HOTĂRÂREA TRIBUNALULUI (Camera a cincea)

20 mai 2010 *

În cauza T-258/06,

Republica Federală Germania, reprezentată de domnul M. Lumma și de doamna C. Schulze-Bahr, în calitate de agenți,

reclamantă,

susținută de

Republica Franceză, reprezentată inițial de domnul G. de Bergues, ulterior de domnii de Bergues și J.-C. Gracia și în sfârșit de domnii de Bergues și J.-S. Pilczer, în calitate de agenți,

de

Republica Austria, reprezentată de domnul M. Fruhmann, de doamna C. Pesendorfer și de domnul C. Mayr, în calitate de agenți,

* Limba de procedură: germana.

de

Republica Polonă, reprezentată inițial de doamna E. Ośniecka-Tamecka, ulterior de domnul T. Nowakowski, apoi de domnul M. Dowgielewicz și ulterior de domnul Dowgielewicz și de doamnele K. Rokicka și K. Zawisza și în sfârșit de domnul M. Szpunar, în calitate de agenți,

de

Regatul Țărilor de Jos, reprezentat inițial de doamna H. Sevenster, ulterior de doamna C. Wissels și de domnul M. de Grave și în sfârșit de doamna Wissels și de domnii de Grave și Y. de Vries, în calitate de agenți,

de

Parlamentul European, reprezentat de domnii U. Rösslein și J. Rodrigues, în calitate de agenți,

de

Republica Elenă, reprezentată de doamnele D. Tsagkaraki și M. Tassopoulou, în calitate de agenți,

și de

Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord, reprezentat inițial de doamna Z. Bryanston-Cross și ulterior de domnul L. Seeboruth, în calitate de agenți,

interveniente,

împotriva

Comisiei Europene, reprezentată de domnii X. Lewis și B. Schima, în calitate de agenți,

pârâtă,

având ca obiect o cerere de anulare a Comunicării interpretative a Comisiei privind legislația comunitară aplicabilă procedurilor de atribuire a contractelor nesupuse sau parțial supuse dispozițiilor directivelor privind achizițiile publice (JO 2006, C 179, p. 2),

TRIBUNALUL (Camera a cincea),

compus din domnii M. Vilaras, președinte, M. Prek și V. M. Ciucă (raportor), judecători,

grefier: doamna T. Weiler, administrator,

având în vedere procedura scrisă și în urma ședinței din 29 aprilie 2009,

pronunță prezenta

Hotărâre

Situația de fapt

1 La 23 iunie 2006, Comisia Comunităților Europene a adoptat o comunicare interpretativă în legătură cu „legislația comunitară aplicabilă procedurilor de atribuire a contractelor nesupuse sau parțial supuse dispozițiilor directivelor privind achizițiile publice” (denumită în continuare „comunicarea”). Astfel, în ceea ce privește atribuirea contractelor de achiziții publice, în anul 2004, Comunitatea Europeană a adoptat Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale (JO L 134, p. 1, Ediție specială, 06/vol. 8, p. 3) și Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie

2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii (JO L 134, p. 114, Ediție specială, 06/vol. 8, p. 116), care instituie norme detaliate ce reglementează procedurile concurențiale (denumite în continuare „directivele privind contractele de achiziții publice").

2 Cu toate acestea, anumite contracte nu intră decât parțial în domeniul de aplicare al acestor directive. Din textul comunicării rezultă că aceasta din urmă privește contractele a căror valoare este inferioară pragurilor de aplicare a directivelor privind contractele de achiziții publice, precum și contractele la care se referă anexa II B la Directiva 2004/18 și anexa XVII B la Directiva 2004/17, a căror valoare depășește pragurile prevăzute în directivele privind contractele de achiziții publice (denumite în continuare „contractele II B").

3 În plus, comunicarea amintește că din jurisprudența Curții de Justiție ar rezulta că normele pieței interne se aplică de asemenea contractelor care nu intră în domeniul de aplicare al directivelor privind contractele de achiziții publice. În comunicare, Comisia explică interpretarea sa cu privire la jurisprudența Curții și sugerează un anumit număr de bune practici în vederea sprijinirii statelor membre pentru a profita pe deplin de piața internă. Cu toate acestea, comunicarea precizează că prin aceasta nu se vor institui norme legale noi.

4 Comunicarea amintește normele fundamentale aplicabile atribuirii contractelor de achiziții publice care ar rezulta direct din normele Tratatului CE, astfel cum au fost interpretate de Curte.

5 Astfel, comunicarea diferențiază contractele de achiziții publice nerelevante pentru piața internă, cărora nu li se aplică normele care rezultă din Tratatul CE, de contractele de achiziții publice ce prezintă un raport suficient de strâns cu funcționarea pieței interne, care trebuie să respecte aceste norme. Caracterul relevant pentru piața internă al fiecărui contract de achiziții publice trebuie evaluat de entitățile contractante de la caz la caz. Dacă din examinarea contractului de achiziții publice rezultă că acesta prezintă un interes pentru piața internă, atunci atribuirea va trebui să fie conformă cu normele fundamentale ale dreptului comunitar.

6 Punctul 2 din comunicare este consacrat normelor fundamentale aplicabile atribuirii contractelor de achiziții publice care prezintă un interes pentru piața internă. În cadrul acestuia, Comisia prevede o obligație de transparență dedusă din jurisprudența Curții, care ar consta în garantarea unui grad de publicitate adecvat ce permite asigurarea unui mediu concurențial. Comisia deduce din aceasta, la punctul 2.2.1 din comunicare, că unicul mod de a respecta cerințele definite în jurisprudența Curții ar fi reprezentat de difuzarea unei publicități suficient de accesibile înainte de atribuirea contractului. În plus, comunicarea propune, la punctul 2.1.2, un anumit număr de forme concrete de publicitate care ar fi adecvate și utilizate frecvent. În această privință, comunicarea se referă la internet, la monitoarele oficiale naționale, la buletinele naționale specializate în publicarea anunțurilor de participare, la cotidiene cu difuzare națională sau regională sau la publicații specializate, la publicații locale și la *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene*/TED [disponibil pe internet prin intermediul bazei de date de contracte de achiziții publice europene TED (Tenders Electronic Daily)].

7 În ceea ce privește atribuirea contractelor de achiziții publice, comunicarea precizează, la punctul 2.2, că aceasta trebuie să se facă respectând normele și principiile Tratatului CE, ceea ce implică inclusiv respectarea principiului nediscriminării și al transparenței. Cele mai bune mijloace de a atinge un grad de publicitate adecvat care să permită asigurarea unui mediu concurențial, precum și verificarea imparțialității procedurilor de atribuire ar fi descrierea nediscriminatorie a obiectului contractului, accesul în aceleași condiții pentru operatorii economici din toate statele membre, recunoașterea reciprocă a diplomelor, a certificatelor și a altor titluri oficiale de calificare, termene corespunzătoare, precum și o abordare transparentă și obiectivă.

8 În sfârșit, la punctul 2.3 din comunicare se subliniază importanța protecției juridice care verifică imparțialitatea procedurii.

Procedura

9 Republica Federală Germania a introdus prezenta acțiune prin cererea depusă la grefa Tribunalului la 12 septembrie 2006.

10 La 19 decembrie 2006, Republica Franceză a formulat o cerere de intervenție în susținerea concluziilor Republicii Federale Germania. Prin Ordonanța din 9 martie 2007, președintele Camerei întâi a Tribunalului a admis această intervenție. La 14 iunie 2007, Republica Franceză a depus memoriul său în intervenție.

11 La 5 ianuarie 2007, Republica Austria a formulat o cerere de intervenție în susținerea concluziilor Republicii Federale Germania. Prin Ordonanța din 9 martie 2007, președintele Camerei întâi a Tribunalului a admis această intervenție. La 14 iunie 2007, Republica Austria a depus memoriul său în intervenție.

12 La 10 ianuarie 2007, Republica Polonă a formulat o cerere de intervenție în susținerea concluziilor Republicii Federale Germania. Prin Ordonanța din 9 martie 2007, președintele Camerei întâi a Tribunalului a admis această intervenție. La 12 iunie 2007, Republica Polonă a depus memoriul său în intervenție.

13 La 18 ianuarie 2007, Regatul Țărilor de Jos a formulat o cerere de intervenție în susținerea concluziilor Republicii Federale Germania. Prin Ordonanța din 9 martie 2007, președintele Camerei întâi a Tribunalului a admis această intervenție. La 13 iunie 2007, Regatul Țărilor de Jos a depus memoriul său în intervenție.

14 La 22 ianuarie 2007, Parlamentul European a formulat o cerere de intervenție în susținerea concluziilor Republicii Federale Germania. Prin Ordonanța din 9 martie

2007, președintele Camerei întâi a Tribunalului a admis această intervenție. La 13 iunie 2007, Parlamentul European a depus memoriul său în intervenție.

15 La 27 martie 2007, Republica Elenă a formulat o cerere de intervenție în susținerea concluziilor Republicii Federale Germania. Prin Ordonanța din 14 mai 2007, președintele Camerei întâi a Tribunalului a admis această intervenție și a permis Republicii Elene să își depună observațiile în cadrul procedurii orale, conform articolului 116 alineatul (6) din Regulamentul de procedură al Tribunalului.

16 La 13 august 2007, Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord a formulat o cerere de intervenție în susținerea concluziilor Republicii Federale Germania. Prin Ordonanța din 8 octombrie 2007, președintele Camerei întâi a Tribunalului a admis această intervenție și a permis Regatului Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord să își prezinte observațiile în cadrul procedurii orale conform articolului 116 alineatul (6) din Regulamentul de procedură.

17 Comisia și-a prezentat observațiile cu privire la memoriile în intervenție ale Republicii Franceze, Republicii Austria, Republicii Polone, Regatului Țărilor de Jos și Parlamentului European la 18 septembrie 2007. Republica Federală Germania nu a depus observații privind memoriile în intervenție.

18 Întrucât compunerea camerelor Tribunalului a fost modificată începând de la 25 septembrie 2007, judecătorul raportor a fost repartizat la Camera a cincea, căreia i-a fost atribuită, în consecință, prezenta cauză.

19 Pe baza raportului judecătorului raportor, Tribunalul (Camera a cincea) a hotărât deschiderea procedurii orale. Pledoariile și răspunsurile părților la întrebările Tribunalului au fost ascultate în ședința din 29 aprilie 2009. Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord nu a participat la ședință.

Concluziile părților

20 Republica Federală Germania solicită Tribunalului:

— anularea comunicării;

— obligarea Comisiei Europene la plata cheltuielilor de judecată.

21 Republica Franceză, Republica Austria și Regatul Țărilor de Jos solicită Tribunalului:

— anularea comunicării;

— obligarea Comisiei la plata cheltuielilor de judecată.

22 Parlamentul European și Republica Polonă solicită Tribunalului anularea comunicării.

23 Comisia solicită Tribunalului:

— respingerea acțiunii ca inadmisibilă;

— obligarea Republicii Federale Germania la plata cheltuielilor de judecată.

Cu privire la admisibilitate

A — *Observații introductive*

24 Fără a ridica o excepție de inadmisibilitate formală, Comisia contestă admisibilitatea acțiunii pentru motivul că respectiva comunicare nu constituie un act care poate face obiectul unei acțiuni în anulare. Comunicarea ar fi o comunicare interpretativă, act care, prin forma sa, ar face parte din categoria recomandărilor și avizelor, categorii de acte în privința cărora Tratatul CE ar prevedea că nu au forță juridică obligatorie. În consecință, alegerea acestei forme juridice ar conduce de la bun început la concluzia că actul nu ar urmări producerea unor efecte juridice obligatorii. Comisia precizează că o comunicare interpretativă ar avea în mod normal drept finalitate explicarea drepturilor și a obligațiilor care rezultă din dispozițiile dreptului comunitar, ținând cont, dacă este cazul, de jurisprudența Curții. Ar rezulta că, prin natura sa, o comunicare interpretativă nu ar fi, prin urmare, un act care ar putea produce efecte juridice obligatorii față de terți și care ar putea face obiectul unei acțiuni în anulare.

Comisia susține de asemenea că din modul de redactare a comunicării rezultă că aceasta nu avea intenția să stabilească norme juridice obligatorii, însă formularea sa demonstrează dimpotrivă că respectiva comunicare fie ar reproduce jurisprudența Curții, fie ar indica prin recomandări neobligatorii propriile concluzii privind această jurisprudență.

25 Trebuie amintit că, potrivit unei jurisprudențe constante, acțiunea în anulare poate fi exercitată în privința oricăror dispoziții adoptate de instituții, indiferent de natura sau de forma acestora, care urmăresc să producă efecte juridice (a se vedea Hotărârea Curții din 20 martie 1997, Franța/Comisia, C-57/95, Rec., p. I-1627, punctul 7 și jurisprudența citată).

26 În speță, este vorba despre o comunicare care a fost adoptată de Comisie și care a fost publicată integral în seria C a Jurnalului Oficial. După cum rezultă din dosar, acest act are ca scop să aducă la cunoștință abordarea generală a Comisiei în ceea ce privește aplicarea tuturor normelor fundamentale privind atribuirea contractelor de achiziții publice, care ar rezulta direct din normele și din principiile Tratatului CE, printre care principiul nediscriminării și cel al transparenței, în cazul atribuirii de contracte de achiziții publice care nu intră sau care intră parțial în domeniul de aplicare al directivelor privind contractele de achiziții publice.

27 Pentru a aprecia dacă respectiva comunicare urmărește să producă efecte juridice noi în raport cu cele pe care le presupune aplicarea principiilor fundamentale ale Tratatului CE, trebuie, prin urmare, să se examineze conținutul său (a se vedea în acest sens Hotărârea Curții din 9 octombrie 1990, Franța/Comisia, C-366/88, Rec., p. I-3571, punctul 11, Hotărârea Curții din 13 noiembrie 1991, Franța/Comisia, C-303/90, Rec., p. I-5315, punctul 10, și Hotărârea Curții din 20 martie 1997, Franța/Comisia, punctul 25 de mai sus, punctul 9).

28 Prin urmare, trebuie apreciat dacă respectiva comunicare doar explică dispozițiile privind libera circulație a mărfurilor, libertatea de stabilire, libera prestare a serviciilor, principiul nediscriminării și al egalității de tratament, precum și principiul proporționalității și normele privind transparența și recunoașterea reciprocă aplicabile contractelor care nu intră sau care intră parțial în domeniul de aplicare al directivelor privind contractele de achiziții publice sau dacă în comunicare se instituie obligații specifice sau noi în raport cu aceste dispoziții, principii și norme (a se vedea în acest sens Hotărârea Curții din 16 iunie 1993, Franța/Comisia, Rec., p. I-3283, punctul 14, și Hotărârea Curții din 20 martie 1997, Franța/Comisia, punctul 25 de mai sus, punctul 13).

29 Prin urmare, doar împrejurarea că, după cum arată Comisia, o comunicare interpretativă nu demonstrează, prin forma sa, prin natura sa ori prin modul său de redactare, că este un act destinat să producă efecte juridice nu este suficientă pentru a concluziona că nu produce efecte juridice obligatorii.

