CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL YVES BOT prezentate la 27 octombrie 2009[1]

1. Prin prezenta trimitere preliminară, Landgericht Frankfurt am Main (Germania) solicită, în esență, să se stabilească domeniul de aplicare al obligației de transparență și consecințele ce rezultă ca urmare a încălcării acesteia în cadrul unei proceduri de atribuire a unei concesionări de servicii.

2. Această cerere a fost formulată în cadrul unui litigiu între întreprinderea Wall AG[2], pe de o parte, și Stadt Frankfurt am Main (orașul Frankfurt am Main) și întreprinderea Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH[3], pe de altă parte, referitor la executarea unei concesiuni pentru exploatarea, întreținerea și curățarea toaletelor publice pe teritoriul acestui oraș.

3. Prezenta cauză va permite Curții să precizeze condițiile în care autoritatea contractantă poate consimți la o modificare a contractului de concesionare, în cursul executării acestuia, fără a încălca domeniul de aplicare al obligației de transparență.

4. De asemenea, aceasta va oferi Curții oportunitatea de a preciza condițiile în care respectarea acestei obligații se impune unei entități cu capital mixt constituite în cadrul unui parteneriat public-privat.

5. În sfârșit, întrebările adresate de Landgericht Frankfurt am Main vor permite Curții să precizeze modalitățile de control jurisdicțional al deciziilor care au fost adoptate în cadrul concesionărilor de servicii. În special, Curtea va trebui să examineze dacă, în cazul în care instanța națională competentă constată încălcarea obligației de transparență în cadrul unei proceduri de atribuire a unei concesionări de servicii, dreptul comunitar impune statelor membre obligația de a recunoaște, în favoarea instanței lor naționale, o competență de a dispune prin somație în ceea ce privește părțile contractante.

1 — Limba originală: franceza.
2 — Denumită în continuare „reclamanta”.
3 — Denumită în continuare „FES”.

I — Cadrul juridic comunitar

A — *Dreptul primar*

6. Tratatul CE nu restrânge libertatea statelor membre de a încheia contracte de concesionare de servicii, în măsura în care modurile de atribuire a acestora sunt compatibile cu dispozițiile care instituie și garantează buna funcționare a pieței unice.

7. Astfel, asemenea oricărui act al statului prin care se stabilesc condițiile pe care trebuie să le îndeplinească prestarea unei activități economice, acordarea unei concesionări trebuie să respecte principiile consacrate de tratat în materia dreptului de stabilire (articolul 43 CE) și a liberei prestări a serviciilor (articolul 49 CE) și trebuie să respecte normele care interzic orice discriminare pe motiv de cetățenie sau naționalitate (articolul 12 primul paragraf CE).

8. În plus, acordarea unei concesionări trebuie să respecte principiile evidențiate de Curte în temeiul acestor dispoziții și, în special, principiile egalității de tratament și transparenței, al căror domeniu de aplicare îl vom explica în continuare. Deși această jurisprudență privește în special contenciosul privind contractele de achiziții publice, nu este mai puțin adevărat că principiile care decurg de aici au un domeniu de aplicare care depășește simplul cadru al contractelor menționate. Pornim de la premisa că aceste principii sunt de asemenea aplicabile în alte situații și, în special, concesionărilor.

B — *Dreptul derivat*

9. În stadiul actual al dreptului comunitar, contractele de concesionare de servicii nu fac obiectul niciunei reglementări de drept derivat[4]. Cu toate acestea, dispozițiile adoptate în cadrul directivelor privind atribuirea contractelor de achiziții publice permit să se aprecieze anumite modalități de încheiere a acestui tip de contracte.

1. Reglementarea privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de servicii

10. Noțiunea „autorități contractante” a fost definită mai întâi la articolul 1 litera (b) din

4 — În prezent, dreptul comunitar derivat conține numai norme aplicabile concesionărilor de lucrări publice încheiate în sectoarele clasice.

Directiva 92/50/CEE[5]. În conformitate cu al optulea considerent al acesteia, directiva se aplică „contractelor de achiziții publice de servicii”[6] și, pentru acest motiv, exclude din domeniul său de aplicare concesionările de servicii. Directiva 92/50 urmărește să înlăture barierele din calea liberei circulații a serviciilor și a mărfurilor și să protejeze interesele operatorilor economici care doresc să ofere bunuri sau servicii autorităților contractante stabilite într-un alt stat membru[7].

11. Articolul 1 litera (b) din această directivă definește noțiunea „autorități contractante” după cum urmează:

„«autorități contractante» înseamnă statul, colectivitățile teritoriale, organismele de drept public și asociațiile formate din una sau mai multe din aceste colectivități sau unul sau mai multe organisme de drept public.

«Organism de drept public» înseamnă orice organism:

— constituit pentru a îndeplini în mod expres cerințe de interes general, de altă natură decât industrial sau comercial,

și

— care are personalitate juridică

și

— a cărui activitate este finanțată în cea mai mare parte de stat, de colectivitățile teritoriale sau de alte organisme de drept public sau a cărui gestionare face obiectul controlului acestora din urmă sau al cărui consiliu de administrație, de conducere sau de supraveghere este alcătuit din membri desemnați în proporție de peste 50 % de către stat, de colectivitățile teritoriale sau de alte organisme de drept public.

5 — Directiva 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), astfel cum a fost modificată prin Directiva 2001/78/CE a Comisiei din 13 septembrie 2001 (JO L 285, p. 1, denumită în continuare „Directiva 92/50”).

6 — Potrivit articolului 1 litera (a) din această directivă, acestea sunt „contracte cu titlu oneros, încheiate în scris între un prestator de servicii și o autoritate contractantă”. În sensul directivei menționate, contractul de achiziții publice de servicii presupune o contraprestație care este plătită direct de autoritatea contractantă prestatorului de servicii.

7 — Hotărârea din 1 februarie 2001, Comisia/Franța (C-237/99, Rec., p. I-939, punctele 41 și 42 și jurisprudența citată).

[…]”

12. Noțiunea „concesionare de servicii” a fost definită ulterior la articolul 1 alineatul (4) din Directiva 2004/18/CE[8], care reformează toate dispozițiile privind atribuirea contractelor de achiziții publice de servicii, de bunuri și de lucrări[9].

13. Potrivit acestei dispoziții, o concesionare de servicii este un „contract care prezintă aceleași caracteristici ca un contract de achiziții publice de servicii, cu excepția compensației pentru serviciile prestate, care poate consta fie exclusiv în dreptul de exploatare a serviciilor, fie în dreptul de exploatare și o plată”.

14. În plus, această directivă preia în termeni identici, la articolul 1 alineatul (9), definiția noțiunii „organism de drept public” prevăzută la articolul 1 litera (b) al doilea paragraf din Directiva 92/50.

2. Directiva 89/665/CEE

15. Directiva 89/665/CEE[10] permite o creștere semnificativă a garanțiilor privind transparența și nediscriminarea în cadrul asigurării condițiilor concurențiale comunitare în domeniul achizițiilor publice prin obligarea statelor membre la instituirea unor căi de atac eficiente și rapide în cazurile de încălcare a dispozițiilor directivelor „în materie de achiziții publice”[11]. Potrivit articolului 1 din această directivă, procedurile menționate trebuie să fie accesibile, în conformitate cu reglementări detaliate care pot fi stabilite de statele membre, oricărei persoane care este sau a fost interesată de obținerea unui anumit contract public și care a fost sau riscă să fie lezată de o presupusă încălcare.

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

9 — În ceea ce privește contractele de achiziții publice de servicii, Directiva 92/50, în ceea ce privește contractele de achiziții publice de bunuri, Directiva 77/62/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1976 (JO 1977, L 13, p. 1) și, respectiv, în ceea ce privește contractele de achiziții publice de lucrări, Directiva 71/305/CEE a Consiliului din 26 iulie 1971 (JO L 185, p. 5), denumite în continuare, împreună, „directivele «în materia achizițiilor publice»”.

10 — 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, denumită în continuare „Directiva 89/665”. Această directivă fost modificată ultima dată prin Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007 (JO L 335, p. 31).

11 — În timp ce articolul 1 din Directiva 89/665 viza numai procedurile de atribuire a contractelor publice de lucrări și a contractelor de achiziții publice de produse, Directiva 2007/66 își extinde domeniul de aplicare la contractele de achiziții publice de servicii.

16. Ținând seama de perioada redusă a procedurilor de atribuire a contractelor publice, procedurile menționate trebuie, în conformitate cu articolul 2 din Directiva 89/665, să permită nu numai abordarea de urgență a presupuselor încălcări și adoptarea de măsuri provizorii, ci și anularea deciziilor luate în mod ilegal și compensarea persoanelor lezate. Această dispoziție are următorul cuprins:

„(1) Statele membre asigură faptul că măsurile luate în privința procedurilor privind căile de atac menționate la articolul 1 includ prevederea unor competențe care să permită:

(a) adoptarea de măsuri temporare, cel mai rapid posibil și prin intermediul unor proceduri provizorii, în scopul corectării presupusei încălcări sau prevenirii lezării în continuare a intereselor respective, inclusiv măsuri de suspendare sau care să asigure suspendarea procedurii de atribuire a unui contract de achiziții publice sau a aplicării oricărei decizii luate de autoritatea contractantă;

(b) fie anularea, fie asigurarea anulării deciziilor luate în mod ilegal […]

(c) acordarea de daune interese persoanelor lezate în urma unei încălcări.

[…]

(6) Efectele exercitării competențelor menționate la alineatul (1) asupra unui contract încheiat după atribuirea acestuia sunt stabilite de legislația internă.

[…]”

17. Astfel cum am arătat, Directiva 89/665 a fost modificată prin Directiva 2007/66. Aceasta urmărește să consolideze eficacitatea căilor de atac la nivel național și precizează cazurile în care un contract încheiat cu nerespectarea normelor de procedură privind atribuirea contractelor de achiziții publice trebuie să fie lipsit de efecte.

3. Directiva 80/723/CEE

18. Articolul 2 din Directiva 80/723/CEE[12] este formulat astfel:

„(1) În sensul prezentei directive:

[…]

(b) «întreprinderi publice» înseamnă orice întreprindere asupra căreia autoritățile publice pot exercita, direct sau indirect, o influență dominantă în temeiul dreptului de proprietate asupra acestora, al participației deținute de autorități în aceste întreprinderi sau în temeiul normelor care le reglementează;

[…]

(2) Se presupune că există o influență dominantă atunci când autoritățile, în mod direct sau indirect, în legătură cu întreprinderile publice:

(a) dețin majoritatea capitalului subscris al întreprinderii respective sau

(b) controlează majoritatea voturilor aferente acțiunilor emise de întreprinderi sau

(c) pot numi mai mult de jumătate din membrii organului de administrație, de conducere sau de supraveghere.”

II — Situația de fapt și procedura principală

19. Vom rezuma după cum urmează faptele pe care le considerăm relevante pentru raționamentul nostru.

12 — Directiva Comisiei din 25 iunie 1980 privind transparența relațiilor financiare dintre statele membre și întreprinderile publice, precum și transparența financiară în cadrul anumitor întreprinderi (JO L 195, p. 35), astfel cum a fost modificată prin Directiva 2000/52/CE a Comisiei din 26 iulie 2000 (JO L 193, p. 75, denumită în continuare „Directiva 80/723”).

20. Contractul în discuție în prezenta cauză este un contract de concesionare de servicii în sensul articolului 1 alineatul (4) din Directiva 2004/18. Acest contract a fost încheiat între Stadt Frankfurt am Main, care este considerat, în calitate de colectivitate teritorială, drept „autoritate contractantă" în sensul articolului 1 litera (b) din Directiva 92/50, și întreprinderea FES. Contractul menționat are ca obiect exploatarea, întreținerea și curățarea a 11 toalete publice situate pe teritoriul Stadt Frankfurt am Main și implică reconstruirea a două toalete publice situate în gările Rödelheim și Galluswarte, ceea ce constituie servicii în sensul articolului 8 și al anexei I A la această directivă.

