CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL VERICA TRSTENJAK prezentate la 11 februarie 2010[1]

Cuprins

I — Introducere ..... I - 3719

II — Cadrul juridic ..... I - 3719

A — Directiva 92/50 ..... I - 3719

B — Directiva 2004/18 ..... I - 3720

III — Situația de fapt ..... I - 3721

IV — Procedura precontencioasă ..... I - 3722

V — Procedura în fața Curții și concluziile părților ..... I - 3722

VI — Principalele argumente ale părților ..... I - 3723

VII — Apreciere juridică ..... I - 3725

A — Admisibilitate ..... I - 3725

1. Serviciile de ambulanță ca servicii mixte în cadrul sistemului directivelor în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice ..... I - 3726

2. Reformularea capetelor de cerere cuprinse în cererea introductivă ..... I - 3727

3. Concluzie ..... I - 3730

B — Temeinicia acțiunii ..... I - 3730

1. Inaplicabilitatea derogării sectoriale prevăzute la articolul 45 primul paragraf CE ..... I - 3730

2. Inexistența unui motiv de justificare prevăzut la articolul 86 alineatul (2) CE ..... I - 3736

1 — Limba originală: germana.

3. Analiza celor nouă proceduri de atribuire contestate ..... I - 3739

a) Atribuirea contractelor de achiziții publice de către autoritățile municipale din Magdeburg (Saxonia Superioară) ..... I - 3739

i) Încălcarea articolului 16 din Directiva 92/50, respectiv a articolului 35 alineatul (4) din Directiva 2004/18 ..... I - 3739

ii) Inexistența încălcării principiilor nediscriminării și transparenței, consacrate de dreptul primar ..... I - 3740

— Examinarea temeiniciei în ipoteza în care motivul acțiunii întemeiat pe încălcarea dreptului primar este parțial inadmisibil ..... I - 3740

— În subsidiar: examinarea temeiniciei în cazul în care motivul întemeiat pe încălcarea dreptului primar ar urma să fie declarat admisibil în totalitate ..... I - 3741

Principiul supremației dreptului derivat ..... I - 3742

Dovada unui interes transfrontalier în ceea ce privește atribuirea de servicii secundare ..... I - 3747

iii) Concluzie ..... I - 3749

b) Cazurile de atribuire a contractelor de către autoritățile municipale din Bonn (Renania de Nord-Westfalia) și din Witten (Renania de Nord-Westfalia), de către regiunea Hanovra (Saxonia Inferioară) și de către colectivitatea teritorială Hameln-Pyrmont (Saxonia Inferioară) ..... I - 3749

c) Atribuirea contractelor de către colectivitatea teritorială Uelzen (Saxonia Inferioară) ..... I - 3750

d) Cazurile de atribuire a contractelor de către asociațiile comunale de servicii de ambulanță din Westsachsen (Saxonia), din Chemnitz/Stollberg (Saxonia) și din Vogtland (Saxonia) ..... I - 3752

e) Concluzie ..... I - 3754

4. Practica nelegală de atribuire a contractelor de achiziții publice în Republica Federală Germania ..... I - 3754

VIII — Cheltuieli de judecată ..... I - 3757

IX — Concluzie ..... I - 3757

I — Introducere

1. Prezenta cauză are ca obiect o acțiune în constatarea neîndeplinirii obligațiilor formulată de Comisie în temeiul articolului 226 CE, prin care aceasta solicită Curții să constate că, prin atribuirea contractelor de achiziții publice de servicii din domeniul serviciului public de ambulanță în landurile Saxonia Superioară, Renania de Nord-Westfalia, Saxonia Inferioară și Saxonia fără ca aceasta să fi făcut obiectul unei proceduri publice de cerere de ofertă, respectiv al unei proceduri de atribuire transparente, și prin nepublicarea de anunțuri referitoare la contractele atribuite, Republica Federală Germania nu și-a îndeplinit obligațiile care îi revin în temeiul Directivei 92/50/CEE a Consiliului din 18 iunie 1992 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de servicii[2] și al Directivei 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii[3], precum și în temeiul principiului libertății de stabilire și al principiului liberei prestări a serviciilor (articolele 43 CE și 49 CE).

2 — JO L 209, p. 1, Ediție specială, 06/vol. 2, p. 50.

3 — JO L 134, p. 114, Ediție specială, 06/vol. 8, p. 116.

II — Cadrul juridic

A — *Directiva 92/50*

2. Conform articolului 3 alineatul (2) din Directiva 92/50, autoritățile contractante se asigură că nu are loc nicio discriminare între prestatorii de servicii.

3. Articolul 10 din Directiva 92/50 prevede:

„Contractele care au ca obiect atât servicii prevăzute în anexa I A, cât și servicii prevăzute în anexa I B se atribuie, în conformitate cu dispozițiile titlurilor III-VI, în cazul în care valoarea serviciilor menționate în anexa I A este mai mare decât cea a serviciilor menționate în anexa I B. În caz contrar, contractele se atribuie în conformitate cu articolele 14 și 16.” [traducere neoficială]

4. Articolul 16 din Directiva 92/50 prevede:

„(1) Autoritățile contractante care au atribuit un contract de achiziții publice sau care au organizat un concurs transmit Oficiului pentru Publicații Oficiale al Comunităților

Europene un anunț cu privire la rezultatele procedurii de atribuire.

(2) Anunțurile vor fi publicate:

[…]" [traducere neoficială]

B — *Directiva 2004/18*

5. Conform articolului 2 din Directiva 2004/18, autoritățile contractante tratează operatorii economici în mod egal și fără discriminare și acționează potrivit principiului transparenței.