30 Republica Federală Germania admite, cu toate acestea, că există comunicări ale Comisiei cu caracter neobligatoriu care sunt publicate. Aceasta consideră însă că în speță publicarea comunicării este o împrejurare care nu poate fi neglijată în scopul aprecierii efectelor juridice ale acesteia. Astfel, publicarea ar fi o condiție necesară a existenței unei norme de drept, iar comunicarea ar urmări să producă un efect extern, precum o normă de drept.

31 În această privință, după cum s-a arătat mai sus, dacă din examinarea conținutului comunicării rezultă că aceasta instituie obligații specifice sau noi, acțiunea va trebui considerată admisibilă, fără a fi necesar să se examineze dacă respectiva comunicare a fost publicată. În schimb, în lipsa unor astfel de obligații, numai publicarea comunicării nu este suficientă să se concluzioneze că aceasta constituie un act care poate face obiectul unei acțiuni în anulare.

B — *Cu privire la conținutul comunicării*

32 În vederea motivării acțiunii sale, Republica Federală Germania, susținută de intervenientе, arată, în esență, că respectiva comunicare este un act obligatoriu întrucât ar conține norme noi de atribuire a contractelor de achiziții publice care ar depăși obligațiile ce rezultă din dreptul comunitar existent și care ar produce efecte juridice pentru statele membre, ceea ce ar determina, în consecință, necompetența Comisiei în privința posibilității de a adopta astfel de norme.

33 În această privință, Republica Federală Germania și intervenientele susțin, în esență, că, în primul rând, comunicarea prevede, în special la punctul 2.1 din aceasta, în legătură cu contractele de achiziții publice cu o valoare inferioară pragurilor stabilite în directivele privind contractele de achiziții publice și în contractele II B, o obligație de publicitate prealabilă (*ex ante*) care nu se regăsește în principiile fundamentale ale Tratatului CE, astfel cum sunt interpretate de Curte. În al doilea rând, Republica Federală Germania susține că obligațiile care rezultă din cuprinsul punctului 2.2 din comunicare depășesc în mod sensibil ceea ce rezultă din interpretarea de către Curte a principiilor fundamentale ale Tratatului CE. În al treilea rând, Republica Federală Germania invocă transpunerea pură și simplă a derogărilor pe care directivele privind contractele de achiziții publice le prevăd în privința atribuirii directe a contractelor, pentru contractele care nu intră în domeniul de aplicare al directivelor privind contractele de achiziții publice, astfel cum este prevăzută la punctul 2.1.4 din comunicare. În sfârșit, Republica Federală Germania arată că un efect juridic rezultă din cuprinsul punctului 1.3 din comunicare, care ar prevedea inițierea unei proceduri de încălcare a obligațiilor în temeiul articolului 226 CE în cazul nerespectării comunicării. Potrivit Republicii Federale Germania și intervenientelor, toate aceste elemente conduc la concluzia că respectiva comunicare ar fi destinată să producă efecte juridice.

1. *Cu privire la primul motiv, întemeiat pe existența unei obligații de publicitate prealabilă (punctul 2.1.1 din comunicare)*

a) Argumentele părților

Republica Federală Germania

34 Republica Federală Germania susține că respectiva comunicare prevede, în special la punctul 2.1.1, o obligație de principiu, în sarcina statelor membre, de a publica în prealabil toate contractele avute în vedere, prin urmare, contractele de achiziții publice cu o valoare inferioară pragurilor din directivele privind contractele de achiziții publice și din contractele II B. Or, nu s-ar putea deduce o obligație de publicitate prealabilă și, prin urmare, de transparență *ex ante* din jurisprudența Curții pe care se întemeiază comunicarea. Prin urmare, o obligație *ex ante* nu ar rezulta din principiile fundamentale ale Tratatului CE sau din interpretarea lor de către Curte.

35 Cu privire la acest aspect, Republica Federală Germania a menționat în plus în pledoariile sale, în pofida faptului că anumite hotărâri ale Curții pronunțate ulterior adoptării comunicării ar recunoaște o obligație de publicitate prealabilă, că această evoluție a jurisprudenței nu poate reprezenta în mod retroactiv temeiul unei astfel de obligații.

36 Potrivit Republicii Federale Germania, jurisprudența Curții pe care se întemeiază comunicarea și în special Hotărârea din 7 decembrie 2000, Telaustria și Telefonadress (C-324/98, Rec., p. I-10745, denumită în continuare „Hotărârea Telaustria”),

Hotărârea din 21 iulie 2005, Coname (C-231/03, Rec., p. I-7287), și Hotărârea din 13 octombrie 2005, Parking Brixen (C-458/03, p. I-8585), se aplică numai concesiunilor de servicii, domeniu care nu intră în sfera de aplicare a comunicării.

37 În plus, concesiunile de servicii s-ar distinge de contractele de achiziții publice care nu depășesc pragurile menționate mai sus prin miza lor economică, ce ar depăși în general pragurile europene și le-ar apropia astfel de contractele care intră în domeniul de aplicare al directivelor privind contractele de achiziții publice. Prin urmare, deși obligația de transparență poate fi adecvată în materia concesiunilor de servicii, aceasta nu ar fi valabilă pentru contractele care fac obiectul comunicării. Astfel, potrivit Republicii Federale Germania, este imposibil să se transpună direct în cazul contractelor cu o valoare inferioară pragurilor de aplicare jurisprudența privind concesiunile de servicii.

38 Pe de altă parte, Republica Federală Germania susține că nici celelalte două decizii citate în comunicare, ce privesc contractele cu o valoare inferioară pragurilor (Ordonanța Curții din 3 decembrie 2001, Vestergaard, C-59/00, Rec., p. I-9505, și Hotărârea Curții din 20 octombrie 2005, Comisia/Franța, C-264/03, Rec., p. I-8831), nu pot reprezenta temeiul obligației de publicitate prealabilă. În opinia Republicii Federale Germania, Curtea nu s-a pronunțat, în niciuna dintre decizii, cu privire la vreo obligație de transparență, ci s-ar fi limitat la a declara aplicabil în speță principul nediscriminării (Ordonanța Vestergaard, citată anterior, punctele 20 și 24, și Hotărârea Comisia/Franța, citată anterior, punctele 32 și 33). Prin urmare, obligația de transparență *ex ante* nu ar fi transpusă în cazul contractelor la care se referă comunicarea.

39 În orice caz, Republica Federală Germania consideră că acele contracte de achiziții publice a căror valoare este inferioară pragurilor menționate prezintă în general o miză economică foarte redusă și, prin urmare, nu aduc atingere libertăților fundamentale vizate, întrucât nu ar avea decât efecte mai degrabă aleatorii și indirecte asupra acestora (Hotărârea Coname, punctul 36 de mai sus, punctul 20). Această afirmație ar fi confirmată de Concluziile prezentate de avocatul general Sharpston în

cauza în care s-a pronunțat Hotărârea Curții din 26 aprilie 2007, Comisia/Finlanda (C-195/04, Rep., p. I-3351, I-3353, punctele 83 și 85).

40 În plus, comunicarea ar depăși legislația existentă privind contractele II B, întrucât aceste contracte ar prezenta în general specificități locale și ar avea un potențial redus pentru contractele transfrontaliere, ceea ce ar explica faptul că legiuitorul comunitar le supune numai unei obligații de transparență *ex post*, iar nu *ex ante*, cum ar impune din acest moment comunicarea.

41 În plus, în opinia Republicii Federale Germania, obligația de publicitate prealabilă atribuirii contractelor nu poate fi judicioasă și eficientă decât dacă, în fapt, modul în care este îndeplinită sprijină obiectivul asigurării unui mediu concurențial. Or, situația ar fi diferită în cazul în care nu există sau există foarte puțini ofertanți străini care pot avea un interes potențial pentru contractele în cauză, precum contractele la care se referă comunicarea. În această privință, Curtea ar fi amintit în Hotărârea Coname, punctul 36 de mai sus, că ar exista contracte ale căror efecte asupra principiilor fundamentale prevăzute de Tratatul CE sunt prea aleatorii și prea indirecte pentru a putea conduce la concluzia că ar exista o eventuală încălcare a acestora. Punctul 1.3 din comunicare ar arăta că ar fi conștientă Comisia că miza economică redusă a anumitor contracte le-ar face mai puțin atractive pentru întreprinderile străine, ceea ce ar justifica lipsa obligației de publicitate prealabilă în aceste cazuri.

42 Or, prin stabilirea unor praguri de aplicare a directivelor privind contractele de achiziții publice, legiuitorul comunitar ar fi prevăzut în mod expres că sub aceste valori ar trebui să se prezume în principiu că efectele pe piața internă ar fi mai degrabă „aleatorii sau indirecte” și astfel să se concluzioneze că ofertanții străini nu au un interes. Această apreciere a legiuitorului ar trebui respectată de Comisie. Republica Federală Germania subliniază că avocatul general Sharpston are aceeași opinie în Concluziile prezentate în cauza în care s-a pronunțat Hotărârea Comisia/Finlanda, punctul 39 de mai sus (punctele 85 și 96). În plus, potrivit Republicii Federale Germania, nu s-ar putea impune în mod rezonabil autorităților contractante să examineze

în fiecare caz relevanța unui contract în raport cu piața internă, după cum prevede punctul 1.3 din comunicare, însă aceste autorități contractante ar trebui, dimpotrivă, să poată constata cu rapiditate care sunt obligațiile de transparență care le revin. În cadrul ședinței, Republica Federală Germania a precizat în plus că abordarea concretă și individuală la care se referă punctul 1.3 din comunicare ar fi contrară în special Hotărârii din 15 mai 2008, SECAP (C-147/06 și C-148/06, Rep., p. I-3565), în care Curtea ar fi autorizat o definiție abstractă și generală a relevanței unui contract de achiziții publice pentru piața internă.

43 Nu s-ar putea impune nici ca autoritățile contractante să examineze de la caz la caz dacă un contract II B sau un contract cu o valoare inferioară pragului este relevant pentru piața internă. Astfel, principiul securității juridice ar impune ca autoritățile naționale să poată constata în mod rapid obligațiile de publicitate care se aplică. Pragurile stabilite, precum și lista contractelor II B ar respecta acest principiu.

44 Republica Federală Germania consideră de asemenea că obligația de publicitate prealabilă prevăzută în comunicare depășește interdicția de a face discriminări în cursul procesului de atribuire a contractelor (de exemplu, prin privilegierea ofertanților germani în raport cu ofertanții străini). Această obligație ar avea drept consecință obligația de a acționa impusă autorităților contractante în scopul de a permite și de a încuraja ofertele transfrontaliere.

45 Potrivit Republicii Federale Germania, publicitatea considerată necesară conform comunicării se apropie de normele prevăzute de directivele privind contractele de achiziții publice și se dovedește lungă și costisitoare. Pe baza Concluziilor avocatului general Sharpston prezentate în cauza în care s-a pronunțat Hotărârea Comisia/Finlanda, punctul 39 de mai sus, Republica Federală Germania consideră astfel că este sarcina statelor membre să stabilească modalitățile de punere în aplicare a principiului transparenței. De asemenea, din cuprinsul punctului 98 din Concluziile avocatului

general Sharpston prezentate în cauza în care s-a pronunțat Hotărârea Comisia/Finlanda, punctul 39 de mai sus, ar rezulta că problema de a ști care este gradul adecvat de publicitate pentru contractele de achiziții publice cu o valoare mai redusă ar intra sub incidența dreptului național.

46 Cu privire la acest aspect, Republica Federală Germania a precizat în cadrul ședinței că aceasta contesta mai ales obligația entităților contractante de a alege suportul cel mai adecvat pentru a asigura publicitatea contractelor lor, astfel cum se prevede la primul paragraf al punctului 2.1.2 din comunicare. Făcând referire la fiecare entitate contractantă, Comisia ar avea o abordare concretă și individuală, care nu ar rezulta din jurisprudența Curții. În această privință, Republica Federală Germania a adăugat că nu contesta catalogul indicativ al formelor de publicitate adecvată prevăzut la punctul 2.1.2 din comunicare.

47 Astfel, Republica Federală Germania consideră că acele contracte la care se referă comunicarea nu sunt supuse, în concret, niciunei obligații generale de transparență care ar rezulta din dreptul comunitar. Obligația de publicitate prealabilă care ar rezulta din comunicare ar depăși în mod sensibil ceea ce rezultă din interpretarea de către Curte a principiilor fundamentale ale Tratatului CE.

Interveniente

48 Potrivit Republicii Franceze, trebuie să se examineze dacă respectiva comunicare se limitează să explice normele și principiile Tratatului CE privind atribuirea contractelor de achiziții publice de servicii sau dacă aceasta stabilește obligații noi în raport cu aceste norme și cu aceste principii. Or, comunicarea ar completa dreptul existent.

49 În această privință, Republica Franceză susține printre altele că în Ordonanța Vestergaard, punctul 38 de mai sus, Curtea nu a impus nicio obligație generală de a asigura o publicitate adecvată în privința contractelor cu o valoare inferioară pragurilor, însă că ordonanța menționată privește aplicarea principiului nediscriminării, iar nu obligația de transparență. Curtea ar fi considerat la punctul 20 din Ordonanța Vestergaard, punctul 38 de mai sus, că, deși anumite contracte sunt excluse din domeniul de aplicare al directivelor comunitare în materia contractelor de achiziții publice, totuși autoritățile contractante care încheie astfel de contracte ar fi obligate să respecte normele fundamentale ale Tratatului CE și ar fi concluzionat în continuare că articolul 28 CE s-ar opune ca o autoritate contractantă să introducă în caietul de sarcini al unui contract o clauză care să impună pentru executarea acestui contract utilizarea unui produs cu o anumită marcă, fără a adăuga mențiunea „sau echivalent" (Ordonanța Vestergaard, punctul 38 de mai sus, punctul 24).

50 O astfel de obligație generală de publicitate adecvată în ceea ce privește contractele cu o valoare inferioară pragurilor amintite nu ar rezulta nici din Hotărârea Comisia/Franța, punctul 38 de mai sus. Astfel, la punctul 32 din această hotărâre, Curtea ar fi considerat că, deși anumite contracte sunt excluse din domeniul de aplicare al directivelor comunitare în materia contractelor de achiziții publice, totuși autoritățile contractante care încheie astfel de contracte ar fi obligate să respecte normele fundamentale ale Tratatului CE și în special principiul nediscriminării pe motiv de cetățenie sau de naționalitate. Însă, potrivit Curții, ar rezulta numai că dispoziția franceză în litigiu ar constitui un obstacol în calea liberei prestări a serviciilor în sensul articolului 49 CE, în măsura în care ar fi condus la rezervarea poziției de beneficiar al unei lucrări delegate pentru o listă exhaustivă de persoane juridice de drept francez (Hotărârea Comisia/Franța, punctul 38 de mai sus, punctul 68).