21. Contractul în cauză a fost încheiat pe o perioadă de 16 ani. FES, care este contractantul principal, nu este remunerată de Stadt Frankfurt am Main, ci percepe o redevență plătită de utilizatori și dispune de dreptul de a exploata, cu titlu exclusiv, suporturile toaletelor în scopuri publicitare. Această modalitate de plată presupune că FES își asumă riscul legat de exploatarea serviciilor în cauză.

22. Această concesiune a fost atribuită FES în temeiul ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic. Ofertele depuse de întreprinderi, printre care cele ale FES și ale reclamantei, au fost evaluate în raport cu o pluralitate de criterii de atribuire, enumerate în cererea de ofertă. Astfel cum reiese din ordonanța de trimitere, fiecare dintre aceste criterii era ponderat și figurează în ordinea descrescătoare a importanței atribuite acestora de Stadt Frankfurt am Main[13].

23. În cadrul ofertei sale, FES a prezentat-o pe reclamantă ca fiind subcontractantul său în ceea ce privește prestațiile publicitare și furnizarea de module de toalete necesare pentru realizarea serviciilor concesionate. FES s-a prevalat în primul rând de renumele mondial și de expertiza tehnică a acesteia în sectoarele respective. Stadt Frankfurt am Main a reținut oferta FES.

24. Ca urmare a încheierii contractului de concesionare la 20 și la 22 iulie 2004, FES a invitat-o pe reclamantă, precum și pe intervenientă, Deutsche Städte Medien GmbH[14], să prezinte oferte, la 5 ianuarie 2005, pentru furnizarea de prestații publicitare, iar la 28 iulie

13 — În ordinea următoare: pretenții limitate în materie publicitară (30 %), relevanța proiectului operatorului (toalete publice) (15 %), caracterul plauzibil al proiectului publicitar (10 %), relevanța proiectului în materie de siguranță (10 %), ușurința de utilizare a toaletelor publice (10 %), utilitatea toaletelor publice (10 %), integrarea toaletelor publice în mediul urban (5 %), estetica toaletelor publice (5 %) și efectele toaletelor publice asupra mediului (5 %).

14 — Această întreprindere nu este alta decât Ströer City-Marketing GmbH, principala sa concurentă în obținerea concesionării (denumită în continuare „DSM").

2005, pentru furnizarea de module de toalete. Ofertele reclamantei au fost respinse.

25. În temeiul articolului 30 IV din contractul de concesionare, FES a solicitat Stadt Frankfurt am Main să consimtă la schimbarea subcontractantului. Acesta din urmă nu a prezentat nicio obiecție și, pe de altă parte, a precizat că, în pofida acestei schimbări, standardele indicate în caietul de sarcini vor fi respectate.

26. În fața instanței naționale, reclamanta reproșează Stadt Frankfurt am Main că nu a respectat obligația de transparență prin faptul că a autorizat schimbarea menționată, procedând astfel la o modificare esențială a contractului de concesionare încheiat cu FES.

III — Trimiterea preliminară

27. Landgericht Frankfurt am Main a hotărât să suspende judecarea cauzei și să adreseze Curții următoarele întrebări preliminare:

„1) Principiul egalității de tratament și principiul de drept comunitar al nediscriminării pe motiv de cetățenie sau naționalitate, consacrate la articolele 12 [CE], 43 [CE] și 49 [CE], trebuie interpretate în sensul că obligațiile de transparență care rezultă din aceste articole pentru autoritățile publice și care constau în exercitarea, pentru atribuirea concesionărilor de servicii, a concurenței cu un grad de publicitate adecvat și în permiterea controlului imparțialității procedurii de atribuire[15] impun dreptului național să acorde ofertantului a cărui ofertă nu a fost reținută dreptul de a obține în justiție încetarea unei încălcări iminente a acestor obligații și/sau încetarea unei astfel de încălcări a obligațiilor?

2) În cazul unui răspuns negativ la prima întrebare preliminară, obligațiile de transparență [menționate mai sus] aparțin dreptului cutumiar al Comunităților Europene în sensul că acestea sunt deja aplicate în mod durabil și permanent, uniform și general, și sunt recunoscute ca norme obligatorii de către subiectele de drept interesate?

3) Obligațiile de transparență menționate la prima întrebare preliminară impun de

15 — Instanța de trimitere face referire la Hotărârea din 7 decembrie 2000, Telaustria și Telefonadress (C-324/98, Rec., p. I-10745, punctele 60-62), la Hotărârea din 21 iulie 2005, Coname (C-231/03, Rec., p. I-7287, punctele 17-22), la Hotărârea din 13 octombrie 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rec., p. I-8585, punctele 46-50), la Hotărârea din 6 aprilie 2006, ANAV (C-410/04, Rec., p. I-3303, punctul 21), și la Hotărârea din 13 septembrie 2007, Comisia/Italia (C-260/04, Rep., p. I-7083, punctul 24).

asemenea, atunci când se intenționează modificarea unui contract de concesionare de servicii – inclusiv atunci când această modificare privește înlocuirea unei întreprinderi subcontractante care a rezultat printr-o procedură concurențială –, să se asigure condițiile concurențiale cu un grad adecvat de publicitate pentru negocierile referitoare la această modificare și, dacă este cazul, potrivit căror criterii ar trebui realizată o astfel de asigurare a condițiilor concurențiale?

este supusă acestor obligații de transparență atunci când:

— aceasta a fost creată de o colectivitate teritorială în scopul eliminării deșeurilor și curățării străzilor, dar este de asemenea activă pe piața liberă;

— aceasta aparține colectivității menționate în proporție de 51 %, dar deciziile asociaților nu pot fi luate decât cu o majoritate de trei pătrimi;

4) Principiile și obligațiile de transparență menționate la prima întrebare preliminară trebuie interpretate în sensul că, în ceea ce privește concesionările de servicii, în cazul unei încălcări a obligațiilor, contractul încheiat în urma încălcării și care urmărește crearea sau modificarea unui raport obligațional cu durată determinată trebuie să fie reziliat?

— colectivitatea menționată numește numai un sfert din membrii consiliului de supraveghere al întreprinderii, inclusiv pe președintele consiliului de supraveghere, și

5) Principiile și obligațiile de transparență menționate la prima întrebare preliminară și articolul 86 alineatul (1) CE coroborat, dacă este cazul, cu articolul 2 alineatul (1) litera (b) și cu articolul 2 din Directiva 80/723 […] și cu articolul 1 alineatul (9) din Directiva 2004/18 […] trebuie interpretate în sensul că o întreprindere, în calitate de întreprindere publică sau de autoritate contractantă,

— mai mult de jumătate din cifra sa de afaceri provine din contracte sinalagmatice referitoare la eliminarea deșeurilor și curățarea străzilor pe teritoriul colectivității menționate, colectivitate care se refinanțează pentru aceasta prin intermediul impozitelor locale plătite de către cetățenii săi?"

28. Părțile din acțiunea principală, dar și Comisia Comunităților Europene, Autoritatea de supraveghere a Asociației Europene a Liberului Schimb (AELS), precum și șase state membre[16] au prezentat observații scrise și orale.

IV — Obiectul întrebărilor preliminare

29. Vom începe studiul prezentei trimiteri preliminare cu examinarea celei de a treia și a celei de a cincea întrebări preliminare, referitoare la domeniul de aplicare al obligației de transparență.

30. Prin intermediul celei de a treia întrebări, instanța de trimitere solicită Curții să stabilească dacă o astfel de obligație impune autorității contractante o nouă procedură de convocare la licitație în cazul în care contractantul principal, căruia i-a fost atribuită concesionarea, dorește să recurgă, pentru executarea acesteia, la serviciile unui subcontractant diferit de cel pe care l-a prezentat cu ocazia depunerii ofertei sale. În plus, prin intermediul celei de a cincea întrebări, instanța de trimitere solicită să se stabilească dacă un contractant principal, precum FES, care este constituit sub forma unei entități cu capital mixt, poate fi de asemenea calificat drept „autoritate contractantă” în sensul Directivei 92/50, supusă, ca atare, respectării obligației de transparență.

31. După examinarea acestor prime două întrebări, vom continua analiza cu examinarea primei, a celei de a doua și a celei de a patra întrebări preliminare, care se referă, în esență, la modalitățile de control jurisdicțional al deciziilor adoptate în cadrul concesionărilor de servicii.

32. Aceste trei din urmă întrebări sunt relevante numai în cazul în care instanța națională ar considera că Stadt Frankfurt am Main și/sau FES au compromis transparența procedurii prin schimbarea subcontractantului în cursul executării contractului de concesionare în cauză.

V — Analiză

33. Înainte de a începe examinarea, considerăm că este important să amintim liniile generale ale jurisprudenței referitoare la obligația de transparență. Cu toate că jurisprudența menționată privește parțial achizițiile publice,

16 — Regatul Danemarcei, Republica Federală Germania, Regatul Țărilor de Jos, Republica Austria, Republica Finlanda și, în sfârșit, Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord.

aceasta a fost elaborată pornind de la principiile din tratat și, prin urmare, considerăm că este relevantă pentru aplicarea dreptului comunitar în domeniul concesionărilor de servicii.

A — *Liniile generale ale jurisprudenței referitoare la obligația de transparență*

34. Reiese dintr-o jurisprudență constantă că obligația de transparență constituie o expresie concretă și specifică a principiului egalității de tratament.

35. Curtea consideră de mult timp că acest principiu aparține principiilor fundamentale ale dreptului comunitar[17], pe care statele membre au obligația să le respecte atunci când acționează în domeniul dreptului comunitar. Principiul menționat impune ca situații comparabile să nu fie tratate în mod diferit, cu excepția cazului în care o diferențiere este justificată în mod obiectiv[18]. Acesta figurează printre drepturile fundamentale a căror respectare este asigurată de către Curte[19].

36. În calitate de principiu general al dreptului comunitar, respectarea principiului egalității de tratament se impune statelor membre atunci când acestea pun în aplicare reglementări comunitare. Prin urmare, acestea sunt ținute, în măsura posibilului, să aplice aceste reglementări în condiții care nu încalcă cerințele care rezultă din protecția drepturilor fundamentale în ordinea juridică comunitară[20].

37. Curtea a avut ocazia să precizeze domeniul de aplicare al principiului egalității de tratament în cadrul contractelor de achiziții publice în Hotărârile Comisia/Danemarca și Comisia/Belgia[21], jurisprudență care a fost transpusă ulterior în ceea ce privește concesionările de servicii[22].

38. Principiul egalității de tratament între ofertanți are ca obiectiv favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective între întreprinderile candidate. Respectarea acestui principiu trebuie să permită garantarea unei

17 — Hotărârea din 19 octombrie 1977, Ruckdeschel și alții (117/76 și 16/77, Rec., p. 1753, punctul 7).

18 — A se vedea în special Hotărârea din 25 noiembrie 1986, Klensch și alții (201/85 și 202/85, Rec., p. 3477, punctul 9), precum și Hotărârea din 12 decembrie 2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, Rec., p. I-11915, punctul 32 și jurisprudența citată).

19 — Hotărârea Rodríguez Caballero, citată anterior (punctul 32).

20 — *Ibidem* (punctul 30 și jurisprudența citată).

21 — A se vedea Hotărârea din 22 iunie 1993, Comisia/Danemarca (C-243/89, Rec., p. I-3353, punctele 37-39), și, respectiv, Hotărârea din 25 aprilie 1996, Comisia/Belgia (C-87/94, Rec., p. I-2043, în special punctele 51-56). A se vedea de asemenea Hotărârea din 29 aprilie 2004, Comisia/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, Rec., p. I-3801, punctul 108 și jurisprudența citată).

22 — A se vedea Hotărârea Parking Brixen, citată anterior (punctul 48).

comparări obiective a ofertelor și se impune în orice etapă a procedurii. Toți ofertanții, indiferent de naționalitate, trebuie să aibă aceleași șanse în ceea ce privește formularea termenilor ofertelor[23]. Cu alte cuvinte, regulile jocului trebuie să fie cunoscute de toți potențialii ofertanți și să se aplice tuturor în același mod.