6. Articolul 22 din Directiva 2004/18 prevede:

„Contractele care au ca obiect atât servicii prevăzute de anexa II A, cât și servicii prevăzute de anexa II B se atribuie în conformitate cu articolele 23-55, în cazul în care valoarea serviciilor menționate de anexa II A este mai mare decât cea a serviciilor menționate de anexa II B. În caz contrar, contractul se atribuie în conformitate cu articolul 23 și cu articolul 35 alineatul (4)."

7. Articolul 35 alineatul (4) din Directiva 2004/18 prevede:

„Autoritățile contractante care au atribuit un contract de achiziții publice sau au încheiat un acord-cadru trimit un anunț privind rezultatele procedurii de atribuire în termen de cel mult 48 de zile de la atribuirea contractului sau de la încheierea acordului-cadru.

[…]

În cazul contractelor de achiziții publice de servicii menționate de anexa II B, autoritățile contractante indică în anunț dacă acceptă publicarea. Pentru respectivele contracte de servicii, Comisia stabilește, în conformitate cu procedura prevăzută la articolul 77 alineatul (2), normele privind elaborarea rapoartelor statistice pe baza anunțurilor în cauză și publicarea respectivelor rapoarte.

[…]”

fiind efectuată sub asistență medicală adecvată, cu ajutorul ambulanțelor.

III — Situația de fapt

8. În Republica Federală Germania, dreptul serviciilor de ambulanță este de competența legislativă a landurilor, care și-au exercitat în mod diferit competența de reglementare.

9. În majoritatea landurilor germane, serviciile de ambulanță sunt prestate potrivit unui sistem dualist care distinge între serviciul public de ambulanță și prestarea serviciilor de ambulanță pe baza autorizațiilor eliberate în temeiul legilor adoptate de landuri cu privire la aceste servicii.

10. În mod obișnuit, serviciul public de ambulanță cuprinde atât serviciile de transport de urgență, cât și serviciile de transport calificat de bolnavi. Transportul de urgență privește transportarea sub asistență medicală adecvată a persoanelor rănite sau bolnave a căror viață este în pericol, cu ajutorul vehiculelor sanitare cu medic de urgență sau al ambulanțelor echipate pentru intervenții de urgență. Transportul calificat de bolnavi privește persoanele bolnave, rănite sau care au nevoie de ajutor, dar care nu se află în situații de urgență, transportarea acestora

11. Mai multe landuri au decis să acorde autorităților municipale, colectivităților teritoriale sau asociațiilor comunale de servicii de ambulanță posibilitatea de a alege prestatorii de servicii din domeniul serviciilor publice de ambulanță. În acest scop, respectivele colectivități teritoriale încheie de regulă cu diferiți prestatori de servicii contracte referitoare la furnizarea de servicii de ambulanță către populație pe întregul teritoriu al acestora. Atunci când remunerarea serviciilor se realizează direct de către colectivitatea teritorială, modelul de contract aplicabil este calificat drept „model al cererii de ofertă”. În schimb, în cazul în care contractantul este remunerat direct de pacienți, respectiv de casele de asigurări de sănătate, este vorba despre așa-numitul „model al concesionării”.

12. Prin intermediul prezentei acțiuni, Comisia contestă atribuirea contractelor de achiziții de servicii în domeniul serviciului public de ambulanță în landurile Saxonia Inferioară, Renania de Nord-Westfalia, Saxonia și Saxonia Superioară, în care este aplicat întotdeauna modelul cererii de ofertă. Comisia critică în special faptul că, în aceste landuri, contractele din domeniul serviciului public de ambulanță, care intră în domeniul de aplicare al directivelor în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice, nu au făcut, ca regulă generală, obiectul unei cereri de ofertă și nu au fost atribuite în mod transparent.

IV — Procedura precontencioasă

13. După ce a primit mai multe plângeri, prin scrisoarea din 10 aprilie 2006, Comisia a informat Republica Federală Germania că este posibil ca, în cadrul atribuirii de contracte cu titlu oneros având ca obiect servicii de ambulanță în landurile Renania de Nord-Westfalia, Saxonia Inferioară, Saxonia și Saxonia Superioară, aceasta să fi încălcat directivele în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice, precum și dreptul primar. În același timp, Comisia a informat Republica Federală Germania cu privire la faptul că, la atribuirea concesionărilor de servicii referitoare la servicii de ambulanță, este posibil ca aceasta să fi încălcat principiul libertății de stabilire și pe cel al liberei prestări a serviciilor. În consecință, în conformitate cu articolul 226 CE, guvernul Republicii Federale Germania a fost invitat să prezinte observații cu privire la punctul de vedere al Comisiei în termen de două luni.

14. În observațiile din 10 iulie 2006, Republica Federală Germania a contestat încălcările dreptului comunitar prezentate de Comisie. În plus, potrivit acestor observații, în Saxonia a avut loc o modificare legislativă în anul 2005, astfel încât, cel mai târziu începând de la 1 ianuarie 2009, și în acest land serviciile de ambulanță ar fi atribuite în conformitate cu o procedură de selecție în care sunt luate în considerare principiile unei concurențe nediscriminatorii.

15. Prin scrisoarea din 15 decembrie 2006, Comisia a adresat Republicii Federale Germania un aviz motivat, în care a concluzionat că aceasta nu și-a îndeplinit și, respectiv, continuă să nu își îndeplinească obligațiile care îi revin în temeiul Directivei 92/50 și al Directivei 2004/18, precum și în temeiul principiului libertății de stabilire și al principiului liberei prestări a serviciilor. Prin urmare, Comisia a invitat Republica Federală Germania să ia măsurile necesare pentru a se conforma avizului motivat în termen de două luni de la primirea acestuia.

