201-500 de licențe). Exista o cerere alternativă de a indica prețurile unitare pentru licențe numai pentru lectură (1-5, 6-10, 11-50, 51-100 de licențe). Ca o altă opțiune, se solicita indicarea unui preț pentru o „Landeslizenz" (licență pentru land) [15]. Secțiunea intitulată „Contract de servicii" cerea ofertanților să precizeze costul unei instruiri pentru aproximativ 300 de angajați și 10 administratori. Numărul exact al licențelor cerute nu se specifica nicăieri în acest document.

15 — În scrisoarea din 6 aprilie 2005 (a se vedea punctul 20 de mai sus), orașul Bremen a indicat că licența pentru land ar privi un număr nelimitat de licențe destinate să fie utilizate în Bremen și în Bremerhaven.

16. În al doilea rând, documentul care descria obiectul cererii de ofertă (denumit în continuare „documentul privind obiectul contractului") prevedea că aproximativ 200 de angajați din domeniul ajutoarelor economice, 45 de angajați din serviciul social pentru adulți și 65 de angajați din serviciile centrale vor lucra cu acest software.

17. În al treilea rând, „[l]ista bunurilor și a serviciilor" semnala un „volum minim sau estimat" al unei unități. Numărul total al licențelor solicitate nu era precizat nici în acest caz.

18. Societatea Lämmerzahl a formulat trei întrebări privind dosarul cererii de ofertă, la care orașul Bremen a răspuns prin scrisoarea din 24 martie 2005. În această etapă, societatea nu a adresat întrebări autorității contractante nici cu privire la numărul de licențe, nici cu privire la volumul sau la valoarea contractului.

19. Ulterior, la 4 aprilie 2005, societatea Lämmerzahl a transmis orașului Bremen un e-mail prin care solicita alte precizări cu privire la dosarul cererii de ofertă. Prima întrebare formulată încerca să clarifice dacă prețul total care trebuia precizat în ofertă și în lista bunurilor și a serviciilor reprezenta „suma prețurilor care figurează în lista de prețuri din contractul de licență pentru 310 licențe (cei 310 angajați menționați

în [documentul privind obiectul contractului]" sau dacă includea și alte costuri (de exemplu, costurile de întreținere și serviciile). Trei dintre celelalte întrebări formulate de societatea Lämmerzahl se refereau la cele „310 licențe menționate mai sus".

20. Orașul Bremen a răspuns prin scrisoarea din 6 aprilie 2005. În răspunsul său la prima întrebare, acesta a arătat că în ofertă trebuia să apară prețul total al ofertei (prețul total al licențelor, al costurilor de întreținere și al serviciilor). Orașul Bremen nu a menționat și nici nu a comentat în mod expres, în niciunul dintre răspunsurile sale, cifra de 310 licențe care apărea în întrebările formulate de societatea Lämmerzahl.

21. Societatea Lämmerzahl a prezentat ulterior o ofertă pentru 310 licențe, care includea atât instruire, cât și întreținere, cu o valoare netă de 603 500 de euro. Aceasta a fost reținută pentru etapa de testare în același timp cu aceea a unui ofertant concurent, societatea PROSOZ Herten GmbH (denumită în continuare „PROSOZ").

22. La 6 iulie 2005, orașul Bremen a informat în scris societatea Lämmerzahl că oferta acesteia nu a fost admisă, deoarece nu era cea mai avantajoasă din punct de vedere economic.

23. La 14 iulie 2005, societatea Lämmerzahl a adresat orașului Bremen o plângere scrisă, iar la 21 iulie 2005 a introdus o acțiune împotriva procedurii de atribuire a contractului. Aceasta a arătat că, după ce a consultat un avocat la 14 iulie 2005, a descoperit faptul că orașul Bremen ar fi trebuit să organizeze o cerere de ofertă la nivel comunitar, iar nu numai la nivel național, deoarece valoarea contractului depășea pragul de 200 000 de euro. De asemenea, societatea Lämmerzahl a arătat că software-ul pe care îl propusese nu a fost testat în mod corect.

24. La 2 august 2005, Camera a treia a Vergabekammer Bremen a respins acțiunea. Aceasta a considerat că, deși pragul a fost depășit și, în consecință, s-a aplicat incorect procedura de atribuire a contractului, o astfel de neregulă putea fi determinată în cererea de ofertă. În consecință, acțiunea societății Lämmerzahl a fost introdusă în afara termenului în temeiul articolului 107 alineatul 3 teza a doua din GWB.

25. Societatea Lämmerzahl a declarat apel la instanța de trimitere. În primul rând, Lämmerzahl a argumentat că neregularitatea în alegerea procedurii nu putea fi determinată în cererea de ofertă. În al doilea rând, aceasta a repetat obiecțiile sale cu privire la procedura de testare și de selecție, susținând că oferta făcută de PROSOZ era în mod evident incompletă și conținea o repartizare nelegală a costurilor, care ar fi trebuit să ducă la excluderea acesteia (denumite în continuare „obiecții cu privire la fond").