39. Potrivit instanței comunitare, respectarea principiului egalității de tratament a ofertanților implică nediscriminarea pe motiv de cetățenie sau naționalitate și o obligație de transparență care trebuie să permită autorității publice concedente să garanteze că acest principiu este respectat[24].

40. Curtea a precizat domeniul de aplicare al obligației de transparență în Hotărârile citate anterior Telaustria și Telefonadress, precum și Parking Brixen. Potrivit instanței comunitare, această obligație are ca scop, în esență, să garanteze că este înlăturat riscul de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Obligația menționată constă în garantarea, în favoarea tuturor potențialilor ofertanți, a unui nivel de publicitate adecvat al procedurii de atribuire, care să permită astfel asigurarea condițiilor concurențiale pe piață și controlul imparțialității procedurii. Aceasta presupune de asemenea ca toate condițiile și modalitățile procedurii de atribuire să fie formulate clar, precis și univoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini. Aceasta trebuie să permită tuturor ofertanților mediu informați și care dau dovadă de o diligență normală să înțeleagă întinderea exactă a acestora și să le interpreteze în același fel. De asemenea, trebuie să dea posibilitatea autorității contractante să verifice dacă ofertele ofertanților corespund efectiv criteriilor care guvernează contractul în cauză[25].

41. O examinare a jurisprudenței Curții demonstrează legătura strânsă dintre obligația de transparență și principiul egalității de tratament. Prima urmărește să asigure efectul util al celui de al doilea prin garantarea condițiilor unei concurențe corecte. Întrucât principiul egalității de tratament constituie, ca atare, un principiu general de drept comunitar, respectarea obligației de transparență, care constituie o expresie concretă și specifică a acestuia, se impune statelor membre în aceeași măsură.

23 — A se vedea Hotărârea Comisia/Belgia, citată anterior (punctele 54-56). Astfel, în această cauză, Curtea a recunoscut că principiul menționat se opune ca o entitate contractantă să ia în considerare o modificare adusă ofertelor inițiale ale unui singur ofertant, acesta din urmă fiind avantajat în raport cu concurenții săi.

24 — A se vedea Hotărârea Comisia/CAS Succhi di Frutta, citată anterior (punctul 109 și jurisprudența citată), precum și Hotărârea Parking Brixen, citată anterior (punctul 49 și jurisprudența citată).

25 — Hotărârea Telaustria și Telefonadress, citată anterior (punctele 61 și 62), precum și Hotărârea Parking Brixen, citată anterior (punctul 111).

B — *Cu privire la domeniul de aplicare al obligației de transparență*

1. Cu privire la domeniul de aplicare *ratione materiae* al obligației de transparență

42. Prin intermediul celei de a treia întrebări, instanța de trimitere solicită Curții să stabilească dacă obligația de transparență impune autorității contractante o nouă procedură de convocare la licitație în cazul în care contractantul principal, căruia i-a fost atribuită concesionarea, dorește, pentru executarea acesteia, să nu mai recurgă la serviciile subcontractantului prezentat cu ocazia depunerii ofertei.

43. Pentru a răspunde la această întrebare, considerăm important să examinăm modul în care trebuie să se aplice obligația de transparență, ținând seama de caracteristicile proprii ale concesionării de servicii. Astfel, aceasta prezintă diferențe esențiale față de contractele de achiziții publice de servicii în ceea ce privește finalitatea și modul său de executare.

44. Indiferent de gradul său de complexitate și de sofisticare, un contract de achiziții publice de servicii reprezintă, în general, achiziționarea de către o persoană juridică de drept public a unui serviciu și vizează o prestație punctuală furnizată de o întreprindere. În schimb, concesionarea de servicii reprezintă un mod de gestionare delegată a unui serviciu public, prin care persoana publică încredințează unui prestator extern administrației gestionarea unei activități de interes general și responsabilitatea acesteia față de utilizatori, și aceasta pe o durată considerabilă. Autoritatea contractantă, fie că este o colectivitate publică sau un organism de drept public, încetează să gestioneze serviciul și transferă responsabilitatea organizării acestuia către concesionar[26]. Acesta exploatează serviciul pe cheltuiala sa și își asumă riscurile legate de exploatare aferente acestuia, remunerația sa fiind asigurată prin perceperea unei redevențe plătite de utilizatorii serviciului.

45. Aplicarea dreptului comunitar acestui mod de gestionare contractuală a unui serviciu de interes general trebuie să țină seama de diferite cerințe.

46. La momentul încheierii contractului, este necesară concilierea obligației de transparență cu libertatea importantă de care dispune autoritatea contractantă în aprecierea ofertelor și în stabilirea aceleia care este cea mai avantajoasă din punct de vedere economic. Oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic este cea care aduce cel mai bun răspuns economic, în sensul global al termenului, la nevoile exprimate de

26 — Hotărârea din 26 aprilie 1994, Comisia/Italia (C-272/91, Rec., p. I-1409).

colectivitatea publică, ținând seama de criteriile care au fost reținute și de ponderea acestora. Autoritatea contractantă trebuie să poată alege prestatorul de servicii care, prin referințele sale, prin calitatea ofertei, prin cunoștințele avute în domeniu și prin încrederea pe care o inspiră, pare să aducă maximul de garanții privind buna executare a serviciului. Specificitatea concesionării de servicii autorizează, așadar, alegerea prestatorului pornind de la o gamă largă de criterii, privilegiind criteriul *intuitu personae*. Această libertate de alegere nu înseamnă totuși că atribuirea concesiunii trebuie să fie efectuată în mod arbitrar și discriminatoriu. Pentru a preveni corupția și pentru a asigura o mai mare transparență a vieții economice și a procedurilor publice, instanța a delimitat libertatea menționată întemeindu-se pe principiile care reglementează procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice. Astfel, libertatea de negociere și de decizie subzistă, însă trebuie să fie exercitată cu respectarea unei obligații prealabile de publicitate și de convocare la licitație, care să permită o selecție transparentă a candidatului și care să asigure egalitatea de tratament între ofertanți [27].

47. În continuare, în stadiul executării contractului, este necesară concilierea obligației de transparență cu interesul serviciului public, care impune, în anumite împrejurări, adaptarea și modificarea contractului.

48. Astfel cum am arătat, concesionarul preia organizarea serviciului, precum și riscurile legate de exploatare aferente acestuia. Ținând seama de caracterul complex și pe termen lung al concesionării de servicii, concesionarul trebuie să dispună de o marjă de manevră suficientă pentru a se adapta condițiilor pieței și schimbărilor care pot interveni în mediul economic, tehnic sau juridic al concesionării. Prin urmare, obligațiile imprevizibile și incidentele în executare care sunt inevitabile în investițiile de lungă durată impun părților o flexibilitate specială și un spirit de cooperare. Cauzele de renegociere a contractelor sunt, așadar, multiple. Cu toate acestea, unele pot constitui o sursă de abuzuri în cazul în care determină afectarea negativă a echilibrului obligațiilor contractuale, făcând iluzorii transparența procedurii și convocarea prealabilă la licitație a ofertanților. Prin urmare, este necesar să se aprecieze dacă modificarea vizată constituie un simplu un act adițional la contract, justificat prin motive legitime, sau dacă aceasta determină în cele din urmă încheierea unui nou contract, care, în conformitate cu principiile fundamentale ale dreptului comunitar, trebuie să facă obiectul unui grad de publicitate adecvat și al unei noi proceduri de convocare la licitație.

27 — Astfel cum a subliniat Parlamentul European, respectarea acestor norme „poate constitui un instrument eficient pentru prevenirea restricțiilor inoportune asupra concurenței, permițând în același timp autorităților publice să stabilească și să controleze ele însele condițiile care trebuie îndeplinite în ceea ce privește calitatea, disponibilitatea, normele sociale și protecția mediului” (Rezoluția Parlamentului European privind Cartea verde a serviciilor de interes general [P5_TA(2004)0018], punctul 32).

49. În Hotărârea Comisia/Franța[28], Curtea a statuat că modificările aduse unui contract de achiziții publice în perioada în care își produce efectele reprezintă o nouă atribuire a unui contract dacă acestea „prezintă caracteristici diferite în mod substanțial [de negocierile] purtate deja și, în consecință, sunt de natură să demonstreze voința părților de a renegocia clauzele esențiale ale contractului”[29].

50. Curtea a precizat domeniul de aplicare al acestui motiv în Hotărârea pressetext Nachrichtenagentur[30], referindu-se la patru categorii de situații în care acest tip de modificări poate fi considerat substanțial.

51. Prima situație este aceea în care modificarea introduce în contract condiții care, dacă ar fi fost incluse în procedura de atribuire inițială, ar fi permis acceptarea altor ofertanți decât cei admiși inițial sau ar fi permis selectarea unei alte oferte decât cea reținută inițial.

52. A doua situație este aceea în care modificarea extinde contractul, într-o măsură importantă, la servicii care nu au fost prevăzute inițial.

53. A treia situație privește un caz în care modificarea schimbă echilibrul economic al contractului în favoarea adjudecatarului contractului, într-un mod care nu fusese prevăzut în clauzele contractului inițial.

54. În sfârșit, a patra situație privește cazul în care partenerul contractual căruia autoritatea contractantă îi atribuise inițial contractul este înlocuit cu unul nou. Această modificare constituie o schimbare a uneia dintre clauzele esențiale ale contractului de achiziții publice, cu excepția, în opinia Curții, a situației în care această „substituire a fost prevăzută în clauzele contractului inițial, spre exemplu, ca o subcontractare”.

55. Astfel cum am arătat, contractul de concesionare de servicii încheiat între Stadt Frankfurt am Main și FES autorizează, la articolul 30 IV, schimbarea subcontractantului, cu condiția ca autoritatea contractantă să fie de acord cu aceasta. În speță, această procedură a fost respectată.

56. În prezenta cauză, problema care se ridică este, așadar, dacă, în pofida existenței acestei clauze și a respectării procedurii aferente, schimbarea subcontractantului constituie, în sensul jurisprudenței comunitare,

28 — Hotărârea din 5 octombrie 2000 (C-337/98, Rec., p. I-8377).

29 — Punctele 44 și 46.

30 — Hotărârea din 19 iunie 2008 (C-454/06, Rep., p. I-4401, punctele 35-37 și 40).

o schimbare a uneia dintre clauzele esențiale ale concesionării de servicii în cauză.

57. Această apreciere este delicată, în măsura în care chiar Stadt Frankfurt am Main a fost de acord cu modificarea menționată, considerând că standardele indicate în caietul de sarcini ar fi respectate. Totuși, ținând seama de împrejurările specifice în care s-a produs această schimbare, considerăm că instanța națională trebuie să se asigure că actul prin care colectivitatea a autorizat această schimbare nu conduce la eludarea principiului egalității de tratament a ofertanților și a obligației de transparență care decurge din acesta.

58. În vederea acestei analize, considerăm important să amintim condițiile în care concesionarul poate recurge la subcontractare.

59. Ținând seama de complexitatea și de durata contractelor de concesionare, concesionarul poate decide să subcontracteze executarea unei părți sau a întregului contract încheiat cu autoritatea contractantă. Este recunoscut faptul că alegerea subcontractantului este un act discreționar care ține de prerogativele contractantului. Această libertate de alegere este corolarul normei potrivit căreia concesionarul păstrează întreaga responsabilitate pentru executarea concesionării, subcontractantul nefiind legat, de altfel, decât de acesta printr-un contract care, fiind încheiat între două persoane private, este de drept privat.

60. Cu toate acestea, pentru a fi legală, subcontractarea trebuie să facă obiectul unei acceptări de către autoritatea contractantă, fie cu ocazia încheierii contractului, fie în cursul executării acestuia. Cu această ocazie, autoritatea contractantă controlează capacitățile tehnice și economice ale subcontractantului [31].