16. În răspunsul din 22 februarie 2007, Republica Federală Germania a respins din nou teza Comisiei, susținând că nu a avut loc o încălcare a dreptului comunitar în niciunul dintre cazurile concrete menționate de Comisie.

V — Procedura în fața Curții și concluziile părților

17. Întrucât Republica Federală Germania nu s-a conformat avizului motivat, Comisia a introdus la 15 aprilie 2008 o acțiune în temeiul articolului 226 CE.

18. Comisia solicită Curții:

— constatarea faptului că, prin nepublicarea de anunțuri privind contractele de achiziții publice atribuite și prin atribuirea contractelor de achiziții publice de servicii din domeniul serviciului de ambulanță fără ca aceasta să fi făcut obiectul unei proceduri publice de cerere de ofertă, respectiv al unei proceduri transparente, Republica Federală Germania nu și-a îndeplinit obligațiile care îi revin în temeiul Directivelor 92/50/CEE și 2004/18/CE, precum și în temeiul principiului libertății de stabilire și al principiului liberei prestări a serviciilor (articolele 43 CE și 49 CE);

— obligarea Republicii Federale Germania la plata cheltuielilor de judecată.

19. Republica Federală Germania solicită Curții să respingă acțiunea și să oblige Comisia la plata cheltuielilor de judecată.

20. Prin Ordonanța președintelui Curții din 16 decembrie 2008, a fost admisă intervenția Regatului Țărilor de Jos în susținerea concluziilor Republicii Federale Germania. Regatul Țărilor de Jos solicită, în susținerea Republicii Federale Germania, respingerea acțiunii Comisiei.

VI — Principalele argumente ale părților

21. În opinia Comisiei, în ceea ce privește atribuirea de contracte în domeniul serviciilor publice de transport de urgență și al serviciilor publice de transport calificat de bolnavi, în diferite landuri germane s-a instituit o practică de atribuire a contractelor către prestatorii locali care este contrară reglementării privind atribuirea contractelor de achiziții publice, fără a recurge la o procedură de cerere de ofertă la nivel european și fără a asigura o transparență adecvată.

22. Referindu-se la nouă exemple concrete de atribuire de contracte din landurile Saxonia Inferioară, Renania de Nord-Westfalia, Saxonia și Saxonia Superioară, Comisia subliniază mai întâi că autoritățile municipale, colectivitățile teritoriale și asociațiile comunale de servicii de ambulanță competente în ceea ce privește atribuirea respectivă trebuie calificate drept autorități contractante în sensul directivelor în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice. În plus, contractele atribuite în domeniul serviciilor publice de ambulanță trebuie calificate drept contracte de achiziții publice cu titlu oneros a căror valoare, în cazurile în discuție, depășește în mod clar pragurile financiare

relevante pentru aplicarea Directivelor 92/50 și 2004/18.

23. În măsura în care aceste contracte de achiziții publice au fost încheiate înainte de 31 ianuarie 2006, ele sunt supuse Directivei 92/50. Întrucât aceste contracte se referă la servicii mixte, ar fi trebuit să fie atribuite cu respectarea dispozițiilor titlurilor III și IV, respectiv ale articolelor 14 și 16 din Directiva 92/50, în funcție de aspectul dacă a avut un caracter preponderent valoarea serviciilor de transport sau valoarea serviciilor medicale. În ceea ce privește contractele care au fost încheiate după expirarea termenului de transpunere al Directivei 2004/18, această directivă conține o reglementare analogă.

24. Având în vedere faptul că în toate exemplele menționate este vorba despre contracte care prezintă un interes transfrontalier, Republica Federală Germania a încălcat de asemenea principiul nediscriminării și principiul transparenței, care decurg din libertatea de stabilire și din libera prestare a serviciilor.

25. Potrivit Comisiei, încălcările invocate nu constituie cazuri izolate, ci dovedesc existența unei practici generale de atribuire a contractelor de achiziții publice care este contrară dreptului comunitar. Comisia consideră că aprecierea sa este confirmată de numărul extrem de redus de cereri de ofertă de servicii de ambulanță efectuate la nivel european, respectiv de numărul extrem de redus de anunțuri referitoare la contractele atribuite.

26. În opinia guvernului german, nu este acceptabilă încercarea Comisiei de a obține o condamnare globală a practicii de atribuire a contractelor de achiziții publice în Republica Federală Germania prin prezentarea de elemente de fapt referitoare la proceduri de atribuire izolate desfășurate în patru dintre cele șaisprezece landuri. De asemenea, unele afirmații factuale ale Comisiei sunt incorecte.

27. În plus, guvernul german invocă derogarea sectorială prevăzută la articolul 45 primul paragraf CE coroborat cu articolul 55 CE, potrivit căreia capitolele din Tratatul CE referitoare la libertatea de stabilire și la libera prestare a serviciilor nu sunt aplicabile în cazul activităților care sunt asociate într-un stat membru, chiar și cu titlu ocazional, exercitării autorității publice, situație care se regăsește în cazul serviciilor de ambulanță în discuție. Întrucât directivele în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice își găsesc temeiul juridic în aceste două capitole ale Tratatului CE, nici aceste directive nu ar fi aplicabile în speță.

28. Cu titlu subsidiar, guvernul german arată că serviciile de ambulanță în discuție îndeplinesc condițiile necesare pentru a beneficia de un tratament privilegiat în temeiul articolului 86 alineatul (2) CE. Dat fiind că articolul 86 alineatul (2) CE conține nu numai o excepție de la normele de concurență, ci și de la toate celelalte dispoziții ale Tratatului CE, acțiunea Comisiei este neîntemeiată și din acest punct de vedere. În sfârșit, guvernul german indică două decizii ale Bundesgerichtshof din 1 decembrie 2008, potrivit cărora reglementările referitoare la atribuirea contractelor de achiziții publice trebuie să se aplice începând cu acea dată și în ceea ce privește atribuirea contractelor privind serviciile de ambulanță.