51 În plus, Republica Franceză consideră că în Hotărârea Telaustria, punctul 36 de mai sus, Curtea s-a referit la o obligație de publicitate adecvată tocmai întrucât era vorba despre o concesiune cu o importantă valoare economică. Această concluzie ar fi confirmată de Hotărârea Coname, punctul 36 de mai sus, care privea, *per a contrario*, concesiuni cu o miză economică foarte redusă.

52 În orice caz, Republica Franceză susține că, dacă ar trebui să se considere că o obligație de publicitate corespunzătoare rezultă din jurisprudența Curții, aceasta nu ar putea, în orice caz, să reprezinte o obligație de publicitate prealabilă, după cum s-ar impune în comunicare la punctul 2.1.1.

53 În plus, Republica Franceză susține că din Concluziile prezentate de avocatul general Sharpston în cauza în care s-a pronunțat Hotărârea Comisia/Finlanda, punctul 39 de mai sus, și din Concluziile prezentate de avocatul general Fennelly în cauza în care s-a pronunțat Hotărârea Telaustria, punctul 36 de mai sus (Rec., p. I-10747), rezultă că obligația de transparență nu implică o obligație de publicitate, după cum prevede punctul 2.1.2 din comunicare.

54 În ceea ce privește contractele II B, Republica Franceză consideră că alegerea Consiliului de a nu impune în privința acestora o obligație de publicitate prealabilă este clarificată de considerentele (18) și (19) ale Directivei 2004/18. Ar rezulta că respectivele contracte II B nu ar fi supuse aplicării integrale a directivei, și anume în special unei obligații de publicitate prealabilă, ci ar face obiectul unei monitorizări al cărei mecanism ar trebui să permită accesul celor interesați la informațiile relevante.

55 Astfel, Republica Franceză consideră că, în Directiva 2004/18, Consiliul a intenționat în mod clar să supună, în materia publicității, contractele II B unui regim specific și complet care constituie un regim de atribuire simplificat.

56 Republica Austria consideră de asemenea că respectiva comunicare este un act care produce efecte juridice prin introducerea unei obligații generale de publicitate *ex ante* care nu rezultă nici din Tratatul CE, nici din jurisprudența Curții.

57 În această privință, Republica Austria menționează în plus față de argumentarea Republicii Federale Germania că Concluziile prezentate de avocații generali Stix-Hackl și Sharpston în cauzele în care s-au pronunțat Hotărârea Curții din 13 novembre 2007, Comisia/Irlanda (C-507/03, Rep., p. I-9777, I-9780), și Hotărârea Comisia/Finlanda,

punctul 39 de mai sus, demonstrează că situația juridică este vagă și controversată în ceea ce privește aplicarea obligației de transparență atribuirilor de contracte care nu intră sau care intră parțial în domeniul de aplicare al directivelor privind contractele de achiziții publice. În timp ce avocatul general Stix-Hackl ar ajunge la concluzia că atribuirea contractelor de achiziții publice de servicii neprioritare ar necesita publicarea unui anunț, cel puțin ca regulă, avocatul general Sharpston ar nega, în ceea ce o privește, existența unei obligații generale de transparență *ex ante* pentru contractele a căror valoare este inferioară pragurilor. În momentul adoptării comunicării, Curtea nu s-ar fi pronunțat încă în aceste două cauze. În consecință, în cazul în care, în comunicare, Comisia reține o obligație de publicitate prealabilă pentru toate atribuirile de contracte de acest tip (și anume atât pentru serviciile neprioritare, cât și pentru contractele cu valoare redusă), aceasta ar produce noi efecte juridice.

58 După cum a susținut Republica Austria în cadrul ședinței, obligațiile impuse autorităților contractante prin punctele 1.3 și 2.1.2 din comunicare ar fi contrare Hotărârii SECAP, punctul 42 de mai sus, întrucât comunicarea nu ar lua în considerare capacitatea de entitate contractantă, astfel cum ar prevedea punctul 32 din hotărârea menționată.

59 Republica Austria consideră de asemenea că un grad de publicitate adecvat care să permită asigurarea unui mediu concurențial pentru contractele de achiziții publice de servicii, precum și controlul imparțialității procedurilor de atribuire, astfel cum rezultă acestea din Hotărârea Telaustria, punctul 36 de mai sus, nu implică în mod obligatoriu o publicare prealabilă. Astfel, reiese din lucrările de revizuire, aflate în desfășurare, a directivelor privind căile de atac în materie de contracte de achiziții publice [a se vedea documentul 2006/0066/COD, precum și noile articole 2d-2f din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări (JO L 395, p. 33, Ediție specială, 06/vol. 1, p. 237) care sunt propuse în cadrul acestuia] că o protecție jurisdicțională *a posteriori* – fără publicitatea prealabilă a contractului – ar putea de asemenea să permită o verificare efectivă a imparțialității unei proceduri de atribuire.

60 În plus, în pofida faptului că nu există o simetrie perfectă în fapt și în drept între dreptul achizițiilor publice și cel al ajutoarelor de stat, Republica Austria invocă norma *de minimis* aplicabilă în dreptul ajutoarelor de stat, potrivit căreia ajutoarele cu o valoare inferioară anumitor praguri nu pot afecta considerabil schimburile comerciale dintre statele membre și nu denaturează sau nu riscă să denatureze concurența. Din punctul de vedere al Republicii Austria, în cazul în care sunt comparate cele două situații, nu ar părea absurd să se pornească de la principiul că acele contracte de achiziții publice cu o valoare inferioară pragurilor ar fi, pentru piața internă, lipsite de relevanța care ar justifica necesitatea unei obligații de publicitate prealabilă în scopul asigurării unui mediu concurențial. Astfel, întreprinderile ar beneficia în mod direct de ajutoare, în timp ce pragurile aplicabile în materia contractelor de achiziții publice ar depinde de valoarea contractului, profitul (care poate fi comparat, în această privință, cu un ajutor) realizat de întreprindere nereprezentând în acest caz decât o parte redusă din valoarea menționată.

61 În sfârșit, Republica Austria se întemeiază pe considerentul (19) al Directivei 2004/18, care sugerează implicit că, în opinia sa, legiuitorul comunitar nu a considerat necesar ca acele contracte de achiziții publice de servicii neprioritare (contractele II B) să conducă la utilizarea tuturor posibilităților de amplificare a schimburilor comerciale transfrontaliere. Unicul motiv care ar putea justifica această diferență de tratament ar fi că aceste contracte, excluse de la aplicarea integrală a directivei, nu pot fi considerate suficient de relevante în raport cu piața internă pentru a justifica utilizarea tuturor posibilităților de amplificare a schimburilor comerciale transfrontaliere, fapt care ar include o obligație generală de publicitate prealabilă în privința anunțurilor de participare.

62 Regatul Țărilor de Jos susține că interpretarea pe care Comisia o dă dreptului comunitar depășește jurisprudența, instituind un regim juridic complet care impune statelor membre o obligație de transparență prealabilă pentru toate contractele de achiziții publice la care se referă comunicarea, în timp ce Curtea nu s-a pronunțat încă în legătură cu acest aspect.

63 Regatul Țărilor de Jos consideră de asemenea, referindu-se la principiul securității juridice, că problema dacă respectiva comunicare instituie obligații noi trebuie analizată pe baza jurisprudenței cunoscute în momentul adoptării comunicării. Or, din jurisprudența ulterioară ar rezulta că respectiva comunicare ar depăși în mod evident evoluția jurisprudenței.

Comisia

64 În ceea ce privește conținutul concret al comunicării și elementele ce țin de caracterul legislativ invocate de Republica Federală Germania, și anume, în esență, eludarea pragului de aplicare a directivelor privind contractele de achiziții publice și obligația de publicitate prealabilă, Comisia contestă că aceste elemente ale comunicării instituie norme de drept noi. Conform articolului 211 CE, acestea s-ar limita la a explica dispozițiile și principiile Tratatului CE, astfel cum sunt interpretate în jurisprudența Curții.

65 Comisia contestă susținerile Republicii Federale Germania și ale intervenientelor potrivit cărora comunicarea eludează decizia legiuitorului de a nu prevedea dispoziții privind publicitatea decât pentru contractele de achiziții publice care ating anumite praguri. În această privință, Comisia arată că, deși legiuitorul nu a considerat necesar să stabilească norme detaliate decât pentru valorile care depășesc pragurile de aplicare a directivelor, pentru cele inferioare pragurilor menționate ar fi considerat suficientă aplicarea dispozițiilor și a principiilor Tratatului CE. Totuși, nu ar fi intenționat și nici nu ar fi putut să excludă prin acele directive aplicarea acestor dispoziții și a acestor principii ale Tratatului CE în privința contractelor de achiziții publice a căror valoare este inferioară pragului în cauză.

66 Aceasta ar rezulta din jurisprudența Curții, în special din Hotărârea Telaustria, punctul 36 de mai sus, și din Hotărârea Comisia/Franța, punctul 38 de mai sus. Potrivit Comisiei, Curtea a statuat în Hotărârea Telaustria, punctul 36 de mai sus, că entitățile contractante care încheie contracte ce nu intră în domeniul de aplicare al directivelor privind contractele de achiziții publice sunt totuși ținute să respecte în general normele fundamentale ale Tratatului CE și în special principiul nediscriminării pe motiv de cetățenie sau de naționalitate (Hotărârea Telaustria, punctul 36 de mai sus, punctul 60). Acest raționament ar fi astfel confirmat de punctul 33 din Hotărârea Comisia/Franța, punctul 38 de mai sus. În același mod, în Hotărârea Coname, punctul 36 de mai sus, Curtea ar fi afirmat că acele contracte care nu intră în domeniul de aplicare al directivei, precum contractele de concesiune, s-ar supune în continuare normelor generale ale Tratatului CE. Legiuitorul european ar fi ținut cont de această jurisprudență la momentul adoptării directivelor privind contractele de achiziții publice în considerentul (9) al Directivei 2004/17.

67 În opinia Comisiei, Curtea a dat un conținut concret obligației de transparență afirmând că întreprinderile stabilite în alt stat membru trebuie să aibă acces, înainte de atribuirea unui contract, la informații adecvate legate de acesta, astfel încât să poată, dacă este cazul, să își manifeste interesul în privința obținerii sale (Hotărârea Coname, punctul 36 de mai sus, punctul 21).

b) Aprecierea Tribunalului

68 Republica Federală Germania și intervenientele susțin că punctul 2.1.1 din comunicare introduce o obligație de principiu, în sarcina statelor membre, de a publica în prealabil toate contractele avute în vedere, ceea ce ar reprezenta o nouă obligație în raport cu principiile Tratatului CE.

69 În ceea ce privește normele și principiile Tratatului CE (punctul 1.1 din comunicare) aplicabile atribuirii unui contract de achiziții publice care prezintă un interes pentru piața internă, comunicarea prevede la punctul 2.1 normele fundamentale aplicabile în materie de publicitate. În această privință, punctul 2.1.1 este intitulat „Obligația de a asigura o publicitate adecvată” și dispune următoarele:

„Potrivit [Curții], principiul egalității de tratament și cel al nediscriminării implică o obligație de transparență care constă în garantarea, în favoarea oricărui ofertant potențial, a unui grad de publicitate adecvat care permite asigurarea unui mediu concurențial.

Obligația de transparență presupune ca o întreprindere situată pe teritoriul unui alt stat membru să poată să aibă acces la informațiile corespunzătoare privind contractul înainte de atribuirea acestuia, astfel încât, dacă ar dori, această întreprindere ar fi în măsură să își manifeste interesul pentru obținerea contractului.

Comisia consideră că practica de a intra în contact cu un anumit număr de ofertanți potențiali nu este suficientă în această privință, chiar dacă entitatea contractantă se adresează unor întreprinderi din alte state membre sau se străduiește să intre în contact cu toți furnizorii potențiali. O abordare selectivă de această natură nu poate exclude orice discriminare față de ofertanții potențiali din alte state membre și în special față de noii veniți pe piață. Același lucru este valabil pentru orice formă de publicitate «pasivă», când o entitate contractantă nu asigură o publicitate activă, ci răspunde la cererile de informații care provin de la candidați ce au descoperit prin propriile mijloace existența unui contract. De asemenea, o simplă trimitere la articole sau la reportaje din mass-media, la dezbateri parlamentare sau politice ori la evenimente precum congresele ca fiind surse de informare nu ar constitui o publicitate adecvată.

În consecință, unicul mod de a respecta cerințele definite de [Curte] constă în difuzarea unei publicități suficient de accesibile înainte de atribuirea contractului. Această publicitate trebuie difuzată de entitatea contractantă în vederea asigurării unui mediu concurențial pentru contractul în cauză."

70 Primele două paragrafe ale punctului 2.1.1 din comunicare reiau jurisprudența Curții cuprinsă în Hotărârile Telaustria, Coname și Parking Brixen, punctul 36 de mai sus, și nu sunt contestate nici de Republica Federală Germania, nici de vreuna dintre intervenientе. Pe de altă parte, al treilea paragraf al punctului 2.1.1 din comunicare nu a fost contestat în cadrul procedurii scrise. La ultimul paragraf al punctului 2.1.1 din comunicare se concluzionează că există obligația de a asigura o publicitate adecvată ce constă în difuzarea unei publicități suficient de accesibile înainte de atribuirea contractului.

71 Republica Federală Germania, susținută de intervenientе, arată, în esență, că acest punct al comunicării stabilește, pentru contractele de achiziții publice care intră în domeniul său de aplicare, o obligație de publicitate prealabilă, care nu ar rezulta numai din principiile și din jurisprudența Curții evocate în cuprinsul aceluiași punct. Aceasta ar constitui astfel o nouă obligație, care ar conferi comunicării în cauză caracterul unui act care produce efecte juridice obligatorii, ce pot face obiectul unei acțiuni în anulare.

72 Prin urmare trebuie să se examineze dacă respectiva comunicare se limitează la a explica această obligație a statelor membre ce rezultă din principiile fundamentale ale Tratatului CE sau dacă aceasta stabilește obligații noi, astfel cum pretind Republica Federală Germania și intervenientele.

73 În această privință, trebuie mai întâi precizat că procedurile specifice și riguroase prevăzute de directivele comunitare privind coordonarea procedurilor de atribuire a

contractelor de achiziții publice se aplică numai contractelor a căror valoare depășește pragul prevăzut în mod expres în fiecare dintre directivele respective (Ordonanța Vestergaard, punctul 36 de mai sus, punctul 19, și Hotărârea Comisia/Franța, punctul 38 de mai sus, punctul 33). Astfel, normele acestor directive nu se aplică acelor contracte a căror valoare nu atinge pragul stabilit de aceste directive.