61. În cazul în care subcontractantul este prezentat cu ocazia depunerii ofertei, notificarea concesionării are drept efect acceptarea subcontractantului. În general, autoritatea contractantă poate refuza acceptarea unei întreprinderi în calitate de subcontractant atunci când aceasta se află, de exemplu, într-o situație nelegală pe plan fiscal sau social sau atunci când aceasta nu dispune de capacități suficiente pentru a realiza executarea prestațiilor care îi sunt încredințate.

31 — A se vedea Hotărârea din 18 martie 2004, Siemens și ARGE Telekom (C-314/01, Rec., p. I-2549, punctele 45 și 46), privind o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice.

62. Subcontractarea nu este limitată la cea anunțată cu ocazia depunerii ofertei. În cursul executării contractului, contractantul principal poate recurge la alți subcontractanți sau poate schimba subcontractanți pentru motive legitime legate, de exemplu, de calitatea efectivă a prestațiilor sale sau de situația sa financiară. Aceasta îi permite să își adapteze prestațiile sau să renunțe, în conformitate cu dispozițiile subcontractării, la o întreprindere a cărei prestație nu este satisfăcătoare.

63. Atunci când schimbarea subcontractantului este prevăzută în clauzele contractului și atunci când însăși autoritatea contractantă este de acord cu aceasta, este dificil, în principiu, să se susțină că această schimbare modifică, în sine, o clauză esențială a concesionării și că impune o nouă procedură de convocare la licitație.

64. Astfel, dându-și acordul, autoritatea contractantă consideră că identitatea subcontractantului nu este esențială în raport cu obiectul concesionării și că prestațiile încredințate contractantului principal vor fi realizate în conformitate cu caietul de sarcini, independent de această modificare. O astfel de situație poate fi întâlnită în cazul în care pe piața în cauză există numeroase întreprinderi care oferă prestații de o natură și calitate echivalente.

65. În plus, în cazul în care autoritatea contractantă prevede că anumite condiții de acordare a contractului pot fi ajustate după alegerea concesionarului și în cazul în care prevede în mod expres în caietul de sarcini această posibilitate de adaptare, precum și modalitățile de aplicare, atunci toate întreprinderile interesate să participe la concesionare au cunoștință de acest fapt de la bun început și se află, astfel, pe o poziție de egalitate la momentul formulării ofertelor.

66. Totuși, această modificare a contractului de concesionare poate fi criticabilă într-o situație precum cea în discuție în acțiunea principală.

67. Astfel, schimbarea subcontractantului intervine fără un motiv legitim, după încheierea contractului și înaintea executării primelor prestații, deși concesionarul s-a prevalat de renumele și de expertiza tehnică a subcontractantului în momentul depunerii ofertei sale.

68. În opinia noastră, o astfel de practică, deși este admisă de autoritatea contractantă,

încalcă obligația de transparență și principiul egalității de tratament a ofertanților. Acționând astfel, autoritatea contractantă sustrage oferta FES, astfel cum a fost modificată, de la o examinare serioasă și transparentă a diferitelor candidaturi, ceea ce îi poate conferi întreprinderii un avantaj nejustificat în vederea obținerii contractului.

69. În primul rând, nu este exclus ca Stadt Frankfurt am Main să fi preferat o altă ofertă decât cea prezentată inițial de FES în cazul în care aceasta nu s-ar fi prevalat, în temeiul subcontractării prestațiilor publicitare, de numeroasele calități ale reclamantei, o „parteneră […] performant[ă] și experimentat[ă]”, o „specialistă a domeniului publicitar experimentată și activă pe plan mondial”, ale cărei „produse [sunt] moderne și estetice”[32].

70. Reiese cu claritate din ordonanța de trimitere că prezentarea reclamantei drept subcontractant a permis FES să obțină contractul de concesionare în cauză. Astfel, alegerea FES a avut loc ținând seama de pretențiile sale în materie publicitară, întrucât aceasta a obținut, în temeiul criteriului de atribuire, 27,3 puncte, în timp ce principala sa concurentă, care este intervenientă în prezenta cauză, a obținut 20,1 puncte. În ceea ce privește celelalte criterii, Stadt Frankfurt am Main a acordat același punctaj, dacă nu chiar un punctaj mai mare, intervenientei. Prin urmare, din documentele de care dispunem rezultă că prezența reclamantei în oferta globală a FES a avut un caracter hotărâtor în acordarea concesionării.

71. În al doilea rând, comportamentul FES, care, după obținerea contractului de concesionare, continuă negocierile privind subcontractarea prestațiilor publicitare și a furnizării de module de toaletă[33], pentru ca, în cele din urmă, să înlăture reclamanta fără niciun motiv legitim[34], arată că oferta sa inițială, astfel cum a fost acceptată de Stadt Frankfurt am Main, era o ofertă de fațadă, a cărei economie globală nu avea drept scop decât eliminarea concurenților semnificativi pentru a obține concesionarea, însă cu voința, manifestată imediat, de a o executa ulterior în condiții economice și tehnice diferite de cele prezentate în ofertă, singurele care au făcut obiectul concurenței.

72. Prin urmare, având în vedere ansamblul acestor elemente, astfel cum reies din

32 — Ordonanța de trimitere, p. 5 și 6.

33 — În timp ce contractul de concesionare a fost încheiat cu Stadt Frankfurt am Main la 20 și la 22 iulie 2004, FES a invitat reclamanta și intervenienta să depună oferte pentru prestațiile publicitare și pentru furnizarea de module de toaletă la 5 ianuarie 2005 și, respectiv, la 28 iulie 2005. În această etapă, reclamanta a fost înlăturată ca subcontractantă.

34 — În speță, nu vedem niciun element în dosar care să permită să se considere că FES putea invoca un motiv legitim pentru a nu recurge la serviciile subcontractantului pe care l-a prezentat cu ocazia depunerii ofertei sale. Astfel cum arată instanța de trimitere, această schimbare este de neînțeles, în măsura în care reclamanta a propus FES o remunerație anuală mult superioară celei a intervenientei.

ordonanța de trimitere, considerăm că această schimbare a subcontractantului, intervenită chiar înaintea executării primelor prestații și fără să fi fost invocată nici cea mai mică dificultate de ordin tehnic sau financiar, trebuia în mod obligatoriu să fie precedată de o nouă procedură de convocare la licitație. Prin autorizarea unei astfel de schimbări a subcontractantului fără să fie îndeplinite cerințele de publicitate și de asigurare a concurenței impuse de dreptul comunitar, Stadt Frankfurt am Main a încălcat, așadar, în opinia noastră, obligația de transparență.

73. Astfel, cu toate că, în cadrul concesionărilor, fondurile publice sunt implicate în mod efectiv mai puțin decât în cadrul contractelor de achiziții publice, nu este mai puțin adevărat că procedura de atribuire a unei concesionări de servicii trebuie să garanteze colectivităților publice, precum și utilizatorilor, cea mai bună calitate a serviciului, și aceasta pe baza unei aprecieri serioase și transparente a diferitelor candidaturi, care respectă principiul egalității de tratament a ofertanților.

74. În cazul în care instanța de trimitere, având în vedere ansamblul elementelor dosarului, ar confirma această analiză a faptelor, considerăm că aceasta ar trebui să stabilească toate consecințele care decurg dintr-o astfel de încălcare.

75. În consecință, propunem Curții să răspundă instanței de trimitere că atunci când, în cadrul unei proceduri de atribuire a unei concesionări de servicii, identitatea subcontractantului este un element esențial pe care autoritatea contractantă s-a întemeiat pentru a atribui concesionarea, obligația de transparență impune statelor membre să organizeze o nouă procedură de convocare la licitație în cazul în care concesionarul dorește să efectueze o schimbare a subcontractantului chiar înaintea executării primelor prestații și fără să fi fost invocate motive legitime. Revine instanței naționale competente sarcina de a aprecia dacă numele, renumele și expertiza tehnică ale subcontractantului pe care FES l-a prezentat cu ocazia depunerii ofertei sale au constituit un element esențial pe care Stadt Frankfurt am Main s-a întemeiat pentru a atribui concesiunea acestei întreprinderi.

2. Cu privire la domeniul de aplicare *ratione personae* al obligației de transparență

76. Prin intermediul celei de a cincea întrebări, instanța de trimitere solicită să se stabilească dacă o întreprindere precum FES, având în vedere caracteristicile acesteia expuse în decizia de trimitere, trebuie considerată o „autoritate contractantă" în sensul articolului 1 litera (b) din Directiva 92/50 sau o „întreprindere publică" în sensul articolului 2 din Directiva 80/723, care, ca atare, ar fi supusă respectării obligației de transparență cu ocazia atribuirii unei concesionări de servicii.

77. Instanța de trimitere se referă la directivele menționate mai sus în măsura în care, în ceea ce privește concesionările de servicii, niciun text de drept derivat nu a definit cu precizie entitățile care sunt supuse obligației de transparență.

78. Considerăm că lipsa unei astfel de reglementări nu cauzează prejudicii, întrucât principiile care au fost evidențiate cu privire la acest aspect în cadrul contractelor de achiziții publice pot fi, în opinia noastră, transpuse concesionărilor de servicii.

79. Astfel, considerăm important să fie reținută o definiție uniformă a noțiunii de autoritate contractantă, în măsura în care se consideră că această noțiune vizează toate entitățile publice care pot încredința prestarea de activități economice unui terț, și aceasta indiferent de tipul de contract încheiat, fie în domeniul contractelor de achiziții publice, fie în cel al concesionărilor de servicii publice. În această privință, este interesant să amintim că domeniul de aplicare al Directivei 92/50 este stabilit nu numai în funcție de natura operațiunii în cauză, ci și în funcție de personalitatea celui care o propune, deoarece toate contractele încheiate de o autoritate contractantă trebuie să fie atribuite în conformitate cu principiile stabilite de această directivă.

80. În schimb, considerăm că referirea la noțiunea „întreprindere publică" prevăzută la articolul 2 din Directiva 80/723, referitoare, reamintim, la transparența relațiilor financiare dintre statele membre și întreprinderile publice, este mult mai puțin relevantă. Ținând seama de elementele pe care le vom prezenta în cadrul examinării referitoare la noțiunea de organism de drept public, instanța națională va putea totuși să aprecieze, în cazul în care ar considera necesar, dacă o întreprindere precum FES poate fi calificată drept „întreprindere publică"[35].

a) Cu privire la noțiunea „organism de drept public" în sensul Directivei 92/50

81. Înainte de a aminti diferitele condiții prevăzute de Directiva 92/50 pentru ca o entitate să fie calificată drept „autoritate contractantă", este interesant de subliniat, cu titlu introductiv, faptul că FES este o întreprindere cu capital mixt înființată în cadrul unui parteneriat public-privat[36]. Stadt Frankfurt am Main deține 51 % din acțiunile acestei întreprinderi.

35 — Condițiile prevăzute la articolul 2 din Directiva 80/723 pentru ca o entitate să fie calificată drept „întreprindere publică" coincid cu cele prevăzute la articolul 1 din Directiva 92/50 pentru ca o entitate să fie calificată drept „autoritate contractantă".

36 — A se vedea în această privință pagina de internet a întreprinderii: www.fes-frankfurt.de/profil (rubricile „profil" și „chronik").

82. Această cauză oferă, așadar, Curții oportunitatea de a preciza dacă o astfel de entitate poate constitui un „organism de drept public” în sensul Directivei 92/50, supus, ca atare, respectării principiilor fundamentale ale tratatului.

83. Înainte de a începe această examinare, este necesar să se precizeze semnificația noțiunii de parteneriat public-privat.

84. Acest parteneriat este un mecanism care asociază un capital public majoritar în mod normal și un capital privat minoritar într-o structură juridică supusă, în principiu, normelor comune de drept comercial. Partenerii publici și privați stabilesc astfel o entitate cu capital mixt, care poate lua forma unei societăți cu capital mixt, în măsură să execute contracte de achiziții publice sau să preia, în cadrul unei concesionări, un serviciu public local. Astfel cum a arătat Comisia într-o comunicare recentă[37], caracteristica acestei colaborări, de cele mai multe ori pe termen lung, este reprezentată de rolul partenerului privat, care participă în diferite etape ale proiectului respectiv (concepție, execuție și exploatare), este expus riscurilor asumate în mod tradițional de sectorul public și contribuie adesea la finanțarea proiectului[38].