29. Guvernul olandez pornește de la premisa că Republica Federală Germania nu a încălcat nici directivele în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice, nici articolele 43 CE și 49 CE. Serviciile publice de ambulanță în discuție trebuie calificate drept servicii de interes economic general în sensul articolului 86 alineatul (2). În această privință, trebuie să se țină seama de faptul că excepția prevăzută la articolul 86 alineatul (2) CE este aplicabilă de asemenea în domeniul libertăților fundamentale. În sfârșit, guvernul olandez examinează posibilitatea aplicării derogării sectoriale prevăzute la articolul 45 CE și la articolul 55 CE. În această privință, guvernul olandez înclină spre opinia potrivit căreia condițiile de aplicare a acestor dispoziții derogatorii ar putea fi îndeplinite în cazul serviciilor de ambulanță în discuție.

VII — Apreciere juridică

A — *Admisibilitate*

30. O caracteristică deosebită a procedurii de constatare a neîndeplinirii obligațiilor prevăzute la articolul 226 CE constă în faptul că stabilirea obiectului acesteia în cadrul procedurii precontencioase limitează obiectul admisibil al acțiunii din procedura judiciară ulterioară. Potrivit unei jurisprudențe constante, avizul motivat și acțiunea ulterioară în constatarea neîndeplinirii obligațiilor trebuie să se întemeieze pe aceleași mijloace și motive, astfel încât Curtea nu poate examina o critică ce nu a fost formulată în avizul motivat[4].

31. Această condiție de admisibilitate, prin care se interzice o extindere a motivelor invocate în cadrul acțiunii în raport cu cele conținute în avizul motivat, urmărește protecția dreptului la apărare al statului membru vizat, căruia trebuie să i se dea posibilitatea să se conformeze obligațiilor sale ce decurg din dreptul comunitar și să invoce în mod eficient mijloacele sale de apărare împotriva obiecțiilor formulate de Comisie. În același timp, această condiție reflectă

4 — A se vedea, de exemplu, Hotărârea din 7 mai 1987, Comisia/Belgia (186/85, Rec., p. 2029, punctul 13), Hotărârea din 11 mai 1989, Comisia/Germania (76/86, Rec., p. 1021, punctul 8), Hotărârea din 24 iunie 2004, Comisia/Țările de Jos (C-350/02, Rec., p. I-6213, punctul 20), Hotărârea din 26 martie 2009, Comisia/Italia (C-326/07, Rep., p. I-2291, punctul 29).

principiul de drept procesual potrivit căruia o eventuală procedură contencioasă trebuie să aibă ca obiect un litigiu clar definit[5].

32. Considerăm că, în ceea ce privește formularea capetelor de cerere ale acțiunii, Comisia a depășit în prezenta procedură în mod nelegal motivele conținute în avizul motivat. În vederea clarificării și a delimitării acestei extinderi nelegale a acțiunii, vom analiza mai întâi clasificarea serviciilor de ambulanță în discuție în cadrul sistemului directivelor în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice. Ulterior, vom prezenta modul în care, în cererea introductivă, Comisia a reformulat capetele de cerere din avizul motivat și modul în care, prin această reformulare, a fost modificat și obiectul acțiunii.

33. Împrejurarea că Republica Federală Germania nu a criticat în mod expres nelegalitatea extinderii acțiunii nu este însă relevantă. Având în vedere că, în ceea ce privește interdicția extinderii obiectului litigiului, este vorba despre o garanție esențială urmărită de Tratatul CE, a cărei respectare constituie un aspect esențial al regularității procedurii de constatare a neîndeplinirii obligațiilor de către un stat membru[6], Curtea poate constata această extindere din oficiu, chiar dacă Republica Federală Germania nu a formulat o critică în acest sens[7].

1. Serviciile de ambulanță ca servicii mixte în cadrul sistemului directivelor în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice

34. Atât Directiva 92/50, cât și Directiva 2004/18 operează o distincție între așa-numitele servicii principale și servicii secundare. Serviciile principale sunt enumerate în anexa I A la Directiva 92/50, precum și în anexa II A la Directiva 2004/18, al cărei conținut este identic. Aceste servicii principale cuprind, printre altele, serviciile din domeniul transportului terestru. Serviciile secundare sunt enumerate în anexa I B la Directiva 92/50, precum și în anexa II B la Directiva 2004/18, al cărei conținut este identic. Acestea cuprind, printre altele, serviciile din domeniul sănătății. Cea mai importantă diferență din punctul de vedere al dreptului achizițiilor publice care există între serviciile principale, enumerate în anexele I A și II A, și serviciile secundare, enumerate în anexele I B și II B, constă în faptul că numai serviciile principale sunt supuse în mod integral aplicării directivei respective[8]. În schimb, în ceea ce privește serviciile secundare, este

5 — A se vedea Hotărârea din 22 martie 2007, Comisia/Belgia (C-437/04, Rep., p. I-2513, punctul 39 și urm.), și Hotărârea Comisia/Țările de Jos (citată la nota de subsol 4, punctele 18 și 19).

6 — A se vedea, de exemplu, Hotărârea din 27 aprilie 2006, Comisia/Germania (C-441/02, Rec., p. I-3449, punctul 59).

7 — Argument ce rezultă, *a fortiori*, din articolul 92 alineatul (1) din Regulamentul de procedură al Curții. A se vedea în același sens, de asemenea, Karpenstein/Karpenstein, în Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, articolul 226 CE, punctul 82 (a 39-a actualizare, versiunea iulie 2009).