74 Totuși, nu se poate deduce de aici că aceste din urmă contracte sunt excluse din domeniul de aplicare al dreptului comunitar (Ordonanța Vestergaard, punctul 38 de mai sus, punctul 19). Astfel, potrivit unei jurisprudențe constante a Curții, în ceea ce privește atribuirea contractelor care, având în vederea valoarea lor, nu sunt supuse procedurilor prevăzute de normele comunitare, autoritățile contractante sunt totuși ținute să respecte normele fundamentale ale Tratatului CE în general (Ordonanța Vestergaard, punctul 38 de mai sus, punctul 20, și Hotărârea Comisia/Franța, punctul 38 de mai sus, punctul 32) și principiul nediscriminării pe motiv de cetățenie sau de naționalitate în special (a se vedea în acest sens Hotărârea Curții din 18 noiembrie 1999, Unitron Scandinavia și 3-S, C-275/98, Rec., p. I-8291, punctul 29, Hotărârile Curții Telaustria, punctul 36 de mai sus, punctul 62, Coname, punctul 36 de mai sus, punctul 16, și Parking Brixen, punctul 36 de mai sus, punctul 46, precum și Hotărârea Curții din 6 aprilie 2006, ANAV, C-410/04, Rec., p. I-3303, punctul 18).

75 Acest lucru este confirmat de altfel de considerentul (9) al Directivei 2004/17, potrivit căruia, „[p]entru contractele de achiziții publice a căror valoare este mai mică decât cea care determină aplicarea dispozițiilor coordonării comunitare, este recomandabil să se facă apel la jurisprudența elaborată de Curte […], conform căreia se aplică normele și principiile din tratatele menționate mai sus [precum principiul egalității de tratament, al cărui principiu de nediscriminare nu este decât o exprimare specifică, principiul recunoașterii reciproce, principiul proporționalității, precum și obligația de transparență]”, precum și considerentele (1) și (2) ale Directivei 2004/18 care evocă aplicarea acelorași principii în cazul atribuirii oricărui contract încheiat în statele membre, cu o valoare inferioară sau superioară pragurilor în cauză.

76 Principiile egalității de tratament și nediscriminării pe motiv de cetățenie sau de naționalitate implică, astfel cum a statuat Curtea în mod constant, printre altele, o obligație de transparență care permite autorității publice concedente să se asigure că aceste principii sunt respectate (Hotărârile Curții Unitron Scandinavia și 3-S, punctul 74 de mai sus, punctul 31, și Telaustria, punctul 36 de mai sus, punctul 61, Hotărârea Curții din 18 iunie 2002, HI, C-92/00, Rec., p. I-5553, punctul 45, Hotărârile Curții Parking Brixen, punctul 36 de mai sus, punctul 49, și ANAV, punctul 74 de mai sus, punctul 21), această obligație fiind confirmată de considerentul (9) al Directivei 2004/17, precum și de considerentul (2) al Directivei 2004/18. În consecință, statele membre, precum și entitățile lor contractante trebuie să respecte această obligație de transparență, astfel cum este interpretată de Curte, pentru atribuirea tuturor contractelor de achiziții publice.

77 Curtea a precizat în continuare că această obligație de transparență ce revine autorității contractante constă în garantarea, în favoarea oricărui potențial ofertant, a unui nivel de publicitate adecvat care să permită asigurarea unui mediu concurențial pentru contractele de achiziții publice de servicii, precum și controlul imparțialității procedurilor de atribuire (Hotărârile Telaustria, punctul 36 de mai sus, punctul 62, Parking Brixen, punctul 36 de mai sus, punctul 49, și ANAV, punctul 74 de mai sus, punctul 21).

78 Potrivit Curții, obligația de transparență ce revine autorităților contractante implică în special cerințe de natură să permită unei întreprinderi situate pe teritoriul altui stat membru decât cel în cauză să poată avea acces la informații adecvate privind respectivul contract de achiziții publice înainte ca acesta să fie atribuit, astfel încât, dacă această întreprindere ar fi dorit, ar fi fost în măsură să își manifeste interesul pentru obținerea acestui contract de achiziții publice (a se vedea în acest sens Hotărârea Coname, punctul 36 de mai sus, punctul 21).

79 Din această jurisprudență rezultă că obligația de transparență în sensul unei publicități adecvate cuprinde, prin urmare, o formă de publicitate înainte de atribuirea contractului de achiziții publice în cauză, cu alte cuvinte o publicitate prealabilă. În consecință, contrar argumentării Republicii Federale Germania și intervenientelor, prin faptul că a evocat o „publicitate suficient de accesibilă înainte de atribuirea

contractului", comunicarea nu a creat o obligație nouă în sarcina statelor membre, ci s-a mulțumit să amintească o obligație existentă care rezulta din dreptul comunitar aplicabil contractelor de achiziții publice la care se referă comunicarea în cauză, astfel cum a fost interpretată de instanța comunitară.

80 Acest lucru este confirmat de jurisprudența Curții ulterioară publicării comunicării, după cum a recunoscut Republica Federală Germania în cadrul ședinței. Astfel, conform jurisprudenței Curții, pe de o parte se aplică în mod automat obligațiile care rezultă din dreptul primar privind egalitatea de tratament și transparența în privința contractelor care sunt totuși excluse din domeniul de aplicare al directivelor privind contractele de achiziții publice ce prezintă un anumit interes transfrontalier [a se vedea în acest sens, în legătură cu Directiva 93/36/CEE a Consiliului din 14 iunie 1993 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de bunuri (JO L 199, p. 1) și cu un contract cu o valoare inferioară pragului instituit de directiva menționată, Hotărârea Curții din 14 iunie 2007, Medipac-Kazantzidis, C-6/05, Rep., p. I-4557, punctul 33; în ceea ce privește Directiva 92/50/CEE a Consiliului din 18 iunie 1992 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de servicii (JO L 209, p. 1, Ediție specială, 06/vol. 2, p. 50) și un contract II B, Hotărârea Comisia/Irlanda, punctul 57 de mai sus, punctele 30, 31 și 32, și în ceea ce privește Directivele 92/50, 93/36, Directiva 93/37/CEE a Consiliului din 14 iunie 1993 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări (JO L 199, p. 54) și Directiva 93/38/CEE a Consiliului din 14 iunie 1993 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și telecomunicațiilor (JO L 199, p. 84), Hotărârea Curții din 21 februarie 2008, Comisia/Italia, C-412/04, Rep., p. I-619, punctele 66, 81 și 82]. Pe de altă parte, în opinia Curții, o publicitate *ex post* nu poate garanta o publicitate adecvată în sensul jurisprudenței Telaustria și Coname, punctul 36 de mai sus, ceea ce înseamnă că obligația de transparență care rezultă din principiile Tratatului CE presupune că anunțul de participare trebuie să facă obiectul unei publicități prealabile, care să fie efectuată înainte de atribuire (Hotărârea Comisia/Irlanda, punctul 57 de mai sus, punctele 30 și 32).

81 Constatarea potrivit căreia obligația de publicitate prealabilă prevăzută la punctul 2.1.1 din comunicare nu depășește interpretarea dată de Curte principiilor fundamentale

ale Tratatului CE nu poate fi pusă în discuție de diferitele argumente ale Republicii Federale Germania și ale intervenientelor.

82 În primul rând, Republica Federală Germania susține, în esență, că Hotărârile Telaustria, Coname și Parking Brixen, punctul 36 de mai sus, se referă la contractele de achiziții publice privind concesiuni de servicii, care, deși situate în afara domeniului de aplicare al directivelor privind contractele de achiziții publice, ar fi, prin valoarea lor, comparabile contractelor de achiziții publice care intră în domeniul de aplicare al directivelor menționate și că, în consecință, jurisprudența rezultată din aceste hotărâri nu ar fi aplicabilă contractelor de achiziții publice la care se referă comunicarea.

83 În această privință, trebuie amintit că din jurisprudența pe care se întemeiază Republica Federală Germania pentru a-și susține argumentele rezultă că, anterior, Curtea a statuat în raport cu contractele de concesiune că, deși atribuirea unei astfel de concesiuni nu ar fi reglementată de niciuna dintre directivele privind contractele de achiziții publice, astfel de contracte s-ar supune în continuare normelor generale ale Tratatului CE (a se vedea în acest sens Hotărârea Coname, punctul 36 de mai sus, punctul 16, coroborată cu Hotărârea Comisia/Franța, punctul 38 de mai sus, punctul 33). De asemenea, trebuie să se constate că, potrivit acestei jurisprudențe, obligația de transparență rezultă direct din normele generale ale tratatului menționat și în special din principiul egalității de tratament și al nediscriminării (Hotărârile Telaustria, punctul 36 de mai sus, punctul 61, și Parking Brixen, punctul 36 de mai sus, punctul 49) și că obligația menționată de transparență implică ea însăși o obligație de publicitate prealabilă (a se vedea în acest sens Hotărârea Coname, punctul 36 de mai sus, punctul 21). În schimb, împrejurarea că acele contracte în cauză în aceste hotărâri ar fi, din punctul de vedere al importanței lor, comparabile cu contractele de achiziții publice care intră în domeniul de aplicare al directivelor privind contractele de achiziții publice nu este în niciun fel evocată în aceste hotărâri pentru a justifica obligația unei publicități adecvate și, în special, prealabile. În consecință, spre deosebire de ceea ce susține Republica Federală Germania, această jurisprudență poate fi transpusă în privința contractelor de achiziții publice la care se referă comunicarea, cărora li se aplică de asemenea, după cum s-a arătat anterior, principiul egalității de tratament și obligația de transparență care rezultă din acesta.

84 Cu titlu suplimentar, trebuie subliniat că acest fapt este de altfel confirmat de jurisprudența Curții ulterioară publicării comunicării. Astfel, la punctul 33 din Hotărârea Medipac-Kazantzidis, punctul 80 de mai sus, Curtea a făcut referire, în privința unui contract de achiziții publice de lucrări, la o jurisprudență constantă potrivit căreia, chiar dacă valoarea unui contract ce face obiectul unei cereri de ofertă nu atinge pragul de aplicare a directivelor privind contractele de achiziții publice, prin care legiuitorul comunitar a reglementat domeniul achizițiilor publice, iar contractul respectiv nu intră, așadar, în domeniul de aplicare al acestor directive, autoritățile contractante care încheie un contract sunt totuși obligate să respecte principiile generale ale dreptului comunitar, cum ar fi principiul egalității de tratament și obligația de transparență care decurge din acesta, și a făcut trimitere în cuprinsul aceluiași punct, ca jurisprudență constantă, la Hotărârile Telaustria, Coname și Parking Brixen, punctul 36 de mai sus. Astfel, Curtea a extins în cazul normelor de atribuire a contractelor a căror valoare financiară rămâne sub pragurile de aplicare a directivelor soluțiile desprinse în raport cu modalitățile de încheiere a contractelor de concesiune de servicii publice (Hotărârea Medipac Kazantzidis, punctul 80 de mai sus, punctul 33).

85 În al doilea rând, în ceea ce privește argumentul Republicii Federale Germania, rezumat la punctul 38 de mai sus, potrivit căruia Ordonanța Vestergaard, punctul 38 de mai sus, și Hotărârea Comisia/Franța, punctul 38 de mai sus, nu s-ar referi decât la principiul nediscriminării și în consecință nu pot justifica obligația efectuării unei publicități prealabile, este suficient să se arate că obligația de transparență, în special printr-o formă de publicitate adecvată, rezultă, potrivit jurisprudenței evocate la punctul 76 de mai sus, exact din principiul egalității de tratament și din cel al discriminării pe motiv de cetățenie sau de naționalitate. Întrucât rezultă din aceste decizii că normele fundamentale ale Tratatului CE sunt aplicabile tuturor contractelor de achiziții publice, deși nu ar intra în domeniul de aplicare al directivelor privind contractele de achiziții publice (Ordonanța Vestergaard, punctul 38 de mai sus, punctul 19, și Hotărârea Comisia/Franța, punctul 38 de mai sus, punctele 32 și 33), în mod întemeiat a evocat Comisia în comunicare această ordonanță și această hotărâre.

86 În al treilea rând, nu poate fi admisă nici argumentarea potrivit căreia, prin stabilirea unor praguri de aplicare a directivelor privind contractele de achiziții publice,

legiuitorul comunitar ar fi indicat în mod expres că, sub aceste valori, ar trebui în principiu să se prezume că efectele pe piața internă ar fi mai degrabă „aleatorii sau indirecte” și astfel să se concluzioneze că ofertanții străini nu au un interes.

87 În această privință, trebuie precizat că nu s-ar putea prezuma, numai pornind de la faptul că valoarea unui contract de achiziții publice se situează sub pragurile de aplicare a directivelor privind contractele de achiziții publice, că efectele contractului respectiv pe piața internă ar fi relativ nesemnificative. Această teză este contrazisă de jurisprudența evocată la punctele 73 și 74 de mai sus, potrivit căreia astfel de contracte nu sunt excluse din domeniul de aplicare al dreptului comunitar. Or, dacă *a priori* s-ar putea exclude orice influență a contractelor respective asupra pieței interne, dreptul comunitar nu s-ar aplica.

88 Cu siguranță, după cum recunoaște Curtea, este plauzibil că, în temeiul unor împrejurări speciale, cum ar fi, printre altele, o miză economică foarte redusă, s-ar putea considera în mod rezonabil că o întreprindere situată într-un alt stat membru decât cel al entității contractante a unui contract de achiziții publice determinat nu ar avea un interes considerabil pentru contractul respectiv și că, în consecință, efectele asupra libertăților fundamentale în cauză ar trebui considerate ca fiind prea aleatorii și prea indirecte pentru a putea conduce la concluzia că ar exista o eventuală încălcare a acestora (a se vedea în acest sens Hotărârea Coname, punctul 36 de mai sus, punctul 20 și jurisprudența citată). Cu toate acestea, concluzia privind lipsa încălcării libertăților fundamentale nu poate rezulta decât din evaluarea împrejurărilor specifice ale fiecărui caz și nu se poate întemeia numai pe faptul că valoarea contractului în cauză nu depășește un anumit prag.

89 Astfel, punctul 1.3 din comunicare prevede următoarele:

„[F]iecărei autorități contractante îi revine sarcina de a stabili dacă atribuirea unui contract avută în vedere prezintă sau nu prezintă un interes potențial pentru operatorii economici situați în alte state membre. Comisia consideră că această decizie

trebuie întemeiată pe o evaluare a împrejurărilor specifice ale speței, precum obiectul contractului, valoarea sa estimată, caracteristicile particulare ale sectorului în cauză (mărimea și structura pieței, practici comerciale etc.), precum și locul geografic al executării contractului. Dacă entitatea contractantă ajunge la concluzia că respectivul contract prezintă un interes pentru piața internă, aceasta va trebui să îl atribuie cu respectarea normelor fundamentale rezultate din dreptul comunitar."

90 În al patrulea rând, Republica Federală Germania susține, cu toate acestea, că solicitând autorităților contractante să examineze în fiecare caz relevanța unui contract de achiziții publice în raport cu piața internă pentru a stabili, printre altele, aplicabilitatea obligației de publicitate prealabilă prevăzută la punctul 2.1.1 din aceeași comunicare, respectiva comunicare ar crea o obligație nouă și ar produce astfel efecte juridice obligatorii.