26. Printr-o decizie provizorie din 7 noiembrie 2005, instanța de trimitere a refuzat prelungirea efectului suspensiv al apelului, considerând că acesta nu avea nicio șansă. Instanța de trimitere s-a aliniat poziției adoptate de Vergabekammer, potrivit căreia, în temeiul termenului prevăzut la articolul 107 alineatul 3 teza a doua din GWB, societatea Lämmerzahl era în afara termenului stabilit pentru a ataca alegerea unei proceduri naționale și estimarea valorii contractului făcută de orașul Bremen. În consecință, această societate era decăzută din dreptul de a exercita o cale de atac prevăzută de GWB, care era deschisă numai procedurilor de atribuire a contractelor ce depășeau valoarea prag.

27. Orașul Bremen a atribuit ulterior contractul societății PROSOZ.

28. În ordonanța de trimitere, instanța națională pare să admită faptul că valoarea contractului depășea pragul de 200 000 de euro [16]. Cu toate acestea, în temeiul articolului 107 alineatul 3 teza a doua din GWB, aceasta consideră că societatea Lämmerzahl este decăzută din dreptul de a exercita o cale de atac prevăzută de GWB.

29. Ajungând la această concluzie, instanța națională nu stabilește definitiv dacă, în temeiul dreptului intern, expresia „care pot fi determinate în baza anunțului de participare" trebuie înțeleasă ca însemnând că o încălcare trebuie să poată fi determinată numai în anunțul de participare. Aceasta consideră că, dacă expresia respectivă poate include alte documente, societatea Lämmerzahl ar fi trebuit să își dea seama, potrivit detaliilor din dosarul cererii de ofertă, că pragul va fi depășit. În orice caz, societatea ar fi trebuit să descopere acest fapt pornind de la propriile sale calcule. Dimpotrivă, în cazul în care o încălcare trebuie să poată fi determinată numai în anunțul de participare, absența însăși a oricărei indicații cu privire la întinderea contractului de achiziții ar constitui în sine o încălcare vizibilă, deoarece o asemenea omisiune ar fi contrară articolului 17 alineatul 1 al doilea paragraf litera c) din VOL/A [17]. Aceasta ar avea ca efect împiedicarea unui ofertant de a verifica alegerea procedurii și, după caz, de a o contesta.

30. Instanța națională are rezerve cu privire la faptul dacă Decizia sa din 7 noiembrie 2005 îi poate priva pe ofertanți de dreptul de a exercita căi de atac eficiente împotriva pretinselor încălcări ale legislației comunitare, prin încălcarea dispozițiilor articolului 1 din Directiva 89/665. Aceasta consideră

16 — Se pare că orașul Bremen ar fi recurs la o procedură națională de atribuire a contractelor de achiziții în urma unei estimări la 150 000 de euro, efectuată în 2004, pe baza a 150, și nu a 310 licențe.

17 — Societatea Lämmerzahl consideră că această dispoziție din VOL/A „nu are un caracter imperativ". Cu toate acestea, instanța de trimitere declară că termenul „soll" (trebuie) arată în general o obligație de a respecta norma, în absența unor rațiuni imperative contrare. A se vedea punctul 12 de mai sus și nota de subsol aferentă. Instanța de trimitere interpretează termenul „soll" în temeiul părții intitulate „Comentarii de ordin general", care figurează la sfârșitul VOL/A.

că, potrivit jurisprudenței Curții [18], termenul prevăzut la articolul 107 alineatul 3 teza a doua din GWB este, în principiu, conform directivei. Cu toate acestea, când valoarea contractului de achiziții a fost evaluată în mod eronat ca fiind sub prag, neexercitarea unei căi de atac în termenele prevăzute îl privează pe un ofertant de un control judecătoresc nu doar al acestei încălcări, ci și al obiecțiilor sale cu privire la fond. Dacă o autoritate contractantă îl poate priva pe un ofertant neexperimentat de o apărare pe fond prin comiterea unei încălcări vizibile, există riscul potențial de a crea abuzuri.

31. Instanța națională se întreabă de asemenea dacă urmările severe ale prescripției nu ar trebui declanșate decât în cazul în care ofertantul poate stabili, fără echivoc, conform anunțului de participare, că autoritatea contractantă prezumă că respectivul contract se va afla sub valoarea prag.

32. Având în vedere aceste considerații, instanța de trimitere a suspendat judecarea cauzei din acțiunea principală și a sesizat Curtea cu două întrebări preliminare:

„1) Este compatibil cu Directiva 89/665/CEE și în special cu articolul 1 alineatele (1) și (3) din aceasta ca unui ofertant să i se refuze în mod general accesul la reexaminarea deciziei autorității contractante pentru motivul că ofertantul a omis din eroare să invoce, în termenele stabilite de dreptul național, o încălcare a legislației referitoare la achizițiile publice cu privire la:

a) forma aleasă a cererii de ofertă sau

b) exactitatea calculului valorii contractului (evaluare în mod vădit greșită sau transparență insuficientă a calculului)

și ca o reexaminare a altor încălcări ale normelor privind achizițiile publice pentru care, considerate în mod izolat, nu s-ar fi împlinit termenul de decădere să fie posibilă pe baza unei valori a contractului calculate în mod corect sau care urmează a fi calculată în mod corect?

2) Se impune să fie prevăzute eventual și alte cerințe în anunțul de participare în ceea ce privește elementele relevante pentru calcularea valorii contractului pentru ca, pe baza încălcării referitoare

18 — Curtea a decis că stabilirea termenelor rezonabile pentru a exercita căile de atac este compatibilă cu articolul 1 din Directiva 89/665: Hotărârea din 12 decembrie 2002, Universale-Bau și alții (C-470/99, Rec., p. I-11617 punctele 75-79).

la estimarea contractului, să se ajungă la concluzia unei excluderi generale a dreptului la exercitarea unei căi de atac, chiar dacă valoarea contractului corect estimată sau care urmează a fi estimată depășește pragul de referință?”