8 — Articolul 8 din Directiva 92/50, precum și articolul 20 din Directiva 2004/18.

prevăzut numai că sunt aplicabile normele privind specificațiile tehnice și că autoritatea contractantă trebuie să informeze Comisia despre atribuirea contractelor[9].

35. În prezenta procedură este neconstestat faptul că serviciile de ambulanță în discuție trebuie clasificate drept servicii mixte, care cuprind atât elemente specifice serviciilor principale, cât și elemente specifice serviciilor secundare. Această clasificare rezultă în mod direct din Hotărârea Tögel[10], în care serviciile de transport de răniți și de bolnavi în prezența unui infirmier au fost calificate drept servicii mixte în sensul articolului 10 din Directiva 92/50[11]. În această privință, transportul de persoane trebuie clasificat drept serviciu principal, în timp ce asistența medicală pe durata transportului trebuie calificată drept serviciu secundar.

36. Conform articolului 10 din Directiva 92/50, respectiv articolului 22 din Directiva 2004/18, contractele mixte referitoare la servicii principale și secundare sunt supuse în mod integral aplicării directivei respective în cazul în care valoarea serviciilor principale este mai mare decât cea a serviciilor secundare. În caz contrar, contractele mixte trebuie tratate drept contracte referitoare la servicii secundare.

2. Reformularea capetelor de cerere cuprinse în cererea introductivă

37. În avizul motivat, Comisia a luat în considerare în mod expres natura mixtă a serviciilor de ambulanță în discuție, atât în cadrul aprecierii sale juridice, cât și în cadrul formulării fiecăruia dintre motive.

38. În avizul motivat, Comisia a arătat în special că, în ceea ce privește serviciile de ambulanță în discuție, serviciile de transport în sensul anexei I A la Directiva 92/50, respectiv al anexei II A la Directiva 2004/18, prezintă un caracter preponderent, astfel încât, în opinia sa, în ceea ce privește atribuirea acestor contracte, Republica Federală Germania a încălcat articolul 10 din Directiva 92/50 coroborat cu titlurile III și IV ale acestei directive, iar, de la 1 februarie 2006, articolul 22 coroborat cu articolele 23-55 din Directiva 2004/18. În cazul în care, în anumite situații dintre cele menționate, serviciile de sănătate în sensul anexei I B la Directiva

9 — Articolul 9 din Directiva 92/50, precum și articolul 21 din Directiva 2004/18.

10 — Hotărârea din 24 septembrie 1998, Tögel (C-76/97, Rec., p. I-5357, punctul 40).

11 — Transportul de persoane se încadrează în sfera noțiunii „transport pe uscat” în sensul categoriei 2 din anexa I A la Directiva 92/50, respectiv al categoriei 2 din anexa II A la Directiva 2004/18. Asistența medicală se încadrează în sfera noțiunii „servicii de sănătate” în sensul categoriei 25 din anexa I B la Directiva 92/50, respectiv al categoriei 25 din anexa II B la Directiva 2004/18.

92/50, respectiv al anexei II B la Directiva 2004/18, ar fi preponderente, Comisia invocă în subsidiar o încălcare a articolului 10 coroborat cu articolul 16 din Directiva 92/50, iar, de la 1 februarie 2006, o încălcare a articolului 22 coroborat cu articolul 35 alineatul (4) din Directiva 2004/18 și, în orice caz, o încălcare a principiului libertății de stabilire și a principiului liberei prestări a serviciilor prevăzute la articolele 43 CE și 49 CE, precum și a principiului nediscriminării care decurge din acestea.

39. În acțiunea sa, Comisia nu a răspuns în mod deliberat la întrebarea dacă serviciile de ambulanță în discuție priveau în principal transportul de persoane sau, dimpotrivă, asistența medicală. Potrivit Comisiei, această problemă poate rămâne în prezent fără răspuns deoarece prin procedurile de atribuire contestate au fost încălcate în orice caz normele privind obligația de notificare a contractelor de achiziții publice atribuite în conformitate cu articolul 16 din Directiva 92/50, respectiv în conformitate cu articolul 35 alineatul (4) din Directiva 2004/18, precum și principiul nediscriminării care decurge din libertatea de stabilire și din libera prestare a serviciilor.

40. Prin intermediul acestei reformulări a capătului de cerere, Comisia a modificat în mod nelegal obiectul acțiunii.

41. În timp ce, în avizul motivat, Comisia a pornit de la premisa că prin atribuirea contractelor de servicii de ambulanță s-au încălcat principiul nediscriminării și principiul transparenței, consacrate de dreptul primar, numai în cazurile în care predomină aspectul asistenței medicale, în cadrul acțiunii Comisia se întemeiază pe un punct de vedere diferit, potrivit căruia principiul nediscriminării și principiul transparenței trebuiau respectate întotdeauna în ceea ce privește atribuirea serviciilor de ambulanță în discuție. Aceasta presupune însă în mod necesar că principiul nediscriminării și principiul transparenței pot fi încălcate de asemenea în mod direct în cazul atribuirii contractelor de servicii de ambulanță în care aspectul transportului este predominant, ceea ce nu a fost invocat nici în mod explicit, nici în mod implicit în avizul motivat.

42. Prin urmare, extinderea obiectului procedurii constă în faptul că în prezent este invocată o încălcare a principiului nediscriminării și a principiului transparenței, ce rezultă din libertatea de stabilire și din libera prestare a serviciilor, și în privința atribuirii contractelor de servicii de ambulanță mixte în cazul cărora aspectul transportului este predominant. Din acest punct de vedere, prezenta acțiune trebuie declarată inadmisibilă.