91 Or, jurisprudența Curții a reținut deja, în ceea ce privește un contract de achiziții publice situat în afara domeniului de aplicare al directivelor privind contractele de achiziții publice, o obligație a entității contractante de a aprecia, sub controlul instanțelor competente, specificitățile contractului în cauză, și anume dacă modalitățile de organizare a cererii de ofertă sunt adecvate (a se vedea în acest sens Hotărârea Parking Brixen, punctul 36 de mai sus, punctele 49 și 50). Prin urmare, nu se poate susține că punctul 1.3 coroborat cu punctul 2.1.1 din comunicare ar institui o obligație nouă în sarcina statelor membre.

92 În legătură cu acest aspect, Republica Federală Germania și Republica Austria au precizat în plus, în cadrul ședinței, că o evaluare specifică astfel cum este prevăzută la punctul 1.3 din comunicare ar încălca Hotărârea SECAP, punctul 42 de mai sus (punctele 30-32), care are în vedere o definiție abstractă și generală a relevanței unui contract de achiziții publice pentru piața internă.

93 În această privință, trebuie să se constate că punctul 30 din Hotărârea SECAP, punctul 42 de mai sus, confirmă concluzia enunțată în cuprinsul punctului 91 de mai sus, potrivit căreia autorității contractante îi revine, în principiu, sarcina să aprecieze, înainte de definirea termenilor din anunțul de participare, interesul transfrontalier eventual al unui contract a cărui valoare estimată este inferioară pragului prevăzut prin normele comunitare, fiind subînțeles faptul că această apreciere poate fi supusă controlului jurisdicțional.

94 În plus, trebuie subliniat că nu există contradicție între comunicare, în special punctul 1.3 din aceasta, și Hotărârea SECAP, punctul 42 de mai sus. Astfel, comunicarea nu exclude posibilitatea ca o reglementare să stabilească, la nivel național sau local, criterii obiective care să indice existența unui interes transfrontalier cert, după cum prevede punctul 31 din Hotărârea SECAP, punctul 42 de mai sus. Autoritățile contractante care aplică o astfel de reglementare sunt totuși obligate să respecte normele fundamentale ale Tratatului CE, precum și, în special, principiul nediscriminării pe motiv de cetățenie sau de naționalitate (Hotărârea SECAP, punctul 42 de mai sus, punctul 29).

95 În ceea ce privește punctul 32 din Hotărârea SECAP, punctul 42 de mai sus, trebuie să se constate că nici acesta nu contrazice punctele 1.3 și 2.1.2 din comunicare. Astfel, punctul menționat privește, chiar în prezența unui interes transfrontalier cert, excluderea automată a anumitor oferte din cauza faptului că sunt anormal de scăzute și se aplică astfel într-o altă etapă a atribuirii unui contract de achiziții publice decât cea a determinării interesului potențial al unui contract de achiziții publice pentru operatorii economici situați în alte state membre, prevăzută la punctul 1.3 din comunicare, sau cea a alegerii celei mai adecvate modalități de a asigura publicitatea, cum se prevede la punctul 2.1.2 din comunicare. În orice caz, trebuie subliniat că punctele menționate din comunicare nu exclud luarea în considerare a capacității administrative a entității contractante și nu pot institui, prin urmare, o obligație nouă în raport cu statele membre sau cu autoritățile lor contractante.

96 În al cincilea rând, contrar susținerilor Republicii Federale Germania (a se vedea punctul 46 de mai sus), punctul 2.1.2 din comunicare, potrivit căruia „[e]ste sarcina

entităților contractante să stabilească suportul cel mai adecvat pentru a asigura publicitatea contractelor lor", nu este incompatibil cu stabilirea, printr-o reglementare națională, a criteriilor generale care trebuie să guverneze această alegere, precizându-se că respectarea normelor fundamentale ale Tratatului CE, printre care în special principiul nediscriminării pe motiv de cetățenie sau naționalitate, nu poate fi repusă în discuție de utilizarea unor asemenea criterii. Astfel, după cum s-a arătat anterior la punctul 91 de mai sus, autorității publice care atribuie contractul îi revine sarcina să aprecieze, sub controlul instanțelor competente, dacă modalitățile de organizare a cererii de ofertă sunt adecvate specificității contractului de achiziții publice în cauză. Conform jurisprudenței Curții, comunicarea lasă autorităților contractante răspunderea de a determina gradul și forma de publicitate adecvată (a se vedea în acest sens Hotărârea Parking Brixen, punctul 36 de mai sus, punctele 49 și 50). Comunicarea indică astfel în mod just, la punctul 2.1.2, că „este sarcina entităților contractante să stabilească suportul cel mai adecvat pentru a asigura publicitatea contractelor lor". Prin urmare, aceasta nu instituie o obligație juridică nouă pentru autoritățile contractante.

97 Pe de altă parte, ca răspuns la argumentul Republicii Austria întemeiat pe o comparare a pragurilor de aplicare a directivelor privind contractele de achiziții publice cu norma *de minimis* aplicabilă ajutoarelor de stat, este suficient să se arate că din directive nu rezultă în niciun caz că pragurile în cauză sunt întemeiate pe considerații analoge celor care justifică norma *de minimis* în domeniul ajutoarelor de stat.

98 În al șaselea rând, în ceea ce privește argumentarea Republicii Franceze potrivit căreia comunicarea instituie, la punctul 2.1.2, o obligație de publicare, care ar consta în utilizarea unui suport scris pentru a asigura publicitatea pentru contractele în cauză, trebuie arătat că aceasta pornește de la o premisă eronată. Astfel, în comunicare nu există nicio prevedere referitoare la o obligație privind publicitatea care constă în utilizarea unui suport scris pentru a asigura publicitatea contractelor de achiziții publice la care se referă. Pe de o parte, punctul 2.1.3 primul paragraf din comunicare amintește jurisprudența potrivit căreia obligația de transparență nu implică în mod necesar o obligație de a organiza o cerere de ofertă formală (Hotărârea Coname,

punctul 36 de mai sus, punctul 21). Pe de altă parte, punctul 2.1.2 al treilea paragraf prevede următoarele:

„Ca forme de publicitate adecvate și utilizate frecvent trebuie amintite:

— Internetul, [...]”

După cum admit, de altfel, Republica Federală Germania și intervenientele, este vorba despre o enumerare exemplificativă, care nu exclude în niciun caz diferite forme de publicitate adecvate.

99 În al șaptelea rând, în ceea ce privește argumentarea Republicii Federale Germania, precum și cea a Republicii Franceze, potrivit cărora excluderea practicii de a intra în contact cu ofertanți potențiali, chiar dacă entitatea contractantă se adresează unor întreprinderi din alte state membre și se străduiește să intre în contact cu toți furnizorii potențiali prin obligația de transparență introdusă de comunicare (punctul 2.1.1 al treilea paragraf din comunicare), ar fi un element care stabilește obligații specifice în raport cu principiile Tratatului CE, este important de subliniat că aceasta vizează o parte din comunicare ce nu este în niciun fel contestată în cererea introductivă sau în memoriul în intervenție. În această privință, trebuie să se arate că, deși articolul 48 alineatul (2) din Regulamentul de procedură permite, în anumite condiții, prezentarea de motive noi pe parcursul procesului, această dispoziție nu poate, în niciun caz, să fie interpretată în sensul că permite reclamantului să sesizeze Tribunalul cu concluzii noi și să modifice astfel obiectul litigiului (a se vedea Hotărârea Tribunalului din 12 iulie 2001, Banatrading/Consiliul, T-3/99, Rec., p. II-2123, punctul 28 și jurisprudența citată). Rezultă că argumentarea în cauză nu este admisibilă întrucât urmărește să extindă obiectul litigiului prin includerea unei părți din comunicare care nu face obiectul cererii introductive.

100 În orice caz, trebuie să se constate că respectiva comunicare nu exclude această practică în mod absolut și definitiv. După cum se prevede la punctele 2.2.2 și 2.1.3 din comunicare, entitățile contractante au posibilitatea să limiteze numărul de candidați invitați să depună o ofertă la un nivel corespunzător. Cu toate acestea, comunicarea impune în această privință ca principiul nediscriminării și obligația de transparență să fie respectate (punctul 2.2.2 din comunicare) pentru a asigura o concurență suficientă. În plus, pentru a se putea efectua verificarea imparțialității procedurilor de atribuire, Tribunalul consideră că din obligația de transparență rezultă că este necesară o divulgare activă din partea autorităților contractante, după cum sarcina de a stabili caracterul adecvat al modalităților de organizare a cererii de ofertă revine entităților contractante (Hotărârea Parking Brixen, punctul 36 de mai sus, punctul 50). Prin urmare, conținutul punctului 2.1.1 al treilea paragraf din comunicare, contestat de Republica Federală Germania și de Republica Franceză, nu instituie obligații specifice.

2. *Cu privire la al doilea motiv, întemeiat pe specificitatea obligației de publicitate (punctul 2.2 din comunicare)*

a) Argumentele părților

Republica Federală Germania

101 Republica Federală Germania susține că obligațiile care rezultă din cuprinsul punctului 2.2 din comunicare depășesc în mod sensibil ceea ce rezultă din interpretarea

de către Curte a principiilor fundamentale ale Tratatului CE. Potrivit Republicii Federale Germania, Comisia a decis mai întâi la punctul 2.2 din comunicare că, în fapt, se impunea atribuirea contractelor conform principiilor fundamentale ale Tratatului CE, pentru a garanta condiții de concurență echitabile tuturor ofertanților interesați și a dedus în continuare din această obligație generală un anumit număr de obligații concrete privind publicitatea intenției de a atribui un contract.

102 Republica Federală Germania susține printre altele că, potrivit punctului 2.2 din comunicare, statele membre trebuie să descrie obiectul contractului astfel încât toți ofertanții potențiali să îl poată înțelege în același fel, garantând totodată accesul în aceleași condiții operatorilor economici din toate statele membre. În plus, dacă acestea ar impune ca ofertanții să prezinte documente scrise, autoritățile ar trebui de asemenea să accepte documentele întocmite în alte state membre. Termenele acordate ar trebui să fie suficient de lungi pentru a permite ofertanților din alte state membre să le respecte. În sfârșit, procedura ar trebui să fie transparentă pentru toți participanții. Acest catalog de norme ar fi completat cu dispoziții de procedură, în atenția statelor membre care doresc să întocmească o listă restrânsă a candidaților invitați să își depună oferta pentru contractul în cauză (punctul 2.2.2 din comunicare) și cu norme aplicabile deciziei de atribuire a contractului (punctul 2.2.3 din comunicare).

103 În timp ce obligația unei descrieri nediscriminatorii a obiectului contractului care figurează la prima liniuță din catalogul de la punctul 2.2.1 din comunicare ar putea eventual să rezulte din jurisprudența Curții, în Ordonanța Vestergaard, punctul 38 de mai sus (punctul 24), celelalte obligații care figurează la punctul 2.2.1 din comunicare ar conține instrucțiuni concrete, care nu pot fi deduse din dreptul comunitar pozitiv. Acest aspect ar fi confirmat de afirmația Comisiei potrivit căreia principiile menționate mai sus ar fi de natură să garanteze, în practică, respectarea principiilor fundamentale ale Tratatului CE (punctul 1.2 din comunicare). Prin urmare, nu ar fi vorba despre o descriere a jurisprudenței Curții, ci de norme noi de atribuire a

contractelor. Republica Federală Germania contestă astfel, în esență, diferitele motive enunțate la punctul 2.2.1 din comunicare, ce instituie, în opinia sa, obligații noi.

Intervenientele

104 În raport cu specificitatea obligațiilor de publicitate prevăzută la punctul 2.2 din comunicare, Republica Austria susține că anumite aspecte care sunt abordate în cuprinsul acestuia, precum cerința unor termene suficient de lungi și numărul de candidați înscriși pe lista restrânsă, în ceea ce privește atribuirea contractelor care nu intră sau intră parțial în domeniul de aplicare al directivelor privind contractele de achiziții publice, vizează de asemenea să producă noi efecte juridice obligatorii. Or, aceste obligații nu ar putea fi deduse din jurisprudența Curții.

105 Parlamentul European achiesează la concluziile Republicii Federale Germania privind punctul 2.2 din comunicare, însă insistă asupra unei serii de aspecte suplimentare, întărind astfel argumentarea Republicii Federale Germania. Potrivit Parlamentului European, Comisia instituie la acest punct norme detaliate privind conținutul și termenele de depunere a cererilor de ofertă, privind o eventuală procedură de preselecție și privind protecția judiciară.

106 Republica Polonă susține că, în indicarea modalităților de publicitate și a conținutului anunțurilor și chiar în instituirea de norme privind termenele procedurale în materia atribuirii contractelor de achiziții publice, Comisia nu menționează nicio hotărâre a Curții în susținerea poziției sale. Or, în opinia Comisiei, comunicarea ar fi destinată să interpreteze jurisprudența Curții în materia amintită. Aceasta ar explica de ce declarația Comisiei potrivit căreia comunicarea ar rezuma jurisprudența nu ar fi confirmată de conținutul său.

Comisia

107 Comisia respinge argumentarea Republicii Federale Germania și a intervenientelor împotriva criteriilor prevăzute la punctul 2.2.1 din comunicare. În opinia sa, principiul accesului în aceleași condiții pentru operatorii economici din toate statele membre și principiul recunoașterii reciproce a diplomelor, a certificatelor și a altor titluri oficiale de calificare, cerința unor termene corespunzătoare și cea a unei abordări transparente și obiective constituie principii care rezultă din Tratatul CE. Nu ar fi vorba în niciun caz despre norme noi privind atribuirea de contracte, ci despre o transpunere a normelor generale ale dreptului comunitar în domeniul contractelor de achiziții publice.

b) Aprecierea Tribunalului

108 Punctul 2.2 din comunicare are ca obiect „atribuirea contractului".

109 În această privință, punctul 2.2.1 din comunicare prevede:

„Principii

În Hotărârea Telaustria, [Curtea] a declarat că obligația de transparență constă în garantarea, în favoarea oricărui potențial ofertant, a unui grad de publicitate adecvat care

permite asigurarea unui mediu concurențial, precum și verificarea imparțialității procedurilor de atribuire. În practică, garantarea unei proceduri echitabile și imparțiale constituie corolarul necesar al obligației de a asigura o publicitate transparentă.

Din cele de mai sus rezultă că un contract trebuie atribuit cu respectarea normelor și a principiilor Tratatului CE pentru a garanta condiții concurențiale echitabile tuturor operatorilor economici interesați de acest contract. În practică, cele mai bune mijloace de a ajunge la acest rezultat sunt:

— O descriere nediscriminatorie a obiectului contractului

Descrierea caracteristicilor impuse pentru un produs sau un serviciu nu trebuie să privească un anumit mod de fabricare sau o anumită origine, nici procedee specifice și nici să se refere la o marcă, la un brevet, la o origine sau la o producție determinate, cu excepția situației în care o mențiune de această natură este justificată de obiectul contractului și dacă aceasta este însoțită de mențiunea «sau echivalent». În orice caz, se preferă utilizarea descrierilor mai generale în ceea ce privește executarea sau funcțiile.