85. Nu este mai puțin adevărat că această entitate cu capital mixt nu constituie, în sensul jurisprudenței Curții, o structură de gestiune „internă” a unui serviciu al colectivității publice. Astfel, atunci când autoritatea contractantă atribuie un contract de achiziții publice sau o concesionare acestui tip de entitate, aceasta trebuie să respecte toate reglementările aplicabile contractelor de achiziții publice și concesionărilor, fie că decurg din tratat sau din dreptul derivat[39].

86. În continuare, trebuie examinate diferitele condiții prevăzute la articolul 1 litera (b) din Directiva 92/50 pentru ca o entitate să fie calificată drept „organism de drept public”.

87. Potrivit articolului 1 litera (b) al doilea paragraf din Directiva 92/50, un organism de drept public este un organism care trebuie să aibă personalitate juridică, să fi fost înființat pentru obiectivul specific de a satisface nevoi de interes general care nu au un caracter industrial sau comercial și ale cărui activități, finanțare sau organe de conducere se află într-o strânsă dependență față de stat,

37 — Comunicarea interpretativă a Comisiei privind aplicarea dreptului comunitar în domeniul contractelor de achiziții publice și al concesiunilor în cazul parteneriatelor public-privat instituționalizate (PPPI) din 5 februarie 2008 [C(2007) 6661].

38 — Pagina 2.

39 — Începând cu Hotărârea din 11 ianuarie 2005, Stadt Halle și RPL Lochau (C-26/03, Rec., p. I-1), referitoare la atribuirea unui contract de achiziții publice în favoarea unei societăți cu capital mixt, Curtea a considerat că participarea unei întreprinderi private, fie și minoritară, la capitalul unei societăți la care participă de asemenea autoritatea contractantă în cauză exclude ca această autoritate contractantă să poată exercita asupra acestei societăți un control similar celui pe care îl exercită asupra propriilor servicii (punctul 49). A se vedea de asemenea Hotărârea ANAV, citată anterior (punctele 30-32 și jurisprudența citată).

față de o colectivitate teritorială sau față de un alt organism de drept public.

88. Potrivit unei jurisprudențe constante a Curții, aceste trei condiții au caracter cumulativ, astfel încât, în lipsa uneia dintre aceste condiții, un organism nu poate fi calificat drept „organism de drept public" și, prin urmare, drept „autoritate contractantă" în sensul Directivei 92/50[40].

89. Mai mult, având în vedere obiectivul directivelor privind atribuirea contractelor de achiziții publice, Curtea consideră că noțiunea de organism de drept public trebuie să beneficieze de o interpretare funcțională[41].

b) Cu privire la examinarea elementelor constitutive ale unui organism de drept public

90. În speță, personalitatea juridică a FES nu este contestată. Îndoielile apar cu privire la celelalte două cerințe stabilite de Directiva 92/50.

i) Cu privire la aptitudinea FES de a satisface în mod specific nevoi de interes general care nu au un caracter industrial sau comercial

91. Mai întâi, este cert că FES a fost înființată pentru a satisface în mod specific nevoi de interes general[42], deoarece i-a fost încredințată, de la început, gestionarea și eliminarea deșeurilor, precum și curățenia urbană pe teritoriul Stadt Frankfurt am Main[43]. Aceste activități sunt în mod incontestabil de interes general. Astfel cum a statuat deja Curtea în Hotărârea BFI Holding[44], aceste nevoi fac parte dintre cele care nu pot fi satisfăcute în totalitate de către întreprinderi private, în măsura în care sunt considerate necesare din motive de sănătate publică și de protecție a mediului, motiv pentru care statul urmărește să păstreze, în privința acestora, o influență decisivă[45].

92. Trebuie să se verifice, în continuare, dacă astfel de nevoi de interes general au

40 — A se vedea Hotărârea din 11 iunie 2009, Hans & Christophorus Oymanns (C-300/07, Rep., p. I-4779, punctul 48 și jurisprudența citată).

41 — Hotărârea din 10 aprilie 2008, Ing. Aigner (C-393/06, Rep., p. I-2339, punctul 37 și jurisprudența citată).

42 — Potrivit unei jurisprudențe consacrate, trebuie să fie vorba de nevoi pe care, pentru motive care țin de interesul general, statul sau o colectivitate teritorială aleg în general să le satisfacă ele însele sau în privința cărora acestea înțeleg să păstreze o influență determinantă (Hotărârea Ing. Aigner, citată anterior, punctul 40 și jurisprudența citată). Astfel, Curtea a recunoscut că aceasta este situația fabricării actelor oficiale precum pașapoartele, permisele de conducere sau cărțile de identitate (Hotărârea din 15 ianuarie 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria și alții, C-44/96, Rec., p. I-73), a întreținerii pădurilor naționale (Hotărârea din 17 decembrie 1998, Comisia/Irlanda, C-353/96, Rec., p. I-8565), a administrării unei universități (Hotărârea din 3 octombrie 2000, University of Cambridge, C-380/98, Rec., p. I-8035) sau chiar a gestionării unei rețele publice de telecomunicații (Hotărârea Telaustria și Telefonadress, citată anterior).

43 — În Hotărârea din 12 decembrie 2002, Universale-Bau și alții (C-470/99, Rec., p. I-11617), Curtea a recunoscut că organismului nu trebuie să i se fi încredințat neapărat această misiune de la început.

44 — Hotărârea din 10 noiembrie 1998 (C-360/96, Rec., p. I-6821).

45 — Punctele 51-53.

un alt caracter decât industrial sau comercial. Această problemă este, în schimb, mai delicată.

93. Există o jurisprudență bogată cu privire la modul în care trebuie apreciată existența acestor nevoi[46]. Potrivit Curții, este necesară luarea în considerare a tuturor elementelor de drept și de fapt care se pot dovedi pertinente, precum împrejurările care au putut sta la baza înființării organismului respectiv sau condițiile în care acesta își desfășoară activitatea. În această privință, Curtea precizează că trebuie să se verifice dacă acest organism își desfășoară activitățile în condiții normale de piață[47]. În acest scop, Curtea examinează situația concurenței pe piața produselor și a serviciilor pentru care organismul respectiv a fost înființat. Deși existența concurenței poate constitui un indiciu al faptului că o nevoie de interes general prezintă un caracter industrial sau comercial, acest indiciu nu este suficient[48]. Este necesar, în plus, să se examineze dacă organismul urmărește un scop lucrativ, dacă suportă pierderile legate de exercitarea activității sale și dacă beneficiază de o finanțare publică pentru exercitarea activității în cauză[49].

46 — Facem referire în special la Hotărârea din 10 mai 2001, Agorà și Excelsior (C-223/99 și C-260/99, Rec., p. I-3605), la Hotărârea din 27 februarie 2003, Adolf Truley (C-373/00, Rec., p. I-1931), la Hotărârea din 22 mai 2003, Korhonen și alții (C-18/01, Rec., p. I-5321), și la Hotărârile citate anterior BFI Holding, Mannesmann Anlagenbau Austria și alții, precum și Ing. Aigner.

47 — Hotărârea Ing. Aigner, citată anterior (punctul 41 și jurisprudența citată).

48 — În Hotărârea Adolf Truley, citată anterior, Curtea a considerat că existența unei concurențe dezvoltate nu permite, prin ea însăși, să se concluzioneze în sensul absenței unei nevoi de interes general care nu are un caracter industrial sau comercial (punctul 61).

49 — Hotărârea Korhonen și alții, citată anterior (punctele 55-59).

94. Nu dispunem de elemente suficiente în dosar pentru a aprecia în mod just ansamblul acestor împrejurări. Revine instanței de trimitere, singura care posedă o cunoaștere aprofundată a dosarului, sarcina de a le examina. Indicăm totuși câteva elemente utile.

95. În ceea ce privește împrejurările care au stat la baza înființării acestui organism, considerăm că este important să ținem seama de particularitățile pieței colectării și a tratării deșeurilor, care este una dintre activitățile pentru care FES a fost înființată.

96. Piața colectării și a tratării deșeurilor s-a dezvoltat în mod considerabil, în special prin consolidarea cadrului normativ privind gestionarea, recuperarea deșeurilor și prevenirea poluării mediului. Această consolidare a avut drept consecință directă creșterea costurilor colectării și tratării deșeurilor, făcând în același timp activitatea mai complexă și mai tehnică. Confruntate cu aceste constrângeri, cea mai mare parte a colectivităților locale au ales să delege această activitate unor întreprinderi specializate, care au putut profita pe deplin de dezvoltarea acestei piețe.

97. Aceste elemente ne conduc la ideea că înființarea acestei entități nu a fost, așadar, motivată de obținerea de profit. Deși activitatea menționată generează, în realitate, profituri importante, nu este mai puțin adevărat că obținerea de profit nu constituia, în orice caz, obiectivul principal al înființării FES. Elementele menționate sunt *a fortiori* valabile pentru activitățile de curățenie urbană, care, spre deosebire de activitățile de colectare și de tratare a deșeurilor, permit recuperarea în mai mică măsură.

98. În ceea ce privește condițiile în care FES își desfășoară activitatea și, în special, nivelul concurenței în sectoarele colectării și tratării deșeurilor, precum și în cel al curățeniei urbane, instanța de trimitere ar trebui să examineze dacă FES evoluează pe o piață concurențială în care își desfășoară activitățile concurenți veritabili sau dacă aceasta se află, dimpotrivă, într-o situație de cvasimonopol de fapt legată, de exemplu, de statutul său de „operator istoric”[50] sau de existența unor bariere la intrarea pe piață. Lipsa unei concurențe reale nu este o condiție necesară pentru calificarea FES drept organism de drept public, ci ar putea constitui un indiciu în susținerea faptului că FES participă la satisfacerea unei nevoi de interes general lipsite de caracter industrial sau comercial.

99. În plus, faptul că FES desfășoară, în afara misiunii sale de interes general, alte activități cu scop lucrativ nu este relevant pentru soluționarea litigiului din acțiunea principală. Astfel, Curtea se pronunță în sensul că respectiva calitate de organism de drept public nu depinde de importanța relativă a satisfacerii unor nevoi de interes general care nu au un caracter industrial sau comercial în activitatea organismului respectiv. Dacă întreprinderea continuă să fie responsabilă de aceste nevoi, în acest caz, Curtea consideră ca fiind lipsit de relevanță faptul că întreprinderea desfășoară alte activități cu scop lucrativ, indiferent de ponderea acestor activități în cifra de afaceri totală a întreprinderii[51].

100. Pe de altă parte, deși FES prezintă, pe plan juridic, puține diferențe față de o societate pe acțiuni deținută de operatori privați, în măsura în care aceasta suportă riscurile economice legate de activitatea sa și de asemenea poate fi declarată în faliment, din ordonanța de trimitere reiese că Stadt Frankfurt am Main nu ar permite apariția unei asemenea situații. Subliniem, în plus, că această colectivitate percepe de la cei administrați o taxă comunală pentru a finanța plățile făcute către FES pentru eliminarea deșeurilor și curățarea străzilor.

50 — Precizăm, potrivit paginii de internet a FES, că această întreprindere își are originile în Oficiul Municipal pentru Gestionarea Deșeurilor și Curățarea Urbană.

51 — Hotărârea Mannesmann Anlagenbau Austria și alții, citată anterior (punctele 25, 26 și 31), Hotărârea BFI Holding, citată anterior (punctele 55 și 56), precum și Hotărârea Ing. Aigner, citată anterior (punctul 47 și jurisprudența citată).

101. Având în vedere aceste elemente, am fi, așadar, înclinați să considerăm că FES a fost înființată pentru a satisface în mod specific nevoi de interes general care nu au un caracter industrial sau comercial.