43. Acestei concluzii nu i se poate opune faptul că obligațiile referitoare la publicitate și la efectuarea de cereri de ofertă prevăzute

de directivele în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice reprezintă în final o expresie în dreptul derivat a principiilor nediscriminării și transparenței, consacrate de dreptul primar, și faptul că, în consecință, prin cererea sa întemeiată în prezent pe dreptul primar, Comisia nu a depășit pe fond motivele formulate în avizul motivat. Astfel, aspectul decisiv constă în faptul că, în acțiunea sa, Comisia invocă o încălcare a dreptului primar referitoare la servicii mixte principale, cu toate că în avizul motivat a afirmat că aceste servicii se încadrau în întregime în sfera directivelor în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice și, prin urmare, a invocat numai o încălcare a acestor directive. În consecință, în cadrul procedurii precontencioase, Republica Federală Germania nu a putut să analizeze problema dacă atribuirea de contracte referitoare la prestarea de servicii de ambulanță care privesc în principal transportul de persoane și, pentru acest motiv, sunt supuse în întregime directivelor în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice poate fi evaluată în mod direct în raport cu principiile de drept primar ale nediscriminării și transparenței[12].

44. În cazul în care modificarea obiectului acțiunii, pe care am analizat-o, ar fi considerată admisibilă, aceasta ar conduce la o încălcare inacceptabilă a dreptului la apărare al Republicii Federale Germania, deoarece în acest fel aceasta ar fi lipsită de posibilitatea de a analiza încă din etapa procedurii precontencioase problema fundamentală dacă, și în ce măsură Comisia putea să își întemeieze în mod direct capetele de cerere referitoare la atribuirea contractelor de servicii mixte principale pe dreptul primar.

45. În acest stadiu trebuie să se indice de asemenea că, în anumite părți din acțiune, Comisia pare să invoce o încălcare a articolului 2 din Directiva 2004/18 și să urmărească o condamnare în acest sens a Republicii Federale Germania[13]. În măsura în care concluziile Comisiei ar fi înțelese în acest sens, acest capăt de cerere trebuie să fie respins de asemenea ca inadmisibil deoarece încălcarea articolului 2 din Directiva 2004/18 nu a fost invocată în mod expres în avizul motivat.

12 — În acest context, se pune în special problema dacă o examinare a atribuirii contractelor în discuție în raport cu principiile de drept primar ale nediscriminării și transparenței este conformă cu principiul supremației dreptului derivat, precum și cu scopul și cu obiectul procedurii de constatare a neîndeplinirii obligațiilor prevăzute la articolul 226 CE. A se vedea în această privință punctul 95 și urm. din prezentele concluzii.

13 — Sub titlul „Încălcarea articolului 16 din Directiva 92/50/CEE și a articolului 35 alineatul (4) din Directiva 2004/18/CE", Comisia menționează, la punctul 39 din cererea introductivă din 15 aprilie 2008, că articolele 14 și 16 din Directiva 92/50, precum și articolul 23 și articolul 35 alineatul (4) din Directiva 2004/18 sunt în orice caz aplicabile în speță. Ulterior, la punctul 40, Comisia invocă o încălcare a articolului 16 din Directiva 92/50, respectiv a articolului 35 alineatul (4) din Directiva 2004/18. La punctul 41, Comisia afirmă că articolul 3 alineatul (2) din Directiva 92/50, precum și articolul 2 din Directiva 2004/18 sunt de asemenea aplicabile în speță, fără însă a invoca în mod expres încălcarea lor și fără a prezenta considerații suplimentare cu privire la aceste două articole. În rezumatul cererilor sale, cuprins la punctul 72, Comisia invocă totuși o încălcare a articolului 10 coroborat cu articolul 16 din Directiva 92/50, precum și a articolelor 2 și 22 coroborate cu articolul 35 alineatul (4) din Directiva 2004/18.

3. Concluzie

46. Având în vedere aceste considerații, concluzionăm în sensul că prezenta acțiune în constatarea neîndeplinirii obligațiilor trebuie respinsă ca inadmisibilă în măsura în care prin intermediul acesteia se invocă o încălcare a principiului nediscriminării și a principiului transparenței, ce rezultă din libertatea de stabilire și din libera prestare a serviciilor, și în privința atribuirii serviciilor de ambulanță în cazul cărora aspectul transportului este predominant.

47. În cazul în care Curtea ar ajunge la concluzia că prin intermediul acțiunii formulate Comisia solicită de asemenea constatarea unei încălcări a articolului 2 din Directiva 2004/18, această cerere trebuie respinsă de asemenea ca inadmisibilă.

B — *Temeinicia acțiunii*

48. Republica Federală Germania opune acțiunii în constatarea neîndeplinirii obligațiilor introduse de Comisie o argumentare concepută pe trei niveluri. Guvernul german invocă, în primul rând, derogarea sectorială prevăzută la articolul 45 CE și, în subsidiar, motivul justificativ prevăzut la articolul 86 alineatul (2) CE. În al doilea rând, guvernul german contestă anumite afirmații factuale ale Comisiei. În al treilea rând, guvernul german contestă cererea Comisiei de a se constata existența unei practici contrare reglementării privind atribuirea contractelor de achiziții publice.

49. În acest cadru, vom analiza în cele ce urmează mai întâi problema atribuirii contractelor referitoare la servicii de ambulanță în lumina articolului 45 primul paragraf CE coroborat cu articolul 55 CE, precum și, ulterior, în lumina articolului 86 alineatul (2) CE. În continuare, vom examina fiecare dintre cele nouă proceduri de atribuire criticate de Comisie. În final, ne vom consacra problemei dacă rezultatele acestei examinări justifică o constatare a existenței unei practici contrare reglementării privind atribuirea contractelor de achiziții publice.