— Accesul în aceleași condiții pentru operatorii economici din toate statele membre

Caietul de sarcini nu trebuie să impună nicio condiție care să determine o discriminare directă sau indirectă față de ofertanții potențiali din alte state membre, precum obligația, pentru întreprinderile interesate de contract, de a avea

sediul pe teritoriul aceluiași stat membru sau al aceleiași regiuni precum entitatea contractantă.

— Recunoașterea reciprocă a diplomelor, a certificatelor și a altor titluri oficiale de calificare

În cazul în care candidați sau ofertanți sunt invitați să prezinte certificate, diplome sau alte tipuri de probe scrise, documentele care provin de la alte state membre și care oferă un nivel echivalent de garanție trebuie acceptate conform principiului recunoașterii reciproce a diplomelor, certificatelor și a altor titluri oficiale de calificare.

— Termene corespunzătoare

Termenele acordate pentru manifestarea interesului sau pentru depunerea ofertelor trebuie să fie suficiente pentru a permite întreprinderilor din alte state membre să efectueze o evaluare pertinentă și să își întocmească oferta.

— O abordare transparentă și obiectivă

Toți participanții trebuie să poată cunoaște dinainte normele aplicabile și să aibă certitudinea că aceste norme sunt aplicate în același mod tuturor operatorilor."

Observații preliminare

110 Cu titlu introductiv, trebuie să se constate că argumentarea Republicii Federale Germania se întemeiază pe premisa potrivit căreia contractele la care se referă comunicarea nu s-ar supune niciunei obligații generale de transparență care rezultă din dreptul comunitar. Cu toate acestea, trebuie să se constate că, după cum s-a arătat mai sus (a se vedea punctele 68-100), această premisă este eronată.

111 Tribunalul observă în continuare că punctul 2.2.1 din comunicare urmărește să asigure, pe de o parte, obligația de publicitate menționată la punctul 2.1 din comunicare și, pe de altă parte, atribuirea contractului cu respectarea normelor și a principiilor Tratatului CE. Pentru aceasta, comunicarea se întemeiază pe jurisprudența Curții, potrivit căreia procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice trebuie să respecte, în toate etapele sale, în special în cea a selecției candidaților în cadrul unei proceduri restrânse, atât principiul egalității de tratament a potențialilor ofertanți, cât și obligația de transparență, pentru ca toți să dispună de aceleași șanse în formularea termenilor cererilor lor de participare sau a ofertelor lor (a se vedea în acest sens, în ceea ce privește stadiul comparării ofertelor, Hotărârea Curții din 25 aprilie 1996, Comisia/Belgia, C-87/94, Rec., p. I-2043, punctul 54, și Hotărârea Curții din 12 decembrie 2002, Universale-Bau și alții, C-470/99, Rec., p. I-11617, punctul 93).

112 În plus, trebuie subliniat că, potrivit jurisprudenței Curții, principiul egalității de tratament, a cărui expresie particulară o constituie articolele 43 CE și 49 CE, interzice nu numai discriminările evidente, întemeiate pe cetățenie sau naționalitate, ci și orice forme disimulate de discriminare care, prin aplicarea altor criterii de diferențiere, conduc în fapt la același rezultat (Hotărârea Curții din 29 octombrie 1980, Boussac Saint-Frères, 22/80, Rec., p. 3427, punctul 7, și Hotărârea Curții din 5 decembrie 1989, Comisia/Italia, C-3/88, Rec., p. 4035, punctul 8), pentru a face accesibile contractele de achiziții publice din diferitele state membre tuturor antreprenorilor din Comunitate. În sfârșit, Curtea a reținut principiul egalității de tratament a ofertanților

(Hotărârea Curții din 22 iunie 1993, Comisia/Danemarca, C-243/89, Rec., p. I-3353, punctul 23, și Hotărârea Comisia/Belgia, punctul 111 de mai sus, punctul 51). Prin urmare, trebuie să se analizeze diferitele motive menționate la punctul 2.2.1 din comunicare în lumina celor amintite mai sus.

Cu privire la punctul 2.2.1 din comunicare

— Cu privire la prima liniuță a punctului 2.2.1 din comunicare

113 Prima liniuță a punctului 2.2.1 din comunicare prevede o descriere nediscriminatorie a obiectului contractului. Trebuie să se constate, după cum admite însăși Republica Federală Germania, că această cerință rezultă deja din Ordonanța Vestergaard, punctul 38 de mai sus. Într-adevăr, pentru atribuirea unui contract, acest obiectiv rezultă din principiul egalității de tratament, a cărui expresie particulară o constituie libertățile fundamentale. Astfel, în jurisprudența sa, Curtea a constatat că legalitatea unei clauze conținute în caietul de sarcini referitor la un contract a cărui valoare nu a atins pragul Directivei 93/37 și care nu intră, prin urmare, în domeniul de aplicare al directivei menționate trebuie apreciată în raport cu normele fundamentale ale Tratatului CE, printre care se numără libera circulație a mărfurilor, prevăzută la articolul 28 CE (Ordonanța Vestergaard, punctul 38 de mai sus, punctul 21).

114 În raport cu explicația oferită la prima liniuță a punctului 2.2.1 din comunicare, Tribunalul observă că, potrivit jurisprudenței, în domeniul contractelor de achiziții publice de bunuri, faptul de a nu adăuga mențiunea „sau echivalent” după desemnarea,

în caietul de sarcini, a unui produs determinat poate nu numai să descurajeze operatorii economici care utilizează sisteme similare acestui produs să participe la cererea de ofertă, ci și să împiedice fluxul de importuri în cadrul schimburilor comerciale intracomunitare, contrar articolului 28 CE, rezervând contractul numai ofertanților care își propun să utilizeze produsul indicat în mod specific (Hotărârea Curții din 22 septembrie 1988, Comisia/Irlanda, 45/87, Rec., p. 4929, punctul 22, Hotărârea Curții din 24 ianuarie 1995, Comisia/Țările de Jos, C-359/93, Rec., p. I-157, punctul 27, și Ordonanța Vestergaard, punctul 38 de mai sus, punctul 24).

115 Prin urmare, conținutul primei liniuțe a punctului 2.2.1 din comunicare corespunde interpretării de către Curte a principiilor fundamentale ale Tratatului CE.

— Cu privire la a doua liniuță a punctului 2.2.1 din comunicare

116 În ceea ce privește a doua liniuță a punctului 2.2.1 din comunicare, și anume accesul în aceleași condiții pentru operatorii economici din toate statele membre, Tribunalul consideră că acest obiectiv, care vizează să garanteze operatorilor economici, indiferent de originea lor, accesul în aceleași condiții la contractele propuse, rezultă din respectarea principiului libertății de stabilire și al liberei prestări a serviciilor, precum și al liberei concurențe (a se vedea în acest sens Concluziile avocatului general Léger prezentate în cauza în care s-a pronunțat Hotărârea Curții din 15 ianuarie 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria și alții, C-44/96, Rec., p. I-73, I-77, punctul 47, citate în Concluziile avocatului general Mischo prezentate în cauza în care s-a pronunțat Hotărârea Curții din 1 februarie 2001, Comisia/Franța, C-237/99, Rec., p. I-939, I-941, punctul 49) și în special din respectarea principiului egalității de tratament (a se vedea mai sus punctul 112), a cărui expresie este principiul interzicerii discriminării pe motiv de cetățenie sau naționalitate enunțat la articolul 12 CE.

117 Este de la sine înțeles că principiul nediscriminării interzice unei autorități contractante să impună o condiție care determină o discriminare directă sau indirectă, după cum se prevede la a doua liniuță a punctului 2.2.1 din comunicare. Potrivit jurisprudenței Curții, condițiile generale ale caietului de sarcini trebuie să respecte toate dispozițiile relevante ale dreptului comunitar, în special interdicțiile care decurg din principiile prevăzute de Tratatul CE cu privire la dreptul de stabilire și la libera prestare a serviciilor, precum și principiul nediscriminării pe motiv de cetățenie sau naționalitate (a se vedea în acest sens Hotărârea Curții din 9 iulie 1987, CEI și Bellini, 27/86-29/86, Rec., p. 3347, punctul 15, și Hotărârea Curții din 20 septembrie 1988, Beentjes, 31/87, Rec., p. 4635, punctele 29 și 30).

118 În consecință, principiul egalității de tratament a ofertanților include conținutul primei și al celei de a doua liniuțe ale punctului 2.2.1 din comunicare.

— Cu privire la a treia liniuță a punctului 2.2.1 din comunicare

119 A treia liniuță a punctului 2.2.1 din comunicare introduce principiul recunoașterii reciproce, care permite asigurarea liberei circulații a mărfurilor și a serviciilor fără a fi necesară armonizarea legislațiilor naționale ale statelor membre (Hotărârea Curții din 20 februarie 1979, Rewe-Zentral, 120/78, Rec., p. 649). În această privință, trebuie amintit că autoritățile unui stat membru sunt obligate să ia în considerare diplomele, certificatele și celelalte titluri oficiale de calificare, precum și experiența relevantă a persoanei interesate, realizând o comparație între, pe de o parte, competențele atestate de aceste acte și de această experiență și, pe de altă parte, cunoștințele și calificarea profesională impuse de legislația națională (a se vedea, prin analogie, în special în privința accesului în profesie, Hotărârea Curții din 7 mai 1991, Vlassopoulou, C-340/89, Rec., p. I-2357, punctele 16, 19 și 20, Hotărârea Curții din 9 februarie 1994, Haim, C-319/92, Rec., p. I-425, punctele 27 și 28, Hotărârea Curții din 14 septembrie

2000, Hocsman, C-238/98, Rec., p. I-6623, punctul 23, și Hotărârea Curții din 22 ianuarie 2002, Dreessen, C-31/00, Rec., p. I-663, punctul 24).

120 Curtea a subliniat că această jurisprudență este doar expresia unui principiu inerent libertăților fundamentale consacrate prin Tratatul CE și că acest principiu nu își poate pierde o parte din valoarea sa juridică în urma adoptării directivelor privind recunoașterea reciprocă a diplomelor (Hotărârile Hocsman, punctul 119 de mai sus, punctele 24 și 31, și Dreesen, punctul 119 de mai sus, punctul 25) și că, în consecință, statele membre trebuie să își respecte obligațiile în materia recunoașterii reciproce, astfel cum rezultă din interpretarea dată de Curte articolelor 43 CE și 47 CE (a se vedea, prin analogie, în special pentru accesul în profesie, Hotărârea Dreessen, punctul 119 de mai sus, punctul 27 și jurisprudența citată). În această privință, Curtea a statuat anterior că recunoașterea reciprocă trebuie să permită autorităților naționale să se asigure în mod obiectiv că diploma străină atestă în privința titularului său cunoștințe și calificări care, deși nu sunt identice, sunt cel puțin echivalente celor atestate de diploma națională (a se vedea în acest sens Hotărârea Curții din 15 octombrie 1987, Heylens și alții, 222/86, Rec., p. 4097, punctul 13).

121 Prin urmare, obiectivul vizat de a treia liniuță a punctului 2.2.1 din comunicare nu instituie obligații noi pentru statele membre.

— Cu privire la a patra liniuță a punctului 2.2.1 din comunicare

122 În ceea ce privește cerința unor termene corespunzătoare pentru a permite întreprinderilor din alte state membre să efectueze o evaluare pertinentă și își întocmească oferta, trebuie amintit că autoritățile contractante trebuie să respecte principiul liberei prestări a serviciilor și principiul nediscriminării, care vizează protecția intereselor

operatorilor economici stabiliți într-un stat membru care doresc să ofere bunuri sau servicii autorităților contractante stabilite într-un alt stat membru (Hotărârea Curții din 3 octombrie 2000, University of Cambridge, C-380/98, Rec., p. I-8035, punctul 16, Hotărârea Curții din 1 februarie 2001, Comisia/Franța, punctul 116 de mai sus, punctul 41, Hotărârile HI, punctul 76 de mai sus, punctul 43, și Universale-Bau și alții, punctul 111 de mai sus, punctul 51). Obiectivul acestora este să excludă riscul ca ofertanții sau candidații naționali să fie preferați în cazul oricărei atribuiri de contracte efectuate de autoritățile contractante (a se vedea în acest sens Hotărârea Universale-Bau și alții, punctul 111 de mai sus, punctul 52 și jurisprudența citată).

123 În consecință, obiectivul celei de a patra liniuțe a punctului 2.2.1 din comunicare, care urmărește să împiedice posibilitatea unei autorități contractante de a exclude, prin intermediul unor termene acordate ofertanților, participarea unui operator economic cu sediul într-un alt stat membru, rezultă din principiile Tratatului CE. Prin urmare, nici această parte din comunicare nu introduce o obligație nouă.

— Cu privire la a cincea liniuță a punctului 2.2.1 din comunicare

124 În ceea ce privește conținutul celei de a cincea liniuțe a punctului 2.2.1 din comunicare, Tribunalul consideră că, după cum a subliniat anterior Curtea, garantarea respectării principiului egalității de tratament a ofertanților și a principiului transparenței vizează în mod precis să aducă la cunoștința tuturor ofertanților potențiali, înainte de a-și întocmi ofertele, criteriile de atribuire pe care trebuie să le îndeplinească ofertele menționate, precum și importanța relativă a acestor criterii [în ceea ce privește conținutul articolului 27 alineatul (2) din Directiva 90/531/CEE a Consiliului din 17 septembrie 1990 privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și telecomunicațiilor (JO L 297, p. 1), care este redactat în termeni în esență identici celor ai articolului 30 alineatul (2) din Directiva

93/37, a se vedea Hotărârile Comisia/Belgia, punctul 111 de mai sus, punctele 88 și 89, și Universale-Bau și alții, punctul 111 de mai sus, punctul 99]. Astfel, a cincea liniuță a punctului 2.2.1 din comunicare vizează să asigure că toți potențialii ofertanți dispun de aceleași șanse în legătură cu formularea termenilor cererilor lor de participare sau a ofertelor lor, conform jurisprudenței Curții.

125 Având în vedere considerațiile de mai sus, Tribunalul consideră că mijloacele de a asigura condiții concurențiale echitabile prevăzute la diferitele liniuțe ale punctului 2.2.1 din comunicare sunt destinate atât respectării principiului egalității de tratament a potențialilor ofertanți, cât și a celui al obligației de transparență, precum și respectării liberei prestări a serviciilor în cadrul atribuirii contractului, conform jurisprudenței Curții (Hotărârile Comisia/Belgia, punctul 111 de mai sus, punctul 54, și Universale-Bau și alții, punctul 111 de mai sus, punctul 93), și nu instituie, prin urmare, obligații noi.