102. Totuși, pentru a identifica natura exactă a nevoilor asumate de această întreprindere, revine instanței de trimitere, singura care dispune de elementele relevante, sarcina de a aprecia condițiile în care FES își desfășoară activitatea și, în special, nivelul concurenței în sectoarele pentru care această întreprindere a fost înființată.

ii) Cu privire la condiția referitoare la o dependență strânsă a organismului față de stat, față de o colectivitate teritorială sau față de alte organisme de drept public

103. Reamintim că, potrivit articolului 1 litera (b) al doilea paragraf a treia liniuță din Directiva 92/50, această condiție are în vedere următoarele trei criterii alternative:

— activitatea sa să fie finanțată în cea mai mare parte de stat, de colectivitățile teritoriale sau de alte organisme de drept public,

— gestionarea sa să facă obiectul controlului acestora din urmă,

— consiliul său de administrație, de conducere sau de supraveghere să fie alcătuit din membri desemnați în proporție de peste 50 % de către stat, de colectivitățile teritoriale sau de alte organisme de drept public.

104. Este cert că Stadt Frankfurt am Main deține 51 % din capitalul FES, cu alte cuvinte majoritatea acestuia. Cu toate că din această deținere se poate prezuma efectiv o influență dominantă a colectivității publice asupra întreprinderii, nu este evident că această influență se exprimă în modalitățile de funcționare și de gestionare ale acesteia.

105. Vom examina, mai întâi, modalitățile de gestionare a acestei întreprinderi, în măsura în care Stadt Frankfurt am Main dispune de un drept de veto în adunarea generală, care, potrivit modalităților în care este exercitat, poate conferi colectivității un control *de facto* asupra gestionării întreprinderii.

— Cu privire la criteriul referitor la controlul gestionării organismului în cauză

106. Potrivit unei jurisprudențe constante, acest criteriu vizează cazul în care un organism se află într-o situație de dependență față de autoritățile publice, echivalentă cu cea care există în cazul în care unul dintre celelalte două criterii alternative este îndeplinit. Această dependență trebuie să permită autorităților publice să influențeze deciziile acestui organism în materie de achiziții publice[52] sau, prin analogie, în materie de concesionări.

107. Hotărârea Adolf Truley, citată anterior, reprezintă o ilustrare a cazurilor în care Curtea se pronunță în sensul că acest criteriu este îndeplinit. În această cauză, oficiul de control al colectivității publice era abilitat să verifice atât bilanțul anual al organismului respectiv, cât și gestiunea în curs, din perspectiva exactității valorilor, a legalității, a obținerii de economii, a rentabilității și a eficienței. Acest oficiu era autorizat, pe de altă parte, să viziteze incintele de exploatare și instalațiile acestui organism și putea să raporteze rezultatele acestor controale în fața organelor competente, precum și a acționarilor societății și a colectivității. Potrivit Curții, astfel de prerogative permiteau, așadar, un control activ al colectivității publice asupra gestionării organismului respectiv.

108. În cadrul prezentei cauze, instanța de trimitere trebuie să țină seama de ansamblul împrejurărilor de fapt sau de drept care ar putea permite Stadt Frankfurt am Main să exercite o influență decisivă asupra activității FES. În speță, considerăm că aceasta ar trebui să analizeze modalitățile în care această colectivitate exercită, în adunarea generală a acestei întreprinderi, dreptul de veto asociat participației sale majoritare. În această privință, instanța de trimitere trebuie să examineze importanța acestui drept, luând în considerare deciziile în privința cărora poate fi aplicat și examinând eventualele condiții restrictive pentru utilizarea acestuia.

109. Astfel, deși colectivitatea nu poate impune decizii[53], nu este mai puțin adevărat că aceasta poate exercita un control exclusiv asupra FES, în cazul în care este în măsură să se opună deciziilor strategice ale întreprinderii referitoare la politica comercială a acesteia, la numirea administratorilor, la buget sau la planul de afaceri. În cazul în care instanța de trimitere demonstrează că Stadt Frankfurt am Main poate, prin exercitarea dreptului său de veto, să se opună unor decizii esențiale pentru strategia comercială a FES și să provoace o situație de blocaj a procesului decizional al acestei întreprinderi, atunci Stadt Frankfurt am Main dispune de o influență decisivă asupra gestionării FES și, prin urmare, de un control *de facto*.

52 — A se vedea Hotărârea Adolf Truley, citată anterior (punctul 69 și jurisprudența citată).

53 — Subliniem că adunarea generală a FES poate adopta decizii numai cu o majoritate de trei pătrimi. Deși Stadt Frankfurt am Main deține 51 % din capitalul întreprinderii respective, această participație nu este, așadar, suficientă pentru a-i permite să adopte singur decizii în cadrul acestei adunări.

110. În aceste condiții, pentru a identifica cu exactitate măsura în care gestionarea FES este controlată de Stadt Frankfurt am Main, revine instanței de trimitere sarcina de a aprecia în ce măsură colectivitatea publică poate exercita o influență decisivă asupra gestionării întreprinderii prin intermediul dreptului de veto care îi este recunoscut în calitate de acționar majoritar.

111. În cazul în care instanța de trimitere ar considera că acest drept de veto nu permite Stadt Frankfurt am Main să controleze gestionarea întreprinderii respective, aceasta trebuie să analizeze celelalte două criterii.

— Cu privire la criteriul referitor la finanțarea în cea mai mare parte de către colectivitatea teritorială

112. Curtea a precizat domeniul de aplicare al acestei condiții în Hotărârea University of Cambridge, citată anterior. Potrivit acesteia, numai prestațiile care finanțează sau susțin, prin intermediul unui ajutor financiar acordat fără contraprestație specifică, activitățile entității vizate pot fi calificate drept „finanțare publică". În schimb, sumele pe care o autoritate contractantă le plătește în schimbul unor prestații contractuale nu se încadrează în această categorie[54].

113. Curtea a arătat de asemenea că termenul „în cea mai mare parte" trebuie să fie interpretat în sensul de „mai mult de jumătate" și că aprecierea acestui procent referitor la finanțarea publică trebuie să privească toate veniturile de care beneficiază organismul în cauză, inclusiv cele ce rezultă dintr-o activitate comercială, și că acest calcul trebuie efectuat anual.

114. În speță, reiese din ordonanța de trimitere că mai mult de jumătate din cifra de afaceri anuală a FES provine din contracte sinalagmatice încheiate cu Stadt Frankfurt am Main pentru colectarea și tratarea deșeurilor, precum și pentru curățenia urbană. Prin urmare, sumele pe care această colectivitate le plătește reprezintă contraprestația pentru prestațiile contractuale furnizate de FES, iar colectivitatea respectivă are, desigur, un interes economic în îndeplinirea acestora. Deși o astfel de relație contractuală poate determina efectiv o dependență a FES față de colectivitate, această dependență este, în opinia Curții, de altă natură decât cea care rezultă

54 — Punctele 21 și 24. În această cauză, finanțarea publică corespundea burselor destinate studenților și subvențiilor plătite pentru promovarea activităților de cercetare ale universității, iar nu plăților efectuate de către stat în schimbul prestărilor de servicii efectuate de către universitate.

dintr-o simplă prestație de susținere și trebuie asimilată celei care există în cadrul relațiilor comerciale normale[55].

115. Având în vedere aceste elemente, considerăm că plățile efectuate de Stadt Frankfurt am Main către FES nu constituie, așadar, o finanțare publică în sensul jurisprudenței citate anterior.

— Cu privire la criteriul referitor la componența organului de administrație, de conducere sau de supraveghere

116. Ordonanța de trimitere nu precizează componența și modul de numire a membrilor consiliului de administrație și a membrilor din conducerea FES. Instanța de trimitere indică numai că Stadt Frankfurt am Main numește un sfert din membrii consiliului de supraveghere, precum și pe președintele acestuia, care, în caz de egalitate de voturi, dispune de votul decisiv[56]. Prin urmare, acest lucru nu este suficient pentru a permite îndeplinirea acestui criteriu.

117. Având în vedere ansamblul acestor elemente, considerăm că o entitate cu capital mixt, precum FES, înființată în cadrul unui parteneriat cu Stadt Frankfurt am Main, constituie un „organism de drept public" în sensul articolului 1 litera (b) al doilea paragraf din Directiva 92/50, în cazul în care se demonstrează, pe de o parte, că această entitate satisface nevoi de interes general care nu au un caracter industrial sau comercial și, pe de altă parte, că gestionarea și conducerea acesteia se află într-o strânsă dependență față de colectivitatea publică.

118. Entitatea menționată răspunde unor nevoi de interes general în sensul articolului 1 litera (b) al doilea paragraf prima liniuță din Directiva 92/50 atunci când este responsabilă de colectarea și tratarea deșeurilor, precum și de curățenia urbană pe teritoriul

55 — Hotărârea University of Cambridge, citată anterior (punctul 25).

56 — Acest consiliu, astfel cum indică însăși denumirea sa, are misiunea de a controla și de a supraveghea gestionarea societății. Foarte adesea, consiliul de supraveghere poate asigura un control de oportunitate, precum și un control al legalității, prin efectuarea în special a verificărilor pe care le consideră oportune sau prin prezentarea în fața adunării generale a observațiilor sale cu privire la conturile anuale ale societății. De asemenea, acesta poate dispune de atribuții speciale care să îi permită, de exemplu, să numească membri ai consiliului de administrație ori pe președintele acestuia sau chiar să autorizeze cesionarea participațiilor. În general, președintele consiliului de supraveghere exercită două tipuri de funcții, cea de convocare a consiliului și cea de supraveghere a dezbaterilor. Rolul și funcțiile consiliului de supraveghere sunt prevăzute de lege și codificate în statutul societății, de care nu dispunem (a se vedea Cozian, M., Viandier, A., și Deboissy, F., *Droit des sociétés*, ediția a 17-a, Litec, Paris, 2004, p. 286 și 287).

colectivității publice. Pentru a evalua dacă aceste nevoi sunt lipsite de caracter industrial sau comercial, instanța națională competentă va trebui să aprecieze condițiile în care FES își desfășoară activitatea și, în special, nivelul concurenței în aceste sectoare.

119. O astfel de entitate se află într-o strânsă dependență față de colectivitatea publică în sensul articolului 1 litera (b) al doilea paragraf a treia liniuță din Directiva 92/50 atunci când gestionarea și organele sale de conducere, de administrație sau de supraveghere sunt controlate de aceasta din urmă. Pentru a identifica cu exactitate măsura în care gestionarea FES este controlată de Stadt Frankfurt am Main, va reveni instanței naționale competente sarcina de a aprecia în ce măsură colectivitatea publică poate, prin intermediul dreptului de veto de care dispune în cadrul adunării generale sau prin compunerea organelor menționate ale întreprinderii, să asigure un control activ asupra gestionării acestei entități și să influențeze, în același mod, deciziile acesteia în materie de atribuire a concesionărilor de servicii.

C — *Cu privire la competența instanței naționale de a dispune prin somație în cazul încălcării obligației de transparență*

120. Prin intermediul primei și al celei de a patra întrebări, Landgericht Frankfurt am Main solicită Curții să se pronunțe cu privire la modalitățile controlului jurisdicțional al deciziilor care au fost adoptate în cadrul concesionărilor de servicii. În special, instanța de trimitere solicită să se stabilească dacă, în împrejurări precum cele în cauză în acțiunea principală, dreptul comunitar impune statelor membre obligația de a recunoaște, în favoarea instanței lor naționale, competența de a dispune prin somație în ceea ce privește părțile care au încheiat un contract de concesionare cu încălcarea obligației de transparență.

121. În prezenta cauză, reclamanta nu contestă decizia prin care Stadt Frankfurt am Main a atribuit concesionarea de servicii în favoarea FES. În schimb, aceasta contestă decizia prin care administrația a autorizat, în temeiul articolului 30 IV din contractul de concesionare, schimbarea subcontractantului în cursul executării acestui contract. Potrivit reclamantei, acționând astfel, Stadt Frankfurt am Main nu ar fi respectat obligația de transparență, efectuând o modificare esențială a contractului menționat fără a fi îndeplinit cerințele de publicitate și de asigurare a concurenței impuse de dreptul comunitar.