1. Inaplicabilitatea derogării sectoriale prevăzute la articolul 45 primul paragraf CE

50. Conform articolului 45 primul paragraf CE coroborat cu articolul 55 CE, dispozițiile de drept primar referitoare la libertatea de stabilire și la libera prestare a serviciilor nu sunt aplicabile în cazul activităților care sunt asociate într-un stat membru, chiar și cu titlu

ocazional, exercitării autorității publice. Dacă o activitate este asociată într-un stat membru exercitării autorității publice, atunci aceasta este exceptată, așadar, de la aplicarea libertății de stabilire și a liberei prestări a serviciilor.

51. Același lucru trebuie fie aplicabil în ceea ce privește dispozițiile de drept derivat care sunt adoptate în vederea punerii în aplicare a capitolului referitor la dreptul de stabilire și la libera prestare a serviciilor. În măsura în care aceste acte normative de drept derivat reglementează de asemenea o activitate care este asociată exercitării autorității publice, pe calea unei interpretări conforme cu Tratatul CE a reglementării de drept derivat trebuie să se constate că activitățile menționate sunt exceptate, în statele respective, de la aplicarea acestei reglementări[14].

52. În cazul în care serviciile de transport de urgență și serviciile de transport de bolnavi, care constituie obiectul atribuirilor de contracte în discuție, ar fi asociate exercitării autorității publice în sensul articolului 45 primul paragraf CE, încălcarea principiului libertății de stabilire și a principiului liberei prestări a serviciilor, care este invocată de Comisie, ar trebui respinsă ca neîntemeiată.

Pe de altă parte, în acest caz, având în vedere că atât Directiva 92/50, cât și Directiva 2004/18 au fost adoptate în temeiul articolului 47 alineatul (2) CE și a articolului 55 CE, așadar, în exercitarea normelor de competență de drept primar ale capitolului referitor la dreptul de stabilire și la libera prestare a serviciilor, ar trebui respins ca neîntemeiat și motivul întemeiat pe încălcarea acestor directive referitoare la atribuirea contractelor de achiziții publice.

53. Totuși, ni se pare îndoielnic ca prestarea de servicii de transport de urgență și de servicii de transport de bolnavi să poată fi calificată drept o activitate care este asociată, chiar și cu titlu ocazional, exercitării autorității publice, în sensul articolului 45 primul paragraf CE.

54. În primul rând, trebuie amintit că interpretarea noțiunii „exercitarea autorității publice" în sensul articolului 45 primul paragraf CE este de domeniul dreptului comunitar. Astfel, ordinea juridică comunitară nu își definește noțiunile inspirându-se din una sau din mai multe ordini juridice naționale, cu excepția cazurilor în care există o mențiune expresă în acest sens[15].

14 — A se vedea Concluziile avocatului general Lenz prezentate la 19 septembrie 1991 în cauza Comisia/Grecia (C-306/89, Rec., p. I-5863, punctul 28). A se vedea, pe de altă parte, Randelzhofer/Forsthoff, în Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, articolul 45 CE, punctul 14 (a 39-a actualizare, versiunea iulie 2009).

15 — A se vedea Hotărârea din 2 aprilie 1998, EMU Tabac și alții (C-296/95, Rec., p. I-1605, punctul 30), Hotărârea din 22 mai 2003, Comisia/Germania (C-103/01, Rec., p. I-5369, punctul 33), și Hotărârea din 18 decembrie 2007, Société Pipeline Méditerranée et Rhône (C-314/06, Rep., p. I-12273, punctul 21).

55. În consecință, la întrebarea dacă o activitate prezintă o legătură cu exercitarea autorității publice în sensul articolului 45 primul paragraf CE urmează să se dea un răspuns pe baza definiției din dreptul comunitar a autorității publice, în sensul acestei dispoziții.

56. Condiția pentru a se admite existența unei exercitări a autorității publice (sau a unei participări la exercitarea autorității publice) în sensul articolului 45 primul paragraf CE este reprezentată de posibilitatea de a exercita drepturi speciale, prerogative de autoritate publică sau competențe coercitive care sunt impuse cetățenilor [16].

57. Având în vedere importanța capitală a libertăților fundamentale pentru piața internă, articolul 45 primul paragraf CE – coroborat, dacă este cazul, cu articolul 55 CE –, în calitate de excepție de la principiul libertății de stabilire, respectiv de la principiul liberei prestări a serviciilor, trebuie interpretat în mod restrictiv [17]. În consecință, domeniul de aplicare al excepției prevăzute la articolul 45 primul paragraf CE nu este deschis oricărei activități în cadrul căreia pot fi exercitate drepturi speciale, prerogative de autoritate publică sau competențe coercitive care sunt impuse cetățenilor. Dimpotrivă, este necesar ca această participare la exercitarea autorității publice să prezinte un caracter suficient de intens și de direct.

58. Cu alte cuvinte, condiția referitoare la aplicarea „exercitării autorității publice" în sensul articolului 45 primul paragraf CE presupune o exercitare suficient de calificată a drepturilor speciale, a prerogativelor de autoritate publică sau a competențelor coercitive. Această apreciere calitativă a participării la misiuni de autoritate publică a fost sintetizată de Curte în cerința potrivit căreia o aplicare a articolului 45 primul paragraf CE – coroborat, dacă este cazul, cu articolul 55 CE – presupune o participare „directă" și „specifică" la exercitarea puterii publice [18].

59. Astfel, în cadrul analizării problemei dacă activitățile întreprinderilor private de securitate din Spania erau asociate exercitării autorității publice, Curtea a evidențiat în Hotărârea din 29 octombrie 1998, Comisia/Spania [19], că, chiar și atunci când astfel de forțe de securitate private sunt chemate în anumite situații să asiste forțele de securitate publice, primele exercită numai funcții auxiliare. În consecință, întreprinderile private

16 — Concluziile avocatului general Mayras prezentate la 28 mai 1974 în cauza Reyners (2/74, Rec., p. 665).