33. Societatea Lämmerzahl, orașul Bremen, Republica Austria, Republica Lituania și Comisia Comunităților Europene au formulat observații scrise. Societatea Lämmerzahl, orașul Bremen și Comisia au formulat, de asemenea, alte observații în ședința din 28 martie 2007.

Admisibilitate

34. Orașul Bremen susține că nu sunt îndeplinite condițiile unei trimiteri preliminare în temeiul articolului 234 CE. Litigiul privește o aplicare specială a unei dispoziții din dreptul național, care este, fără nicio îndoială, conformă cu dreptul comunitar.

35. Nu acceptăm acest argument. La baza primei întrebări formulate de instanța de trimitere se află aspectul dacă articolul 1 din Directiva 89/665 se opune posibilității unei excluderi generale a dreptului la exercitarea unei căi de atac în împrejurări precum cele din cauza principală.

36. Cu privire la cea de a doua întrebare formulată de instanța de trimitere, Curtea nu poate să furnizeze o listă exactă cu elementele care trebuie să figureze în anunțurile de participare, ceea ce este adevărat [19]. Cu toate acestea, Curtea are competența de a interpreta principiile și dispozițiile relevante din dreptul comunitar pentru a ajuta instanțele naționale să stabilească dacă acestea au fost încălcate într-un caz particular.

37. În consecință, trimiterea preliminară este admisibilă.

Întrebările

Observație preliminară

38. Cele două întrebări formulate de instanța de trimitere pot fi reformulate astfel:

1) Când un ofertant nu a contestat în termenul prevăzut în dreptul național

19 — Legiuitorul comunitar a impus anumite cerințe armonizate în ceea ce privește contractele de achiziții a căror valoare depășește pragul relevant: a se vedea nota de subsol 3.

o decizie care a scos în mod incorect o cerere de ofertă publică în afara domeniului de aplicare al protecției comunitare, Directiva 89/665 se opune ca un ofertant să fie privat de dreptul care îi este conferit prin această directivă de a exercita o cale de atac împotriva oricăror alte decizii luate în cursul procesului de atribuire?

2) Ce detalii ar trebui să figureze în anunțul de participare, astfel încât să se poată trage concluzia că valoarea contractului a fost greșit evaluată ca fiind sub pragul stabilit pentru a beneficia de protecția conferită prin Directiva 89/665?

39. A doua întrebare formulată de instanța de trimitere privește aspectul dacă încălcarea în speță poate fi determinată. Această întrebare este esențială pentru a stabili dacă termenul stabilit pentru contestarea acestei încălcări este compatibil cu dreptul comunitar. Din acest motiv, vom examina împreună cele două întrebări preliminare. De altfel, majoritatea părților care au adresat observații au adoptat pe deplin această abordare.

Observații

40. Societatea Lämmerzahl susține că, dacă un termen precum cel prevăzut la articolul 107 alineatul 3 teza a doua din GWB este, în principiu, compatibil cu Directiva 89/665, acesta acționează ca o derogare de la dreptul de a exercita o cale de atac. În consecință, expresia „pot fi determinate în baza anunțului de participare" trebuie să fie interpretată în sens restrâns. Aceasta nu se poate extinde la identificarea unei omisiuni a cărei contestare poate, la rândul său, să conducă la identificarea unei erori comise de orașul Bremen în evaluarea valorii contractului de achiziții. Această eroare – și, în consecință, alegerea greșită a procedurii – nu putea fi determinată în anunțul de participare. În consecință, pentru societatea Lämmerzahl era imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea drepturilor conferite de dreptul comunitar.

41. Republica Lituania consideră că, atunci când termenul începe să curgă din momentul publicării anunțului de participare, drepturile conferite ofertanților de legislația comunitară nu sunt efectiv apărate decât dacă aceștia dispun, în acel moment, de informații complete și obiective privind volumul contractului de achiziții. În cazul în care aceste condiții nu sunt îndeplinite, termenul ar trebui să înceapă să curgă numai din momentul în care ofertanții cunosc sau sunt în măsură să stabilească eroarea de procedură respectivă.

42. Orașul Bremen consideră că articolul 107 alineatul 3 teza a doua din GWB este compatibil cu Directiva 89/665. Criteriul caracterului perceptibil asigură faptul că exercitarea drepturilor conferite ofertanților de legislația comunitară nu este imposibilă

sau excesiv de dificilă. Indicarea valorii estimate a contractului în anunțul de participare ar putea denatura concurența. Este suficient ca un operator nu foarte experimentat să poată calcula valoarea contractului pornind de la informațiile furnizate. În cadrul ședinței, orașul Bremen a subliniat că, și în lipsa dreptului de a exercita o cale de atac în temeiul Directivei 89/665, dreptul național pune la dispoziție căi generale de atac. Orașul Bremen a recunoscut totuși că acestea din urmă sunt mai puțin eficiente decât procedura prevăzută de GWB.