122. Acest litigiu nu vizează, așadar, încheierea contractului de concesionare, ci executarea acestuia. Prin acțiunea formulată, reclamanta solicită instanței naționale să prevină o nouă încălcare a obligației de transparență, obligând administrația să nu autorizeze schimbarea subcontractantului

în ceea ce privește furnizarea și întreținerea toaletelor publice care vor trebui instalate în stațiile Kornmarkt, Galluswarte și Rödelheim. În același mod, aceasta îi solicită să oblige FES să nu încheie un nou contract de subantrepriză privind prestațiile menționate anterior. În vederea regularizării condițiilor de executare a concesionării de servicii, reclamanta solicită de asemenea instanței naționale să oblige administrația și, dacă este cazul, FES să rezilieze contractele încheiate cu încălcarea obligației de transparență.

123. Pentru a răspunde la întrebările adresate de instanța de trimitere, este necesar să fie amintite condițiile în care instanța națională este obligată să asigure protecția drepturilor conferite justițiabililor de dreptul comunitar.

1. Observații preliminare

124. În stadiul actual al dezvoltării sale, dreptul comunitar nu reglementează modul în care statele membre trebuie să asigure executarea hotărârilor judecătorești și să sancționeze încălcările obligației de transparență care au fost săvârșite în cadrul executării unei concesionări de servicii. Prin urmare, pentru a aprecia măsura în care statele membre sunt obligate să recunoască o competență de a dispune prin somație în favoarea instanțelor lor naționale, este necesar să se facă referire la principiile care stau la baza ordinii juridice comunitare și, în special, la principiul supremației dreptului comunitar și la cel al autonomiei procedurale a statelor membre.

125. Principiul supremației dreptului comunitar impune statelor membre să sancționeze în mod efectiv încălcările obligației de transparență săvârșite în cadrul unei proceduri de atribuire a unei concesionări de servicii.

126. Astfel, reamintim că obligația de transparență constituie o expresie concretă și specifică a unui principiu general de drept, pe care statele membre au obligația să îl respecte atunci când acționează în domeniul de aplicare al dreptului comunitar. O astfel de obligație creează, pentru justițiabili, drepturi care trebuie să poată face obiectul unei protecții jurisdicționale efective din partea instanței naționale. Prin urmare, aceasta din urmă trebuie să fie în măsură să garanteze executarea pe deplin a hotărârii judecătorești și trebuie să poată adopta sancțiuni efective, proporționale și descurajante, cu scopul de a asigura deplina eficacitate a dreptului comunitar.

127. Aceasta este premisa noastră.

128. În schimb, în lipsa unei reglementări comunitare, considerăm că este conform cu principiul autonomiei procedurale a statelor membre faptul de a lăsa acestora din urmă sarcina de a stabili competențele de care trebuie să dispună instanța națională pentru a asigura executarea hotărârilor judecătorești și pentru a sancționa încălcarea obligației de transparență cu ocazia atribuirii unui contract de concesionare. Considerăm că o astfel de trimitere la normele de procedură naționale ale statelor membre, care ar trebui, bineînțeles, să respecte principiile echivalenței și efectivității, este mai conformă cu jurisprudența constantă a Curții, care respectă autonomia procedurală a statelor membre.

129. Din această jurisprudență rezultă că, în lipsa unei reglementări comunitare, revine ordinii juridice interne din fiecare stat membru atribuția de a desemna instanțele competente și de a reglementa modalitățile procedurale ale acțiunilor în justiție destinate să asigure protecția drepturilor justițiabililor întemeiate pe dreptul comunitar, având în vedere că aceste modalități nu pot fi mai puțin favorabile decât cele aplicabile acțiunilor similare din dreptul intern (principiul echivalenței) și nu pot nici să facă practic imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea drepturilor conferite de ordinea juridică comunitară (principiul efectivității)[57].

57 — Hotărârea din 15 aprilie 2008, Impact (C-268/06, Rep., p. I-2483, punctele 44 și 46-48 și jurisprudența citată).

130. Trebuie să se răspundă la întrebările adresate de instanța de trimitere în lumina acestor considerații.

2. Apreciere

131. Prin intermediul primei, al celei de a doua și al celei de a patra întrebări, instanța de trimitere solicită Curții, în esență, să stabilească dacă obligația de transparență trebuie interpretată în sensul că statele membre sunt obligate să recunoască în favoarea instanței naționale o competență de a dispune prin somație în ceea ce privește părțile la un litigiu, pentru a asigura respectarea acestei obligații. De asemenea, instanța de trimitere solicită Curții să stabilească dacă instanța națională este obligată să impună părților să rezilieze contractul încheiat cu nerespectarea obligației menționate[58].

58 — Această a patra întrebare preliminară este formulată în așa fel încât să fie clar dacă respectivul contract avut în vedere de instanța de trimitere este contractul de concesionare de servicii încheiat între Stadt Frankfurt am Main și FES sau contractul de subantrepriză încheiat ulterior între concesionar și DSM. Astfel, reiese din ordonanța de trimitere că reclamanta nu contestă decizia prin care Stadt Frankfurt am Main a atribuit concesionarea de servicii în favoarea FES. Prin urmare, aceasta nu solicită rezilierea contractului de concesionare încheiat cu această din urmă întreprindere. În schimb, reclamanta contestă decizia prin care Stadt Frankfurt am Main a autorizat, în temeiul articolului 30 IV din contractul de concesionare, schimbarea subcontractantului. Prin intermediul acțiunii introduse în fața instanței naționale, reclamanta urmărește, în esență, să lipsească de efect contractul de subantrepriză încheiat între FES și DSM. La rândul său, instanța de trimitere susține, în ordonanța sa, că Stadt Frankfurt am Main era obligată să rezilieze contractul de concesionare de servicii cu modificarea căruia fusese de acord. În caz de îndoială, vom considera că această întrebare vizează ambele ipoteze.

132. Competența de a dispune prin somație reprezintă posibilitatea oferită instanței de a impune unei părți obligația de a face sau de a nu face o anumită acțiune stabilită de aceasta, eventual sub sancțiunea unei penalități cu titlu cominatoriu. Astfel, instanța sesizată cu un litigiu poate ordona unui particular sau administrației să ia o măsură specifică în cazul în care hotărârea implică în mod necesar ca una dintre părțile la litigiu să ia această măsură. Această competență constituie un instrument util pentru a asigura executarea hotărârilor judecătorești și pentru a preveni dificultățile și refuzul de executare a unei hotărâri judecătorești.

133. Principiul potrivit căruia instanța națională poate adresa o somație nu face, în prezent, obiectul niciunei reglementări comunitare. În plus, acest principiu nu este aplicat în mod uniform în statele membre, în special în cazul în care somația este adresată administrației.

134. În Germania, precum în Regatul Unit, această competență a instanței de a dispune prin somație în ceea ce privește administrația este dobândită. Instanța germană are o competență generală de a dispune prin somație în ceea ce privește administrația. În mod similar, instanța britanică poate să adreseze somații de a face sau de a nu face în ceea ce privește toate autoritățile administrative, cu excepția guvernului și a colaboratorilor apropiați ai acestuia. Chestiunea a fost discutată mult timp de către instanța administrativă franceză, din cauza unei concepții tradiționale a separației puterilor. În prezent, această concepție face obiectul a numeroase excepții de la adoptarea Legii din 8 februarie 1995[59].

135. Astfel cum am arătat, în stadiul actual al dreptului comunitar, statele membre trebuie să stabilească necesitatea și, dacă este cazul, condițiile în care trebuie să fie recunoscută competența de a dispune prin somație în cadrul ordinii lor juridice interne și în conformitate cu principiile efectivității și echivalenței. În această măsură, statele membre trebuie să se întemeieze pe principiile care stau la baza sistemului lor jurisdicțional național. Acestea trebuie să examineze măsura în care competența de a dispune prin somație se integrează în ansamblul căilor legale existente și trebuie să țină seama de competențele care îi sunt deja conferite instanței naționale. În cadrul acestei aprecieri, statele membre trebuie să se preocupe de garantarea executării pe deplin a hotărârilor judecătorești care au fost pronunțate cu privire la existența drepturilor invocate în temeiul dreptului comunitar. Pentru atingerea acestui obiectiv, statele membre trebuie să urmărească garantarea eficacității depline a dreptului comunitar și asigurarea protecției drepturilor pe care acesta le conferă justițiabililor.

59 — Legea nr. 95-125 privind organizarea instanțelor și procedura civilă, penală și administrativă (JORF din 9 februarie 1995). A se vedea articolele L-911-1-L-911-3 din Codul de procedură administrativă.

136. În această privință, obligarea la rezilierea contractului, în cazul în care aceasta nu este impusă de dreptul comunitar, poate apărea ca fiind sancțiunea cea mai în măsură să asigure eficacitatea dreptului comunitar și protecția drepturilor justițiabililor. Acesta poate fi cazul în special atunci când este vorba despre o încălcare deosebit de gravă a dispozițiilor dreptului comunitar, precum cele care impun o publicitate adecvată sau o convocare prealabilă la licitație a ofertanților. În această privință, ne putem inspira din dispozițiile pe care legiuitorul comunitar le-a adoptat în acest cadru la articolul 2d, introdus prin Directiva 2007/66[60].

137. În ordonanța de trimitere, Landgericht Frankfurt am Main susține că Stadt Frankfurt am Main era obligat să rezilieze contractul de concesionare de servicii cu a cărui modificare fusese de acord.

138. Pentru a-și susține punctul de vedere, instanța de trimitere arată că principiile stabilite de legiuitorul comunitar la articolul 2 din Directiva 89/665 și reafirmate de Curte în Hotărârea Comisia/Germania[61] sunt aplicabile prin analogie procedurilor de atribuire a concesionărilor de servicii.

139. În hotărârea citată, Curtea, sesizată în temeiul articolului 228 CE, a condamnat Republica Federală Germania pentru că nu a reziliat un contract referitor la eliminarea deșeurilor din orașul Brunswick (Germania), încheiat cu încălcarea Directivei 92/50. Republica Federală Germania s-a întemeiat pe dispozițiile articolului 2 alineatul (6) al doilea paragraf din Directiva 89/665 pentru a susține că reparațiile de care puteau beneficia întreprinderile prejudiciate erau suficiente pentru a sancționa încălcarea săvârșită de autoritatea contractantă. Curtea nu a urmat acest raționament. Potrivit acesteia, dispoziția menționată reglementează raportul existent între un stat membru și resortisanții acestuia, însă nu reglementează relația dintre un stat membru și Comunitate și, prin urmare, nu permite acestuia să se sustragă propriei răspunderi în temeiul dreptului comunitar. Prin urmare, prin menținerea efectelor contractului în cauză, neîndeplinirea obligațiilor de către Republica Federală Germania a continuat să existe, iar atingerea adusă liberei prestări a serviciilor putea subzista pe întreaga durată de derulare a acestuia. Potrivit Curții,

60 — În temeiul acestei dispoziții, un contract trebuie să fie declarat, în tot sau în parte, lipsit de efecte atunci când a fost încheiat fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* sau atunci când ofertantul prejudiciat nu a avut posibilitatea de a introduce căi de atac precontractuale ori în cazul foarte special al contractelor bazate pe un acord-cadru sau pe un sistem dinamic de achiziție prevăzute de Directiva 2004/18. Cu toate acestea, articolul 2e introdus prin Directiva 2007/66 permite statelor membre să prevadă sancțiuni alternative, ținând seama în special de gradul de gravitate a încălcării, de comportamentul autorității contractante și, dacă este cazul, de implicațiile anulării obligațiilor contractuale. Acestea pot fi penalități financiare sau o reducere a duratei contractului.