Cu privire la punctul 2.2.2 din comunicare

126 Punctul 2.2.2 din comunicare prevede următoarele:

„Limitarea numărului de candidați invitați să depună oferte

Entitățile contractante au posibilitatea să limiteze numărul de candidați la un nivel corespunzător, cu condiția ca această limitare să fie făcută în mod transparent și nediscriminatoriu. Acestea pot, de exemplu, să aplice criterii obiective, precum

experiența candidaților în sectorul în cauză, importanța și infrastructura activităților lor, capacitatea lor tehnică și profesională etc. Entitățile menționate pot chiar să opteze pentru o tragere la sorți, fie ca unic mecanism de selecție, fie împreună cu alte criterii. În orice caz, numărul de candidați înscriși pe lista restrânsă trebuie să răspundă necesității de a asigura o concurență suficientă.

Entitățile contractante pot de asemenea să aibă în vedere aplicarea unor sisteme de calificare, și anume stabilirea unei liste de operatori calificați prin intermediul unei proceduri suficient de transparente și deschise care ar fi făcut obiectul unei publicități corespunzătoare. Ulterior, când este vorba despre atribuirea contractelor individuale ce intră în domeniul de aplicare al sistemului, entitatea contractantă ar putea selecta, pe baza listei operatorilor calificați și pe o bază nediscriminatorie (de exemplu în mod succesiv), operatorii care vor fi invitați să depună o ofertă."

127 Punctul 2.2.2 din comunicare privește limitarea numărului de candidați invitați să depună oferte la un nivel corespunzător și permite entităților contractante, cu titlu de exemplu, să recurgă la anumite modalități și posibilități, cu condiția de a proceda într-un mod transparent și nediscriminatoriu și în scopul de a asigura o concurență suficientă. Punctul menționat din comunicare impune printre altele aplicarea criteriilor obiective și aplicarea unei proceduri suficient de transparente și deschise care ar fi făcut obiectul unei publicități corespunzătoare.

128 În această privință, trebuie să se constate că respectivele cerințe sunt în deplină concordanță cu principiile Tratatului CE și cu jurisprudența Curții. Acestea rezultă în special din jurisprudența Curții potrivit căreia procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice trebuie să respecte, în toate etapele sale, inclusiv în cea a selecției candidaților într-o procedură restrânsă, atât principiul egalității de tratament a ofertanților potențiali, cât și pe cel al transparenței, pentru ca toți să dispună de aceleași șanse în formularea termenilor cererilor lor de participare (a se vedea în acest sens, în ceea ce privește stadiul comparării ofertelor, Hotărârile Comisia/Belgia,

punctul 111 de mai sus, punctul 54, și Universale-Bau și alții, punctul 111 de mai sus, punctul 93).

Cu privire la punctul 2.2.3 din comunicare

129 Punctul 2.2.3 din comunicare are următorul cuprins:

„Decizia de atribuire a contractului

Este necesar ca decizia definitivă de atribuire a contractului să fie conformă cu normele procedurale stabilite inițial și ca principiul nediscriminării și cel al egalității de tratament să fie pe deplin respectate. Acest aspect este deosebit de important în cazul procedurilor care prevăd o negociere cu ofertanții înscriși pe o listă restrânsă. Negocierile trebuie organizate astfel încât toți ofertanții să aibă acces la același volum de informații și într-un mod care să excludă acordarea de avantaje nejustificate unui anumit ofertant."

130 Punctul 2.2.3 din comunicare prevede că decizia definitivă de atribuire a contractului trebuie să respecte principiul nediscriminării și pe cel al egalității de tratament. Acest obiectiv, ca și conținutul său, nu depășește principiile pe care se întemeiază punctul menționat.

131 Din considerațiile de mai sus rezultă că lista de mijloace prevăzută la punctul 2.2 din comunicare privind atribuirea unui contract urmărește să asigure, conform jurisprudenței Curții, respectarea principiului egalității de tratament a potențialilor ofertanți, respectarea obligației de transparență, precum și a principiilor liberei prestări a serviciilor (Hotărârile Comisia/Belgia, punctul 111 de mai sus, punctul 54, și Universale-Bau și alții, punctul 111 de mai sus, punctul 93) și liberei concurențe (Hotărârea din 1 februarie 2001, Comisia/Franța, punctul 116 de mai sus, punctul 49) și nu instituie, prin urmare, obligații noi care pot face obiectul unei acțiuni în anulare.

3. *Cu privire la al treilea motiv, întemeiat pe derogările de la publicitatea prealabilă (punctul 2.1.4 din comunicare)*

a) Argumentele părților

132 Republica Federală Germania susține că, la punctul 2.1.4 din comunicare, Comisia a instituit noi obligații juridice prin transpunerea sistemului derogatoriu prevăzut în directivele privind contractele de achiziții publice pentru contractele atribuite în mod direct în cazul contractelor a căror valoare este inferioară pragurilor de aplicare, deși aplicarea excepțiilor prevăzute de directivele privind contractele de achiziții publice ar fi condiționată de atingerea pragurilor menționate.

133 În plus, Republica Federală Germania contestă argumentul Comisiei potrivit căruia, prin extinderea derogărilor de la obligația de publicitate prevăzute de directivele privind contractele de achiziții publice la contractele care nu intră în domeniul de

aplicare al acestor directive, Comisia s-ar limita la utilizarea unei analogii legale, care justifică această interpretare a principiilor fundamentale ale Tratatului CE. Astfel, potrivit Republicii Federale Germania, pentru ca această analogie să fie legală, ar fi trebuit să existe un vid legislativ, situația fiind diferită în speță întrucât, prin adoptarea pragurilor respective, legiuitorul ar fi decis în mod expres să nu aplice aceste cerințe de publicitate în cazul anumitor contracte.

134 Republica Federală Germania a precizat în cadrul ședinței că, în opinia sa, derogările prevăzute la punctul 2.1.4 din comunicare sunt exclusive și că, prin urmare, alte derogări sunt imposibile. Comunicarea ar include, prin urmare, o concepție foarte strictă și exclusivă a derogărilor posibile, în această măsură contrară jurisprudenței constante a Curții privind libertățile fundamentale, precum justificarea posibilă a unui tratament diferit în funcție de circumstanțe obiective. Prin coroborare cu punctul 2.1.1, comunicarea ar introduce astfel o obligație de publicitate prealabilă necondițională și ar exclude orice formă de transparență.

135 Potrivit Republicii Federale Germania, modul de redactare a punctului 2.1.4 din comunicare, în special în ultima teză a acestuia, stabilește clar o legătură cu derogările prevăzute de directivele privind contractele de achiziții publice și limitează astfel la aceste derogări excepțiile de la obligația de publicitate prealabilă. Prin urmare, comunicarea ar exclude alte excepții care ar rezulta din dreptul primar. Această concepție exclusivă privind derogările ar fi contrară Hotărârii SECAP, punctul 42 de mai sus, care ar prevedea că alte derogări ar putea fi luate în considerare.

136 În raport cu derogările de la principiul publicității prealabile prevăzute la punctul 2.1.4 din comunicare, Parlamentul European susține că, în fapt, Comisia extinde derogările prevăzute de directivele privind contractele de achiziții publice în cazul procedurii de negociere directă la contractele a căror valoare este inferioară pragurilor de aplicare a acestor directive. În acest exemplu ar fi evident că, în comunicarea sa, Comisia ar fi instituit norme autonome privind atribuirea contractelor de achiziții

publice, fără a ține cont de faptul că acele condiții prealabile unei astfel de analogii, și anume omisiunea involuntară a legiuitorului situată în afara domeniului de aplicare al directivelor privind contractele de achiziții publice, nu ar fi îndeplinite în speță.

137 Comisia susține că analogia propusă în comunicare, care constă în extinderea derogărilor de la obligația de publicitate prevăzute în directivele privind contractele de achiziții publice la contracte care nu intră în domeniul de aplicare al acestor directive, doar reflectă interpretarea principiilor fundamentale ale Tratatului CE propusă de Comisie și nu ar institui norme de drept. În plus, Comisia consideră că punctul 2.1.4 din comunicare nu este limitativ, ci, dimpotrivă, indică numai derogările cele mai importante într-un mod neexhaustiv. Prin adoptarea unei poziții în legătură cu aspectul specific ce constă în aplicarea derogărilor de la obligația de publicitate prealabilă prevăzute în directivele privind contractele de achiziții publice la contractele la care se referă comunicarea, Comisia nu ar fi intenționat să considere că nicio altă excepție de la obligația de publicitate prealabilă, conciliabilă cu principiile menționate mai sus, nu ar fi admisibilă.

b) Aprecierea Tribunalului

138 Conform titlului său, punctul 2.1.4 din comunicare se aplică „[p]rocedurilor fără publicitate prealabilă". Punctul menționat prevede:

„Directivele privind contractele de achiziții publice prevăd derogări specifice care autorizează, în anumite condiții, proceduri fără publicitate prealabilă. Cazurile cele mai importante vizează situațiile de urgență deosebită care rezultă din evenimente imprevizibile și contractele a căror executare nu poate fi atribuită, pentru motive tehnice, artistice sau care țin de protecția drepturilor de exclusivitate, decât unui operator economic determinat.

Comisia apreciază că derogările relevante pot fi aplicate contractelor care nu intră în domeniul de aplicare al directivelor. Astfel, entitățile contractante pot atribui aceste contracte fără publicitate prealabilă, cu condiția de a respecta condițiile prevăzute de directive pentru una dintre aceste derogări."

139 Tribunalul consideră mai întâi că, spre deosebire de ceea ce susține Republica Federală Germania, punctul 2.1.4 din comunicare nu exclude în niciun fel posibilitatea existenței altor derogări de la obligația de publicitate prealabilă. Astfel, după cum amintesc, de altfel, punctele 1.1 și 1.2 din comunicare, statele membre, precum și entitățile lor contractante sunt obligate să respecte normele și principiile prevăzute în Tratatul CE. Prin urmare, în măsura în care aceste norme și aceste principii implică excepții de la obligația de publicitate prealabilă, astfel de excepții pot fi invocate de plin drept de statele membre sau de entitățile contractante ce atribuie un contract de achiziții publice vizat de comunicare.

140 În această privință, trebuie subliniat în special că, dacă statul membru sau entitatea contractantă poate invoca o prevedere a Tratatului CE care exclude în mod general aplicarea dreptului primar, precum articolul 86 alineatul (2) CE sau articolele 296 CE ori 297 CE, sau dacă se aplică un motiv justificativ prevăzut expres în tratatul menționat (a se vedea, cu titlu de exemplu, ordinea publică și sănătatea, care rezultă din articolele 46 CE și 55 CE, și autoritatea publică, care rezultă din articolele 45 CE și 55 CE) sau dacă sunt îndeplinite condițiile unui motiv de justificare recunoscut de jurisprudență (a se vedea, în ceea ce privește un motiv imperativ de interes general, Hotărârea Curții din 27 octombrie 2005, Comisia/Spania, C-158/03, punctul 35 și jurisprudența citată), principiile Tratatului CE nu sunt afectate. În consecință, în asemenea cazuri, obligația de publicitate prevăzută în comunicare, ce rezultă din principiile tratatului menționat, nu se aplică atribuirii unui contract de achiziții publice.

141 În plus, este important de subliniat că punctul 2.1.4 din comunicare vizează numai să permită entităților contractante să invoce derogările de la obligația de publicitate prevăzute de directivele privind contractele de achiziții publice, cu respectarea condițiilor unei astfel de invocări prevăzute de directivele menționate, și aceasta chiar dacă directivele în cauză nu sunt aplicabile contractelor de achiziții publice la care

se referă comunicarea. După cum s-a arătat în Concluziile avocatului general Jacobs prezentate în cauza în care s-a pronunțat Hotărârea Curții din 27 octombrie 2005, Comisia/Italia (C-525/03, Rec., p. I-9405, I-9407, punctele 46-49), atunci când o derogare de la directivele privind contractele de achiziții publice este expres autorizată, când condițiile acestei derogări sunt îndeplinite și când o procedură negociată fără publicarea prealabilă a unei invitații de participare este, prin urmare, justificată, nu poate exista o obligație de publicitate. Prin urmare, principiile care rezultă din Tratatul CE nu pot impune o obligație de publicitate atunci când directivele prevăd în mod expres o derogare, în caz contrar această derogare ar fi inutilă (a se vedea de asemenea în acest sens Concluziile avocatului general Stix Hackl prezentate în cauza în care s-a pronunțat Hotărârea Coname, punctul 36 de mai sus, Rec., p. I-7289, punctul 93).

142 În consecință, departe de a constitui noi obligații în sarcina statelor membre, punctul 2.1.4 din comunicare este mai degrabă favorabil acestora, în sensul că le permite, în ipoteza în care condițiile aplicării sale ar fi îndeplinite, să nu respecte obligația de publicitate prealabilă.

143 În ceea ce privește argumentul Republicii Federale Germania întemeiat pe Hotărârea SECAP, punctul 42 de mai sus (a se vedea mai sus punctul 135), trebuie să se constate că acest argument este întemeiat pe o premisă eronată întrucât punctul 2.1.4 din comunicare nu exclude alte posibilități de derogare.

4. *Cu privire la al patrulea motiv, întemeiat pe procedura de constatare a neîndeplinirii obligațiilor (punctul 1.3 din comunicare)*

a) Argumentele părților

144 Republica Federală Germania, susținută de intervenientе, arată în sfârșit că anunțul făcut de Comisie la punctul 1.3 din comunicare, potrivit căruia aceasta ar iniția o

procedură de constatare a neîndeplinirii obligațiilor în cazul nerespectării procedurii prevăzute, demonstrează că acest text este destinat să producă obligații în sarcina statelor membre. Acest aspect ar fi confirmat de procedura de constatare a neîndeplinirii obligațiilor nr. 2005/4043 împotriva Republicii Federale Germania privind atribuirea unui contract II B care nu ar fi făcut obiectul unei publicități prealabile: comunicarea ar fi citată în acest context ca și cum ar fi vorba despre un temei juridic complementar. În plus, Comisia ar fi desfășurat deja proceduri de constatare a neîndeplinirii obligațiilor împotriva unor state membre pentru a asigura aplicarea principiilor formulate din acel moment în comunicare pentru contractele care nu intră în domeniul de aplicare al directivelor privind contractele de achiziții publice. În această privință, Republica Federală Germania citează cauzele care au condus la pronunțarea Hotărârii Comisia/Finlanda, punctul 39 de mai sus, și a Hotărârii din 13 noiembrie 2007, Comisia/Irlanda, punctul 57 de mai sus. În consecință, producerea unor efecte juridice de către comunicare ar rezulta din cuprinsul punctului 1.3 și din legătura comunicării cu procedura de constatare a neîndeplinirii obligațiilor.

145 În plus, potrivit Republicii Federale Germania, efectele comunicării care rezultă din cuprinsul punctului 1.3 nu sunt numai de ordin informativ, ci instituie de asemenea norme de conduită și sunt, prin urmare, juridice. Comisia ar fi recunoscut acest aspect și, în opinia sa, comunicarea ar avea ca efect stabilirea unei linii de conduită. În consecință, un efect obligatoriu al comunicării ar rezulta din intenția anunțată a Comisiei de a-și întemeia practica în materia procedurii de constatare a neîndeplinirii obligațiilor pe comunicarea în cauză.