43. Republica Austria consideră că o excludere generală a dreptului la exercitarea unei căi de atac care rezultă din neatacarea încălcării respective în termenele prevăzute este compatibilă cu Directiva 89/665, cu condiția ca această aplicare specială a termenului să nu încalce principiul protecției efective.

44. Comisia a adoptat o poziție similară. Aceasta subliniază că sancțiunea decăderii garantează contestarea cât mai rapid posibil a încălcărilor. Acest lucru este necesar, având în vedere posibilele consecințe pe care le-ar avea necesitatea reluării procedurii de cerere de ofertă. În cadrul ședinței, Comisia a declarat că necontestarea unei încălcări în termenul prevăzut nu ar trebui să atragă decăderea decât în cazul în care ofertantul a putut identifica încălcarea sau ar fi trebuit să o facă dacă ar fi acționat cu prudența așteptată din partea unui operator experimentat și diligent.

45. De asemenea, Comisia consideră că principiile fundamentale ale tratatului, precum cel al egalității și cel al transparenței, se aplică și licitațiilor aflate sub pragul comunitar [20].

Apreciere

46. Principiul comunitar al efectivității se află în centrul protecției conferite de Directiva 89/665. Astfel cum Curtea a susținut îndelung, acest principiu impune ca exercitarea drepturilor conferite de dreptul comunitar să nu fie făcută practic imposibilă sau excesiv de dificilă [21].

47. Primele trei considerente ale Directivei 89/665 subliniază, în consecință, că obiectivul acestei directive este garantarea

20 — Am tratat deja îndelung acest argument în Concluziile prezentate în cauza Comisia/Finlanda (Hotărârea din 26 aprilie 2007, C-195/04, Rep., p. I-335).

21 — A se vedea în special Hotărârea din 14 decembrie 1995, Peterbroeck (C-312/93, Rec., p. I-4599 punctul 12 și jurisprudența citată), și Hotărârea din 13 martie 2007, Unibet (C-432/05, Rep., p. I-2271, punctul 43 și jurisprudența citată).

unei aplicări efective a directivelor armonizate privind contractele de achiziții publice, oferind un regim de căi de atac împotriva „încălc[ărilor] legislației comunitare în domeniul achizițiilor publice sau a reglementărilor de drept intern privind punerea în aplicare a acestei legislații". Articolul 1 alineatul (1) prevede cerințele unei căi de atac eficiente împotriva deciziilor luate de autoritățile contractante. Articolul 2 alineatul (7) impune ca deciziile adoptate de organismele responsabile cu procedurile privind căile de atac să poată fi puse în aplicare în mod efectiv.

48. Cu toate acestea, al doilea și al cincilea considerent subliniază perioada redusă a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice. În consecință, abaterile solicită o intervenție urgentă, într-un stadiu în care încă pot fi corectate. Rapiditatea căilor de atac este considerată, prin urmare, ca fiind un aspect al efectivității și este identificată în mod expres în al treilea considerent și la articolul 1 alineatul (1).

49. Directiva 89/665 prevede, prin urmare, posibilitatea contestării unei decizii chiar înainte ca aceasta să fi cauzat vreun prejudiciu. În temeiul articolului 1 alineatul (3), se acordă o protecție „oricărei persoane care este sau a fost interesată de obținerea unui anumit contract public, achiziție de produse […] și care a fost *sau riscă să fie* lezată de o presupusă încălcare" (sublinierea noastră). În același sens, articolul 1 alineatul (3) autorizează statele membre să solicite părții interesate să informeze în prealabil autoritatea contractantă cu privire la intenția de a formula o cale de atac, subliniind necesitatea de a încerca soluționarea litigiilor cât mai rapid posibil.

50. Directiva nu autorizează în mod expres utilizarea unor termene de prescripție în ceea ce privește exercitarea unor căi de atac împotriva deciziilor autorităților contractante. Cu toate acestea, stabilirea unor termene de prescripție în legislația națională de transpunere este compatibilă, în principiu, cu cerința unor căi de atac rapide, deoarece răsturnarea unor astfel de decizii devine rapid impracticabilă. În plus, Curtea a admis multă vreme că stabilirea unor termene de prescripție rezonabile constituie o aplicare a principiului fundamental al securității juridice [22].

51. În Hotărârea Universale Bau și alții [23], Curtea a stabilit că Directiva 89/665 nu se opune stabilirii în dreptul național a unui termen de prescripție rezonabil pentru a introduce o cale de atac împotriva unei decizii a unei autorități contractante. Un termen de prescripție este rezonabil atunci când acesta

22 — A se vedea Hotărârea din 16 mai 2000, Preston și alții (C-78/98, Rec., p. I-32001 punctul 33 și jurisprudența citată).

23 — Citată la nota de subsol 18.

respectă atât principiul efectivității, astfel cum este prevăzut în directivă, cât și principiul securității juridice [24].

52. Necesitatea stabilirii unui echilibru între aceste două principii deosebește termenele de prescripție de derogările cărora societatea Lämmerzahl încearcă să le asimileze. În dreptul comunitar există numeroase derogări care se justifică prin motive diverse. Aceste derogări constituie adesea excepții de la drepturile conferite de Tratatul CE sau de la alte principii generale. Ca regulă generală, acestea sunt autorizate atunci când sunt necesare pentru protejarea anumitor interese. Pentru a da efect principiilor esențiale, derogările sunt, în general, de strictă interpretare. În schimb, termenele de prescripție stabilesc un echilibru între drepturile individuale și interesul public mai larg. Cu toate acestea, în cazul în care limitează drepturi, termenele respective trebuie analizate cu atenție pentru a stabili dacă aplicarea lor aduce într-adevăr atingere principiului protecției efective.