61 — Hotărârea din 18 iulie 2007 (C-503/04, Rep., p. I-6153, punctele 29-36).

rezilierea contractului se impunea, așadar, nu numai pentru a asigura executarea deplină a unei hotărâri de constatare a neîndeplinirii obligațiilor, ci și pentru a garanta respectarea dreptului comunitar.

140. Spre deosebire de instanța de trimitere, nu considerăm că principiile evidențiate în cadrul contenciosului privind contractele de achiziții publice pot fi transpuse pur și simplu în contenciosul privind concesionările de servicii, din două motive.

141. În primul rând, amintim că statele membre nu au dorit să reglementeze procedura de atribuire a concesionărilor de servicii, spre deosebire de numeroasele texte care au fost adoptate în cadrul atribuirii contractelor de achiziții publice. Prin urmare, nu putem să nu luăm în considerare lipsa unei reglementări comunitare în materie și să aplicăm, prin analogie, regulile precise și obligatorii prevăzute de Directiva 89/665.

142. În al doilea rând, considerăm delicată aprecierea în același mod a consecințelor care trebuie deduse dintr-o încălcare a obligației de transparență după cum este vorba despre un contract de achiziții publice sau despre o concesionare de servicii publice. Astfel, în cazul celei din urmă, sancțiunile nu trebuie să aibă ca obiect numai asigurarea respectării legalității sau sancționarea comportamentului culpabil al autorității contractante. Acestea au de asemenea și, poate, mai ales ca obiect asigurarea bunei funcționări a serviciilor publice și protejarea interesului general la satisfacerea căruia contribuie contractul.

143. Astfel, somația, deși trebuie să asigure în special deplina eficacitate a dreptului comunitar, ar trebui să poată face obiectul unei aprecieri de la caz la caz de către instanța națională. Obiectul acesteia ar trebui să fie apreciat ținând seama de toate aspectele relevante într-o cauză, precum comportamentul autorității contractante, natura nelegalității săvârșite și ansamblul intereselor care pot fi prejudiciate, în special interesul general.

144. În cadrul prezentei cauze, principiul potrivit căruia instanța națională poate adresa o somație este dobândit în Germania. Din ordonanța de trimitere reiese că instanța națională poate exercita această competență în temeiul articolului 1004 alineatul (1) din Codul civil german (Bürgerliches

Gesetzbuch, denumit în continuare „BGB”)[62], în două tipuri de situații:

— atunci când o persoană este prejudiciată ca urmare a unei atingeri aduse unor interese protejate prin lege, precum viața, integritatea corporală și personalitatea, sănătatea, libertatea și proprietatea, sau

— atunci când o persoană este prejudiciată ca urmare a încălcării unei „legi care are ca obiect protecția altor persoane” în sensul articolului 823 alineatul (2) din BGB.

145. În cadrul prezentului litigiu, va reveni instanței de trimitere sarcina de a verifica dacă dreptul procedural național și, în speță, articolul 823 alineatul (2) din BGB permite instanței competente să adreseze administrației o somație în cazul în care aceasta a încălcat obligația de transparență și să o oblige la rezilierea contractului încheiat cu FES și să nu mai fie de acord cu o schimbare a subcontractantului[63].

146. În acest scop, instanța de trimitere va trebui, în primul rând, să aprecieze dacă această obligație constituie, în sensul dispoziției menționate, o „lege care are ca obiect protecția altor persoane”. Astfel cum a explicat instanța de trimitere în motivarea celei de a doua întrebări preliminare, acesta va fi cazul dacă obligația menționată constituie un principiu de drept cutumiar.

147. Amintim instanței de trimitere faptul că obligația de transparență reprezintă o formă specifică a principiului general al egalității de tratament. Acesta din urmă face parte dintre principiile fundamentale ale dreptului comunitar și își are sursa în mod direct în dispozițiile tratatului[64]. Acesta creează drepturi în beneficiul particularilor și se impune tuturor autorităților statelor membre la punerea în aplicare a dreptului comunitar. Prin urmare, acestea sunt obligate, în măsura posibilului, să aplice acest drept în condiții care să nu încalce cerințele care decurg din protecția drepturilor fundamentale în ordinea juridică comunitară. În cadrul prezentei

62 — Această dispoziție are următorul cuprins:
„Dacă atingerea adusă proprietății este rezultatul unei alte cauze decât deposedarea sau reținerea, proprietarul poate solicita autorului tulburării să pună capăt atingerii în cauză. În cazul în care există riscul unei noi atingeri aduse proprietății, proprietarul poate iniția procedura somației.”
Din ordonanța de trimitere reiese că dispoziția menționată a fost aplicată prin analogie altor atingeri (și, în special, atingerilor aduse vieții, integrității corporale, personalității, sănătății și libertății) și anumitor comportamente ilegale.

63 — A se vedea în special Hotărârea Rodríguez Caballero, citată anterior (punctul 30 și jurisprudența citată), Hotărârea din 27 februarie 2003, Santex (C-327/00, Rec., p. I-1877, punctele 62 și 63), precum și Hotărârea din 13 martie 2007, Unibet (C-432/05, Rep., p. I-2271, punctul 44).

64 — A se vedea Hotărârea Parking Brixen, citată anterior (punctele 48 și 49).

cauze, instanța națională va fi, așadar, obligată să interpreteze, în măsura posibilului, normele naționale care recunosc în favoarea instanței o competență de a dispune prin somație astfel încât să asigure deplina eficacitate a dreptului comunitar și să garanteze protecția drepturilor pe care reclamanta le are în temeiul acestuia.

148. În cazul în care instanța de trimitere consideră că obligația de transparență constituie, în sensul articolului 823 alineatul (2) din BGB, o „lege care are ca obiect protecția altor persoane", aceasta va trebui să se asigure că respectivele condiții în care instanța națională poate adresa o somație în cazul încălcării obligației de transparență sunt echivalente celor prevăzute în cadrul unui litigiu întemeiat pe încălcarea dreptului intern. Va reveni de asemenea acestei instanțe sarcina de a se asigura că modalitățile respective nu fac practic imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea drepturilor conferite de ordinea juridică comunitară.

149. În cadrul prezentului litigiu, obiectivul este acela de a garanta deplina eficacitate a dreptului comunitar prin sancționarea în mod efectiv a încălcării obligației de transparență și prin prevenirea unei încălcări iminente a acesteia printr-o nouă aplicare abuzivă a clauzei de subcontractare care figurează la articolul 30 IV din contractul de concesionare.

150. Ținând seama de acest obiectiv, revine instanței de trimitere sarcina de a aprecia dacă este necesar să oblige Stadt Frankfurt am Main și, dacă este cazul, FES să rezilieze contractele încheiate cu încălcarea dreptului comunitar. În această privință și astfel cum reiese din ordonanța de trimitere, Landgericht Frankfurt am Main susține că încălcarea obligației de transparență poate constitui un motiv serios de reziliere a contractului de concesionare în sensul articolului 314 din BGB[65].

151. De asemenea, aceasta va trebui să aprecieze, ținând seama de obiectivul menționat, dacă este necesar să oblige atât administrația, cât și FES să nu procedeze, în împrejurări precum cele din acțiunea principală, la o schimbare a subcontractantului în ceea ce privește furnizarea și întreținerea toaletelor publice care vor trebui instalate în stațiile Kornmarkt, Galluswarte și Rödelheim.

152. În consecință, propunem Curții să răspundă instanței de trimitere în sensul că, în cazul în care instanța națională competentă constată încălcarea obligației de transparență

65 — Potrivit acestei dispoziții, „[f]iecare parte poate, pentru un motiv serios, să rezilieze un contract cu durată nedeterminată, fără a fi obligată să respecte un termen de preaviz. Există un motiv serios atunci când, având în vedere împrejurările cauzei și după ce s-au pus în balanță interesele celor două părți, nu se poate aștepta în mod rezonabil de la partea care reziliază să mențină relația contractuală până la termenul stabilit sau până la expirarea unui termen de preaviz".

în cadrul unei proceduri de atribuire a unei concesionări de servicii, dreptul comunitar, în stadiul actual, nu impune statelor membre să recunoască, în favoarea acestei instanțe, o competență de a dispune prin somație în ceea ce privește părțile la litigiu. Revine ordinii juridice interne a fiecărui stat membru sarcina de a defini, în conformitate cu principiile comunitare ale echivalenței și efectivității, modalitățile procedurale care să permită instanței naționale competente să asigure deplina eficacitate a dreptului comunitar și executarea pe deplin a hotărârii judecătorești care a fost pronunțată în ceea ce privește existența drepturilor invocate în temeiul acestuia.

VI — Concluzie

153. Având în vedere considerațiile precedente, propunem Curții să răspundă la întrebările preliminare adresate de Landgericht Frankfurt am Main după cum urmează:

„1) Atunci când, în cadrul unei proceduri de atribuire a unei concesionări de servicii, identitatea subcontractantului este un element esențial pe care autoritatea contractantă s-a întemeiat pentru a atribui concesionarea, obligația de transparență impune statelor membre să organizeze o nouă procedură de convocare la licitație în cazul în care concesionarul dorește să efectueze o schimbare a subcontractantului chiar înaintea executării primelor prestații și fără să fi fost invocate motive legitime. Revine instanței naționale competente sarcina de a aprecia dacă numele, renumele și expertiza tehnică a subcontractantului pe care Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH l-a prezentat cu ocazia depunerii ofertei sale au constituit un element esențial pe care Stadt Frankfurt am Main s-a întemeiat pentru a atribui concesiunea acestei întreprinderi.

2) O entitate cu capital mixt, precum Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH, înființată în cadrul unui parteneriat cu Stadt Frankfurt am Main, constituie un «organism de drept public» în sensul articolului 1 litera (b) din Directiva 92/50/CEE a Consiliului din 18 iunie 1992 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de servicii, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2001/78/CE a Comisiei din 13 septembrie 2001, în cazul în care se demonstrează, pe de o parte, că această entitate satisface nevoi de interes general care nu au un caracter industrial sau comercial și, pe de altă parte, că gestionarea și conducerea acesteia se află într-o strânsă dependență față de colectivitatea publică.

Entitatea menționată răspunde unor nevoi de interes general în sensul articolului 1 litera (b) al doilea paragraf prima liniuță din Directiva 92/50, astfel cum a fost modificată, atunci când este responsabilă de colectarea și tratarea deșeurilor, precum și curățenia urbană pe teritoriul colectivității publice. Pentru a evalua dacă aceste nevoi sunt lipsite de caracter industrial sau comercial, instanța națională competentă va trebui să aprecieze condițiile în care Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH își desfășoară activitatea și, în special, nivelul concurenței în aceste sectoare.

O astfel de entitate se află într-o strânsă dependență față de colectivitatea publică în sensul articolului 1 litera (b) al doilea paragraf a treia liniuță din Directiva 92/50, astfel cum a fost modificată, atunci când gestionarea și organele sale de conducere, de administrație sau de supraveghere sunt controlate de aceasta din urmă. Pentru a identifica cu exactitate măsura în care gestionarea Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH este controlată de Stadt Frankfurt am Main, va reveni instanței naționale competente sarcina de a aprecia în ce măsură colectivitatea publică poate, prin intermediul dreptului de veto de care dispune în cadrul adunării generale sau prin compunerea organelor menționate ale întreprinderii, să asigure un control activ asupra gestionării acestei entități și să influențeze, în același mod, deciziile acesteia în materie de atribuire a concesionărilor de servicii.

3) În cazul în care, în cadrul unei proceduri de atribuire a unei concesionări de servicii, instanța națională competentă constată încălcarea obligației de transparență, dreptul comunitar, în stadiul actual, nu impune statelor membre să recunoască, în favoarea acestei instanțe, o competență de a dispune prin somație în ceea ce privește părțile la litigiu. Revine ordinii juridice interne a fiecărui stat membru sarcina de a defini, în conformitate cu principiile comunitare ale echivalenței și efectivității, modalitățile procedurale care să permită instanței naționale competente să asigure deplina eficacitate a dreptului comunitar și executarea pe deplin a hotărârii judecătorești care a fost pronunțată în ceea ce privește existența drepturilor invocate în temeiul acestuia."