146 În plus, în raport cu punctul 1.3 din comunicare, Parlamentul European susține că, în calitate de autor al comunicării, Comisia ocupă în același timp poziția de organ executiv central al Comunității și de gardian al tratatelor. Astfel, autoritățile contractante din statele membre ar trebui, prin urmare, să se conformeze conținutului comunicării pentru a evita o acțiune în constatarea neîndeplinirii obligațiilor, în legătură cu care Comisia s-ar întemeia pe norme stabilite în propria comunicare.

147 Republica Polonă adaugă faptul că ar fi de așteptat ca liniile directoare care figurează în comunicare să servească drept punct de referință auditorilor Comisiei care verifică procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice cofinanțate de

bugetul Uniunii Europene și care includ măsuri structurale. În cazul unor eventuale neregularități ale procedurilor desfășurate în raport cu liniile directoare care figurează în comunicare, auditorii ar avea tendința să considere că anumite costuri nu se califică pentru rambursare din creditele comunitare. În acest mod, în pofida afirmației incluse la începutul comunicării, recomandările cuprinse în comunicare ar fi aplicate „precum dreptul". Or, având în vedere importanța ajutorului financiar de la bugetul Uniunii Europene în Polonia, această atitudine a auditorilor ar fi o circumstanță suficientă pentru ca recomandările să fie considerate obligatorii.

148 Contrar argumentării Republicii Federale Germania, potrivit căreia din cuprinsul punctului 1.3 din comunicare ar rezulta un efect juridic, Comisia susține că incidența posibilă a comunicării asupra politicii Comisiei în materia neîndepliniri obligațiilor nu ar produce efecte juridice asupra terților, ci ar avea consecințe numai pentru Comisie însăși. Astfel, Comisia nu ar avea autoritatea să determine, prin politica pe care o aplică în procedurile de constatare a neîndeplinirii obligațiilor, obligațiile care revin statelor membre. Numai în fața Curții, în cadrul unei proceduri de constatare a neîndeplinirii obligațiilor, este stabilit conținutul drepturilor și obligațiilor statelor membre într-o modalitate obligatorie din punct de vedere juridic.

b) Aprecierea Tribunalului

149 Ultimul paragraf al punctului 1.3 din comunicare prevede:

„Când Comisia va lua cunoștință despre o încălcare potențială a normelor fundamentale aplicabile atribuirii contractelor care nu intră în domeniul de aplicare al directivelor privind contractele de achiziții publice, aceasta va aprecia interesul pe care îl prezintă contractul în cauză pentru piața internă ținând cont de circumstanțele proprii

fiecărui caz. Comisia nu va iniția procedura de constatare a neîndeplinirii obligațiilor în temeiul articolului [226 CE] decât în situația în care va considera acest lucru potrivit în raport cu gravitatea încălcării și cu repercusiunile sale pe piața internă."

150 În această privință, trebuie subliniat că inițierea de către Comisie a unei proceduri de constatare a neîndeplinirii obligațiilor în temeiul articolului 226 CE împotriva unui stat membru este pe deplin posibilă în ipoteza în care statul respectiv nu ar respecta obligațiile care rezultă pentru entitățile contractante ale statelor membre, la momentul atribuirii contractelor de achiziții publice, din normele și din principiile prevăzute de Tratatul CE. În consecință, numai faptul că punctul 1.3 din comunicare evocă posibilitatea inițierii unei astfel de proceduri nu dovedește în niciun fel, contrar susținerilor Republicii Federale Germania, că respectiva comunicare ar institui obligații noi în sarcina statelor membre în privința atribuirii contractelor de achiziții publice și ar fi, prin urmare, un act care produce efecte juridice obligatorii.

151 Deși este în mod cert adevărat că acest punct din comunicare poate indica unui stat membru că există un risc real să fie inițiată împotriva sa o procedură de constatare a neîndeplinirii obligațiilor în cazul în care nu își îndeplinește obligațiile care îi revin în temeiul dreptului comunitar primar și care sunt reamintite în comunicare, acest lucru constituie o simplă consecință de fapt, iar nu un efect juridic obligatoriu (a se vedea în acest sens Hotărârea Curții din 11 noiembrie 1981, IBM/Comisia, 60/81, Rec., p. 2639, punctul 19, și Hotărârea Curții din 1 decembrie 2005, Italia/Comisia, C-301/03, Rec., p. I-10217, punctul 30).

152 Argumentarea invocată de Republica Federală Germania este cu atât mai puțin aplicabilă cu cât inițierea unei proceduri de constatare a neîndeplinirii obligațiilor în temeiul articolului 226 CE nu constituie un act cu efect imperativ sau obligatoriu. În cadrul procedurii amintite, etapa acesteia care precedă sesizarea Curții constituie o etapă precontencioasă destinată să invite statul membru să se conformeze obligațiilor sale, Comisia neformulându-și opinia printr-un aviz decât după ce dat ocazia statului membru să își prezinte observațiile. Această etapă precontencioasă nu cuprinde,

potrivit jurisprudenței Curții, niciun act al Comisiei cu forță obligatorie (Hotărârea Curții din 1 martie 1966, Lütticke și alții/Comisia, 48/65, Rec., p. 27, 39).

153 În plus, potrivit sistemului articolelor 226 CE-228 CE, stabilirea drepturilor și obligațiilor statelor membre, precum și calificarea comportamentului lor pot rezulta numai dintr-o hotărâre a Curții (a se vedea în acest sens Hotărârea Curții din 27 mai 1981, Essevi și Salengo, 142/80 și 143/80, Rec., p. 1413, punctele 15 și 16, și Hotărârea Curții din 29 septembrie 1998, Comisia/Germania, C-191/95, Rec., p. I-5449, punctul 45). În consecință, contrar argumentării Republicii Federale Germania și intervenienților, numai o hotărâre a Curții poate avea un efect obligatoriu în materie.

154 În consecință, argumentarea Republicii Federale Germania și a intervenienților, întemeiată pe un efect obligatoriu care ar rezulta din inițierea unei proceduri de constatare a neîndeplinirii obligațiilor în cazul nerespectării procedurii prevăzute în comunicare, trebuie respinsă.

155 Acest rezultat nu poate fi repus în discuție de argumentul Republicii Federale Germania întemeiat pe punctul 6 din Concluziile avocatului general Tesauro prezentate în cauza în care s-a pronunțat Hotărârea din 16 iulie 1993, Franța/Comisia, punctul 28 de mai sus (Rec., p. I-3292), care ar fi în favoarea recunoașterii exprese a efectelor juridice obligatorii ce rezultă din amenințarea de inițiere a unei proceduri de constatare a neîndeplinirii obligațiilor.

156 Or, spre deosebire de prezenta cauză, Comisia nu pusese niciodată la îndoială pe parcursul întregii proceduri aflate la originea Hotărârii din 16 iunie 1993, Franța/Comisia, punctul 28 de mai sus, caracterul obligatoriu al actului în cauză. Pornind de la această ipoteză, avocatul general Tesauro a interpretat inițierea unei proceduri de constatare a neîndeplinirii obligațiilor drept un indiciu suplimentar pentru a propune Curții să nu declare din oficiu inadmisibilă acțiunea, ci să examineze conținutul său (Concluziile avocatului general Tesauro prezentate în cauza în care s-a pronunțat

Hotărârea din 16 iunie 1993, Franța/Comisia, punctul 28 de mai sus, punctul 6). În plus, trebuie subliniat că, în hotărârea amintită, Curtea nu a reluat acest raționament, pe care se întemeiază argumentul Republicii Federale Germania.

157 Având în vedere constatările făcute la punctele 150-153 de mai sus, argumentul Republicii Federale Germania, al Regatului Țărilor de Jos și al Republicii Polone, care vizează stabilirea unei autolimitări din partea Comisiei prin comunicare, trebuie de asemenea respins ca fiind, cel puțin, inoperant. În plus, din modul de redactare al punctului 1.3 din comunicare rezultă că, în fapt, Comisia nu are în vedere inițierea unei proceduri de constatare a neîndeplinirii obligațiilor în toate cazurile de neîndeplinire a obligațiilor de care ar avea cunoștință, ci că va iniția o procedură de constatare a neîndeplinirii obligațiilor ținând cont de circumstanțele proprii fiecărui caz și va aplica două criterii principale, gravitatea încălcării și repercusiunile încălcării asupra pieței interne.

158 În sfârșit, în ceea ce privește argumentul Republicii Federale Germania, potrivit căruia Comisia s-ar referi la comunicare ca fiind un act legislativ și ar fi desfășurat deja mai multe proceduri de constatare a neîndeplinirii obligațiilor pentru a asigura aplicarea principiilor sale, trebuie să se constate că acesta nu poate fi primit.

159 În ceea ce privește procedura de constatare a neîndeplinirii obligațiilor nr. 2005/4043, invocată de Republica Federală Germania, trebuie să se constate că, într-adevăr, Comisia se referă la comunicare în cuprinsul punctului 7 din avizul motivat. Totuși, contrar susținerilor Republicii Federale Germania, comunicarea nu este menționată în acesta ca temei legal, ci la sfârșitul punctului menționat ca simplă trimitere între paranteze. Dispozitivul avizului motivat se întemeiază pe articolele 43 CE și 49 CE, precum și pe principiile egalității de tratament, nediscriminării și transparenței.

160 Situația este similară în privința celor două cauze invocate de Republica Federală Germania care au condus la pronunțarea Hotărârii Comisia/Finlanda, punctul 39 de mai sus, și a Hotărârii din 13 noiembrie 2007, Comisia/Irlanda, punctul 57 de mai sus. În această privință, trebuie remarcat că, în cauza în care s-a pronunțat Hotărârea Comisia/Finlanda, punctul 39 de mai sus, Curtea declarase inadmisibilă acțiunea Comisiei, dat fiind că, întrucât și-a întemeiat acțiunea pe anumite norme fundamentale ale Tratatului CE și, în special, pe principiul nediscriminării, care implică obligația de transparență, Comisia nu a prezentat elemente suficiente care să permită Curții să aprecieze cu exactitate întinderea încălcării dreptului comunitar imputate statului membru (Hotărârea Comisia/Finlanda, punctul 39 de mai sus, punctul 32). În raport cu cauza în care s-a pronunțat Hotărârea din 13 noiembrie 2007, Comisia/Irlanda, punctul 57 de mai sus, trebuie să se constate că din această hotărâre rezultă că o publicitate *ex post* nu poate garanta o publicitate adecvată și că această hotărâre confirmă existența unei obligații de publicitate prealabilă, aspect recunoscut de Republica Federală Germania în cadrul ședinței.

161 În ceea ce privește argumentul invocat de Republica Polonă potrivit căruia comunicarea ar avea ca efect să le indice statelor membre că riscă să le fie refuzată finanțarea comunitară pentru anumite cheltuieli efectuate, trebuie să se constate că este vorba, din nou, despre o simplă consecință de fapt, iar nu despre un efect juridic obligatoriu al comunicării menționate (a se vedea punctul 151 de mai sus).

162 Din considerațiile ce precedă rezultă că această comunicare nu conține norme noi de atribuire a contractelor de achiziții publice care depășesc obligațiile ce rezultă din dreptul comunitar existent. În aceste condiții, nu se poate considera că respectiva comunicare produce efecte juridice obligatorii de natură să afecteze situația juridică a Republicii Federale Germania și a intervenientelor și, prin urmare, acțiunea trebuie respinsă ca inadmisibilă.

Cu privire la cheltuielile de judecată

163 În temeiul articolului 87 alineatul (2) din Regulamentul de procedură, partea care cade în pretenții este obligată, la cerere, la plata cheltuielilor de judecată. Întrucât Republica Federală Germania a căzut în pretenții, se impune obligarea acesteia la plata cheltuielilor de judecată efectuate de Comisie, conform concluziilor acesteia.

164 În temeiul articolului 87 alineatul (4) primul paragraf din Regulamentul de procedură, statele membre care intervin în litigiu suportă propriile cheltuieli de judecată. În speță, intervenientele în susținerea Republicii Federale Germania vor suporta propriile cheltuieli de judecată.

Pentru aceste motive,

TRIBUNALUL (Camera a cincea)

declară și hotărăște:

1) Respinge acțiunea ca inadmisibilă.

2) Republica Federală Germania suportă propriile cheltuieli de judecată, precum și pe cele efectuate de Comisia Europeană.

3) **Republica Franceză, Republica Austria, Republica Polonă, Regatul Țărilor de Jos, Parlamentul European, Republica Elenă și Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord suportă propriile cheltuieli de judecată.**

Vilaras Prek Ciucă

Pronunțată astfel în ședință publică la Luxemburg, la 20 mai 2010.

Semnături

Cuprins

Situația de fapt ..... II - 2036

Procedura ..... II - 2039

Concluziile părților ..... II - 2041

Cu privire la admisibilitate ..... II - 2042

A — Observații introductive ..... II - 2042

B — Cu privire la conținutul comunicării ..... II - 2045

1. Cu privire la primul motiv, întemeiat pe existența unei obligații de publicitate prealabilă (punctul 2.1.1 din comunicare) ..... II - 2046

a) Argumentele părților ..... II - 2046

Republica Federală Germania ..... II - 2046

Interveniente ..... II - 2050

Comisia ..... II - 2055

b) Aprecierea Tribunalului ..... II - 2056

2. Cu privire la al doilea motiv, întemeiat pe specificitatea obligației de publicitate (punctul 2.2 din comunicare) ..... II - 2069

a) Argumentele părților ..... II - 2069

Republica Federală Germania ..... II - 2069

Intervenientele ..... II - 2071

Comisia ..... II - 2072

b) Aprecierea Tribunalului ..... II - 2072

Observații preliminare ..... II - 2075

Cu privire la punctul 2.2.1 din comunicare ..... II - 2076

— Cu privire la prima liniuță a punctului 2.2.1 din comunicare II - 2076

— Cu privire la a doua liniuță a punctului 2.2.1 din comunicare II - 2077

— Cu privire la a treia liniuță a punctului 2.2.1 din comunicare II - 2078

— Cu privire la a patra liniuță a punctului 2.2.1 din comunicare II - 2079

— Cu privire la a cincea liniuță a punctului 2.2.1 din comunicare II - 2080

Cu privire la punctul 2.2.2 din comunicare ..... II - 2081

Cu privire la punctul 2.2.3 din comunicare ..... II - 2083

3. Cu privire la al treilea motiv, întemeiat pe derogările de la publicitatea prealabilă (punctul 2.1.4 din comunicare) ..... II - 2084

a) Argumentele părților ..... II - 2084

b) Aprecierea Tribunalului ..... II - 2086

4. Cu privire la al patrulea motiv, întemeiat pe procedura de constatare a neîndeplinirii obligațiilor (punctul 1.3 din comunicare) ..... II - 2088

a) Argumentele părților ..... II - 2088

b) Aprecierea Tribunalului ..... II - 2090

Cu privire la cheltuielile de judecată ..... II - 2095