53. Curtea a efectuat o astfel de analiză în Hotărârea Santex [25]. Curtea a dezvoltat cu această ocazie principiile stabilite în Hotărârea Universale Bau și alții și a aplicat criterii stabilite în jurisprudența sa anterioară [26] în ceea ce privește aspectul caracterului rezonabil al termenelor de prescripție în contextul Directivei 89/665. Aceasta a stabilit că o normă de prescripție trebuie să fie examinată „ținând cont de locul pe care respectiva prevedere îl ocupă în cadrul procedurii în ansamblul său, de modul în care se derulează și de particularitățile acesteia”. În consecință, chiar dacă un termen de prescripție nu este contrar în sine principiului efectivității, aplicarea sa poate, în funcție de împrejurările particulare ale unei spețe, să devină contrară acestui principiu [27].

54. În Hotărârea Grossmann Air Service, Curtea a arătat că obiectivele Directivei 89/665 privind rapiditatea și efectivitatea impun ca o parte interesată care are cunoștință de o neregularitate să o conteste [28] și a manifestat puțină simpatie față de reclamant, care a așteptat decizia de atribuire a contractului înainte de a ataca o pretinsă nelegalitate din cererea de ofertă [29].

55. Criteriul cunoașterii unei neregularități de către ofertant nu stă numai la baza

24 — *Ibidem*, punctele 76 și 77.

25 — Hotărârea din 27 februarie 2003 (C-327/00, Rec., p. I-1877 punctele 49-66).

26 — A se vedea Hotărârea Peterbroeck (citată la nota de subsol 21, punctul 14).

27 — A se vedea Hotărârea Santex (citată anterior, punctele 56 și 57).

28 — Hotărârea din 12 februarie 2004 (C-230/02, Rec., p. I-1829 punctul 37).

29 — Reclamantul din acea cauză considera că mențiunile dintr-o cerere de ofertă îl discriminau. Înaintea deciziei de atribuire a contractului de achiziții, acesta nici nu atacase aceste mențiuni, nici nu depusese vreo ofertă. Curtea a hotărât că, în împrejurările acelei cauze, refuzul de a recunoaște unui reclamant un interes de a obține contractul în cauză nu era de natură a aduce atingere efectului util al Directivei 89/665.

Hotărârii Grossmann Air Service, ci și a altor decizii. Dacă termenul prevăzut pentru contestarea unei neregularități începe să curgă înainte ca ofertantul să ia cunoștință de aceasta sau dacă ofertantul este penalizat într-un alt mod pentru că nu a introdus o contestație, deși nu cunoștea și nu ar fi putut cunoaște neregularitatea, acest fapt aduce atingere principiului efectivității. În Hotărârea Santex, ofertantul nu a avut cunoștință de interpretarea clauzei în litigiu de către autoritatea contractantă înainte ca termenul de prescripție în cauză să fi expirat [30] și, în consecință, nu putea să fie privat de dreptul de a exercita o acțiune din cauza acestui termen de prescripție. În Hotărârea GAT, care nu se referea la un termen de prescripție, Curtea a hotărât că un reclamant nu poate fi privat de dreptul de a cere despăgubiri pentru prejudiciul cauzat printr-o decizie pentru motivul că o decizie anterioară era nelegală. În această cauză, decizia anterioară nu fusese atacată, iar reclamantul nu avusese așadar neapărat cunoștință de neregularitatea acesteia [31].

56. Din jurisprudența Curții expusă anterior rezultă că supunerea în dreptul național a dreptului la formularea unei căi de atac conferit de Directiva 89/665 unui termen de prescripție este compatibilă cu dreptul comunitar, cu condiția ca acest termen să nu facă exercitarea dreptului respectiv practic imposibilă sau excesiv de dificilă. Pentru a stabili dacă aceasta este situația, este oportun să examinăm nu numai durata termenului de prescripție, ci și aspectele legate de procedura de atac pentru care curge respectivul termen. Cunoașterea neregularității constituie un aspect esențial. Cu toate acestea, dacă obiectivele Directivei 89/665 privind rapiditatea și efectivitatea impun ca partea interesată să atace o neregularitate în cazul în care are cunoștință de aceasta, partea respectivă nu poate fi totuși privată de dreptul său de a exercita o cale de atac din cauza unui termen de prescripție care este declanșat de un fapt de care aceasta nu putea, în mod rezonabil, să aibă cunoștință.

57. Un termen de prescripție mai poate fi compatibil cu dreptul comunitar în situația în care neatacarea în termenele prevăzute a unei neregularități îl privează pe un ofertant și de posibilitatea de a ataca alte neregularități ulterioare procedurii de cerere de ofertă? Este vorba, în acest caz, de o sancțiune severă, însă este aceasta admisibilă?

58. Este cert că neatacarea în termenele prevăzute a alegerii unei proceduri naționale are drept consecință, în temeiul principiilor

30 — Hotărârea citată anterior, punctul 60.

31 — Hotărârea din 19 iunie 2003 (C-315/01, Rec., p. I-6351 punctele 53 și 54; a se vedea de asemenea punctul 46 din Concluziile avocatului general Geelhoed).

generale de drept, faptul că procedura menționată primează și apoi faptul că cererea de ofertă nu intră în domeniul de aplicare al directivei. Trebuie să se facă distincția între această situație și situația din Hotărârea GAT, în care Curtea a stabilit că, din moment ce orice decizie luată de autoritatea contractantă în cadrul unei proceduri publice de atribuire poate face obiectul unei căi de atac în temeiul Directivei 89/665, un ofertant nu poate fi privat de dreptul de a cere despăgubiri pentru o decizie a cărei nelegalitate este pretinsă pentru motivul că o decizie anterioară a viciat procedura (fără a o scoate, cu toate acestea, din domeniul de aplicare al directivei) [32].

59. O soluție ar fi să se creeze o excepție de la regula rezultată din Hotărârea Universale Bau și alții și să se decidă că posibilitatea de a ataca o decizie care se dovedește că a sustras în mod greșit o anumită procedură de cerere de ofertă din domeniul de aplicare al protecției comunitare nu poate fi supusă unei prescripții. Considerăm că aceasta nu este o soluție judicioasă. În primul rând, aceasta ar bulversa echilibrul între efectivitate și securitate juridică pe care Directiva 89/665 încearcă să îl realizeze. În al doilea rând, un ofertant ar putea fi tentat să nu conteste procedura (care poate părea, cu toate acestea, că îi este favorabilă prin limitarea concurenței), cu excepția cazului în care va descoperi sau până când va descoperi, prin decizia de atribuire a contractului, că, de fapt, îl interesa dreptul său de a exercita o cale de atac în temeiul Directivei 89/665.

60. Considerăm că sugestia potrivit căreia ar trebui impus un termen mai lung atunci când consecințele decăderii sunt severe generează tot atâtea probleme câte rezolvă.

61. De aceea, concluzionăm că limitarea la un termen a exercitării căii de atac împotriva deciziilor luate în cadrul unei proceduri de cerere de ofertă rămâne compatibilă cu principiul efectivității, asociat cu necesitatea duratei reduse și a securității juridice, chiar dacă neatacarea în termenul stabilit a unei neregularități are drept consecință privarea unui ofertant de protecția conferită prin căile de atac prevăzute de Directiva 89/665.

62. În continuare, ne referim la examinarea termenului în litigiu în prezenta cauză, inclusiv a particularităților acestuia.

63. Termenul stabilit la articolul 107 alineatul 3 teza a doua din GWB curge de la data

32 — Hotărârea citată anterior, punctele 51-54.

publicării anunțului de participare până la data limită de depunere a ofertelor. În prezenta cauză, se pare că acest termen a fost de cel puțin 23 de zile [33]. Având în vedere faptul că legiuitorul comunitar consideră că un termen minim de 22 de zile este suficient pentru a pregăti și pentru a depune o ofertă [34], ar fi dificil să susținem că 23 de zile nu ar fi suficiente pentru a ataca o pretinsă neregularitate. În consecință, un asemenea termen prevăzut pentru exercitarea unei căi de atac nu pare să încalce principiul efectivității care stă la baza Directivei 89/665, mai ales având în vedere necesitatea, subliniată de această directivă, a unei proceduri rapide privind căile de atac [35].

64. Cu toate acestea, particularitatea termenului stabilit la articolul 107 alineatul 3 teza a doua din GWB constă în faptul că acesta începe să curgă în cazul în care pretinsa neregularitate în cauză poate fi determinată pe baza anunțului de participare.

65. În consecință, care este gradul sau natura cunoașterii neregularității care îi poate fi atribuită unui ofertant fără a se încălca principiul efectivității care stă la baza Directivei 89/665?

66. Considerăm că ar fi contrar securității juridice să i se ceară unui ofertant o cunoaștere reală sau subiectivă. În plus, în împrejurări precum cele din prezenta cauză, ar fi dificil să se stabilească dacă un ofertant a cunoscut în mod real o neregularitate, iar cererea unei asemenea probe nu ar fi, cu siguranță, compatibilă cu necesitatea unei proceduri rapide privind căile de atac.

67. În consecință, pare preferabil să se formuleze un criteriu sub forma unei cunoașteri presupuse sau obiective. Curtea aplică deja un criteriu obiectiv în ceea ce privește capacitatea ofertantului de a interpreta criteriile de atribuire a contractului în raport cu egalitatea de tratament în cadrul procedurilor publice de cerere de ofertă, și anume capacitatea unui ofertant „suficient de informat și care dă dovadă de o diligență normală” [36]. Aceeași formulare pare să fie adecvată în contextul cunoașterii unei

33 — A se vedea punctul 13 de mai sus.

34 — A se vedea punctul 8 de mai sus.

35 — Studiile efectuate de serviciile competente ale Curții arată că acest termen de contestare a cererilor de ofertă rămâne în limitele marjei de termene adoptate de statele membre. În țările studiate, care consideră că o cerere de ofertă publică reprezintă un act susceptibil de o cale de atac judecătorească și stabilesc, fie în mod expres, fie ca element al regimului general al căilor de atac, o cale de atac îndreptată împotriva unui astfel de act, se aplică următoarele termene: 7 sau 14 zile, în funcție de procedură (Austria, Polonia), 14 zile (Finlanda), 15 zile (Ungaria), o lună (Portugalia), data limită de depunere a ofertelor (Slovenia), două luni (Grecia, Spania), trei luni (Irlanda, Regatul Unit). Republica Franceză și Marele Ducat al Luxemburgului nu prevăd niciun termen. În Danemarca, în Țările de Jos și în Suedia, cererea de ofertă poate face obiectul unei acțiuni chiar și după ce contractul de achiziții a fost semnat.

36 — A se vedea Hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction (C-19/00, Rec., p. I-7725, punctul 42). O formulare alternativă din domeniul protecției încrederii legitime se referă la un „operator economic prudent și avizat”: a se vedea, de exemplu, Hotărârea din 22 iunie 2006, Belgia și Forum 187/Comisia (C-182/03 și C-217/03, Rec., p. I-5479). Orașul Bremen și Comisia au propus alte formulări posibile (a se vedea punctele 42 și 44 de mai sus).

neregularități a procedurii de cerere de ofertă pe care se consideră în mod rezonabil că o poate avea ofertantul.

68. Un ofertant „suficient de informat și care dă dovadă de o diligență normală" poate fi considerat experimentat în depunerea de oferte în domeniul său specific. De asemenea, ne putem aștepta ca acesta să aibă o cunoaștere și o înțelegere generală a prevederilor legale esențiale care guvernează contractele de achiziții cu care operează. În contextul prezentei cauze, acest fapt ar presupune o cunoaștere generală a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții naționale și comunitare și a pragurilor relevante, inclusiv a posibilităților de a contesta deciziile luate de autoritățile contractante în temeiul acestor două tipuri de proceduri și al termenelor privind introducerea acestor căi de atac.

69. Ce informații trebuie să fie disponibile pentru a permite unui astfel de ofertant, în circumstanțe precum cele din prezenta cauză, să stabilească faptul că alegerea procedurii utilizate este greșită?

70. Nu suntem de acord cu orașul Bremen cu privire la faptul că publicarea valorii estimate a contractului ar denatura concurența. În definitiv, legislația comunitară privind contractele de achiziții publice, care numără, printre obiectivele sale cele mai importante, promovarea concurenței, impune, în anumite cazuri, ca valorile estimate ale contractelor să fie publicate [37].

71. Întrucât alegerea procedurii se face în funcție de valoarea totală estimată a contractului, informațiile trebuie să permită ofertanților determinarea acestei valori. Ar trebui incluse aici nu numai bunurile care vor fi furnizate, ci și costurile asistenței, instruirea sau întreținerea care intră în obiectul contractului. În acest sens, suntem de acord cu argumentul prezentat de Republica Lituania, și anume că doar o informație clară și completă privind întinderea sau volumul proiectului îi poate permite unui ofertant, pe baza propriei experiențe și a cunoașteri condițiilor de piață, să calculeze valoarea totală estimată.

72. Existența unei asemenea cerințe în ceea ce privește informarea, corelată cu aplicarea criteriului cunoștințelor și al experienței pe care se presupune că le are un ofertant suficient de informat și care dă dovadă de o diligență normală, ar trebui să înlăture îndoielile instanței de trimitere privind potențialele abuzuri în privința capacității

37 — A se vedea anexa VII A la Directiva 2004/18, care a intrat în vigoare ulterior datei faptelor care stau la baza prezentei cauze. În anunțurile de participare, în cazul acordurilor-cadru, valoarea totală estimată a lucrărilor, a bunurilor și a serviciilor trebuie să fie specificată. În anunțurile de informare prealabilă privind încheierea de contracte de achiziții publice de bunuri, trebuie menționată fie cantitatea, fie valoarea bunurilor care vor fi furnizate.

unei autorități contractante de a profita de lipsa de experiență a unui ofertant [38].

73. În opinia noastră, această informație nu trebuie să figureze neapărat în anunțul de participare. Ne putem în mod rezonabil aștepta ca un ofertant să acționeze având în vedere alte documente la care se face trimitere în anunțul de participare, cu condiția să se indice clar de unde pot fi obținute aceste documente. În acest sens, Curtea a decis deja că, dacă figurează în caietul de sarcini sau în anunțul de participare, criteriile de atribuire a contractelor sunt compatibile cu principiul egalității de tratament [39]. În cazul în care informațiile necesare care delimitează întinderea contractului figurează în aceste documente, termenul prevăzut pentru a contesta o neregularitate curge din momentul în care ofertantul a fost în măsură să obțină aceste documente sau ar fi fost în măsură să le obțină dacă ar fi acționat rapid.

74. Cu toate acestea, nu considerăm că simpla absență din anunțul de participare a unei indicații privind întinderea sau volumul estimat al contractului poate fi suficientă pentru a atrage atenția unui ofertant suficient de informat și care dă dovadă de o diligență normală asupra faptului că autoritatea contractantă a evaluat în mod eronat valoarea contractului. Chiar dacă această lipsă constituie prin ea însăși o neregularitate, considerăm că faptul de a cere unui ofertant să atace respectiva neregularitate pentru a descoperi dacă aceasta ascunde o altă neregularitate susceptibilă de a-i încălca drepturile face exercitarea acestor drepturi excesiv de dificilă, în special în ceea ce privește prescripția. *A fortiori*, aceasta este situația atunci când există cel puțin o discuție cu privire la faptul dacă dispoziția prevăzută la articolul 17 alineatul 1 al doilea paragraf litera c) din VOL/A privind publicarea întinderii contractului este sau nu este imperativă [40].

75. În cele din urmă, în calitate de unic judecător al faptelor, instanța națională trebuie să hotărască în ce etapă un ofertant suficient de informat și care dă dovadă de o diligență normală ar fi trebuit să descopere, dacă ar fi fost cazul să facă acest lucru, faptul că procedura a fost utilizată greșit. Cu toate acestea, următoarele observații pot fi utile.

76. În prezenta cauză, dosarul cererii de ofertă putea fi descărcat fără dificultate de pe site-ul orașului Bremen. Totuși, se pare că întinderea sau volumul proiectului nu figura nici în anunțul de participare, nici în dosarul cererii de ofertă.

77. Este adevărat că partea intitulată „contract de servicii” a documentului privind

38 — A se vedea punctul 30 de mai sus.

39 — A se vedea Hotărârea SIAC Construction (citată la nota de subsol 36, punctele 40 și 42).

40 — A se vedea punctul 29 de mai sus, *in fine*.

prețul specifica o instruire pentru aproximativ 300 de angajați și 10 administratori și că documentul privind obiectul contractului arăta că aproximativ 310 angajați vor lucra cu software-ul respectiv. Cu toate acestea, cererea de a indica prețurile unitare pentru diferite marje posibile ale numerelor de licențe în partea intitulată „contract de licență" din documentul privind prețul se putea interpreta în sensul că aceasta ar implica faptul că putea fi luat în calcul un număr mai mic de licențe sau că numărul definitiv de licențe nu a fost încă stabilit (fără a fi luat în calcul numărul de licențe complete în opoziție cu cele menționate numai pentru lectură) [41].

78. Societatea Lämmerzahl a contactat de cel puțin două ori orașul Bremen pentru a obține mai multe precizări asupra cererii de ofertă. În cea de a doua serie de întrebări, societatea a arătat clar că pornește de la presupunerea potrivit căreia contractul se referea la 310 licențe. Or, acest lucru nu a fost niciodată confirmat în mod expres de orașul Bremen. Tot ce se poate spune este că, fără a infirma cifra respectivă în răspunsul din 6 aprilie 2005, orașul Bremen a aprobat în mod tacit presupunerea societății Lämmerzahl conform căreia contractul se referea la aproximativ 310 licențe.

79. Pentru a rezuma, s-a constatat că nici anunțul de participare și dosarul cererii de ofertă, nici informațiile furnizate în continuare de orașul Bremen nu precizau în mod expres numărul de licențe la care se referea contractul. Este la fel de evident faptul că societatea Lämmerzahl a depus, în continuare, o ofertă a cărei valoare era de trei ori mai mare decât pragul stabilit de procedurile privind ofertele comunitare.

80. În acest context, instanța națională trebuie să stabilească dacă, în orice caz, aplicarea dispozițiilor articolului 107 alineatul 3 teza a doua din GWB a oferit o protecție efectivă. Aceasta ar fi situația dacă informațiile care figurează în anunțul de participare sau în dosarul cererii de ofertă ar permite unui ofertant suficient de informat și care dă dovadă de o diligență normală să descopere că procedura care a fost aplicată era incorectă. Dacă această dispoziție nu poate fi interpretată astfel încât să fie compatibilă cu articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665, prima nu ar trebui aplicată [42], iar cea de a doua, care are efect direct [43], trebuie să fie aplicată.

41 — Neconcordanța dintre diferitele marje ale numerelor de licențe și cifra de 310 angajați nu se poate explica în totalitate prin posibilitățile de transfer între numărul de licențe complete și numărul de licențe doar pentru lectură. Numărul maxim de licențe destinate simplei lecturi pentru care se cerea o tarifare era de 100; iar primele trei marje pentru care se cerea o tarifare a licențelor complete sunt mai mari decât soldul (210) care ar fi fost necesar pentru a se ajunge la totalul de 310.

42 — A se vedea Hotărârea Santex (citată la nota de subsol 25, punctele 63-65 și jurisprudența citată).

43 — A se vedea Hotărârea din 2 iunie 2005, Koppensteiner (C-15/04, Rec., p. I-4855 punctul 38).

Concluzie

81. Având în vedere cele menționate anterior, propunem Curții să abordeze împreună cele două întrebări formulate și să răspundă la acestea după cum urmează:

„Când un ofertant nu a contestat în termenul prevăzut de dreptul intern alegerea unei proceduri care a scos în mod incorect o cerere de ofertă publică în afara sferei de protecție comunitară, Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări nu se opune ca un ofertant să fie privat de dreptul care îi este conferit prin această directivă de a exercita o cale de atac împotriva altor decizii luate în cursul procesului de atribuire, cu condiția ca aplicarea acestui termen să nu facă, în realitate, imposibilă sau excesiv de dificilă contestarea alegerii procedurii în împrejurările cauzei. Aceasta ar fi situația în cazul în care informațiile care figurează în anunțul de participare sau în dosarul cererii de ofertă ar fi insuficiente pentru a permite unui ofertant suficient de informat și care dă dovadă de o diligență normală să descopere faptul că procedura care a fost aplicată era incorectă. Instanța națională trebuie să verifice acest lucru în fiecare caz în parte”.