17 — Această abordare restrictivă este confirmată în prezent de Curte printr-o jurisprudență constantă, indicând faptul că, în ceea ce privește aprecierea excepțiilor de la libertatea de stabilire, prevăzute la articolul 45 CE, trebuie să se țină seama de caracterul comunitar al limitelor impuse de acest articol excepțiilor de la libertatea menționată. A se vedea, de exemplu, Hotărârea din 22 octombrie 2009, Comisia/Portugalia (C-438/08, Rep., p. I-10219, punctul 35).

18 — A se vedea, de exemplu, Hotărârea din 13 iulie 1993, Thijssen (C-42/92, Rec., p. I-4047, punctul 22), Hotărârea din 30 martie 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Rec., p. I-2941, punctul 46), precum și Hotărârea Comisia/Portugalia (citată la nota de subsol 17, punctul 36).

19 — C-114/97, Rec., p. I-6717, punctele 38 și 39.

de securitate nu participă „în mod direct și specific" la exercitarea puterii publice. Această soluție a fost propusă în concluziile prezentate în această cauză de avocatul general Alber, care a indicat că distincția între funcțiile principale și cele auxiliare nu trebuie privită ca un criteriu cantitativ, ci ca unul calitativ și că există o distincție graduală între prerogativele forțelor de securitate publice și cele ale forțelor de securitate private[20].

60. Curtea s-a arătat la fel de strictă de curând, în Hotărârea din 22 octombrie 2009, Comisia/Portugalia[21], în care a hotărât că activitățile organismelor private de control tehnic al vehiculelor, în discuție în această cauză, nu intră în domeniul de aplicare al derogării prevăzute la articolul 45 CE, cu toate că aceste organisme au certificat controalele tehnice efectuate de ele și, în această privință, au exercitat de asemenea prerogative de autoritate publică. Această exercitare a prerogativelor de autoritate publică nu îndeplinea însă criteriul calitativ al „participării directe și specifice" la exercitarea autorității publice, în sensul articolului 45 CE. În această privință, Curtea a indicat, pe de o parte, că prin certificare s-au stabilit numai consecințele juridice ale controlului tehnic relevant, fără ca organismelor de control tehnic să le revină o autonomie decizională reală. În plus, deciziile de a certifica sau de a nu certifica controlul tehnic au fost adoptate în cadrul unei supravegheri directe din partea statului[22].

61. Anterior, Curtea a constatat cu ocazia examinării aplicabilității derogării sectoriale prevăzute la articolul 45 CE în cazul experților contabili care activează la întreprinderile de asigurări și la instituțiile private de asigurări de pensii că îndeplinirea unor funcții pur auxiliare și pregătitoare în raport cu o entitate care exercită efectiv autoritatea publică prin adoptarea deciziei finale nu poate fi considerată o participare la exercitarea autorității publice în sensul respectivei derogări[23].

62. Sintetizând, trebuie să se constate că, în prezent, potrivit unei jurisprudențe constante, „exercitarea autorității publice" în sensul articolului 45 primul paragraf CE trebuie să îndeplinească cerințe calitative

20 — Concluziile avocatului general Alber prezentate la 7 mai 1998 în cauza Comisia/Spania (C-114/97, Rec., p. 6717, punctele 27 și 28). În Hotărârea din 9 martie 2000, Comisia/Belgia (C-355/98, Rec., p. I-1221, punctele 25 și 26), Hotărârea din 31 mai 2001, Comisia/Italia (C-283/99, Rec., p. I-4363, punctul 20 și urm.), și în Hotărârea din 13 decembrie 2007, Comisia/Italia (C-465/05, Rep., p. I-11091, punctul 31 și urm.) a fost confirmată constatarea că activitatea întreprinderilor de pază sau de securitate privată nu constituie în mod normal o participare directă și specifică la exercitarea autorității publice.

21 — Citată la nota de subsol 17.

22 — Curtea a ajuns la o concluzie similară anterior, în Hotărârile din 29 noiembrie 2007, Comisia/Germania (C-404/05, Rep., p. I-10239, punctele 39 și urm.) și Comisia/Austria (C-393/05, Rep., p. I-10195, punctul 37 și urm.), în cadrul examinării activităților organismelor private de control al produselor provenite din agricultura ecologică.

23 — Hotărârea Thijssen (citată la nota de subsol 18, punctul 17 și urm.). A se vedea de asemenea Hotărârea Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (citată la nota de subsol 18, punctul 44 și urm.) cu privire la anumite activități de consiliere și de asistență în probleme fiscale, efectuate de Centri di Assistenza Fiscale din Italia.

ridicate, față de care invocarea articolului 45 CE a eșuat până în prezent aproape fără nicio excepție[24].

63. Considerăm că și în prezenta procedură există într-adevăr, într-o măsură limitată, o participare a prestatorului serviciilor de transport de urgență și de transport de bolnavi la exercitarea puterii publice, fără a îndeplini însă criteriile calitative necesare pentru aplicarea articolului 45 CE.

64. Republica Federală Germania consideră că participarea la exercitarea autorității publice este întemeiată în primul rând pe faptul că, potrivit dreptului german, contractele în discuție trebuie calificate drept contracte de drept public. În al doilea rând, Republica Federală Germania evidențiază drepturile speciale de care dispun serviciile de ambulanță în temeiul dreptului administrației drumurilor publice și al dreptului circulației pe drumurile publice, drepturi care constau în special în ordine adresate celorlalți participanți la trafic prin intermediul utilizării girofarului și a sirenei, ordine care trebuie respectate și a căror încălcare poate fi sancționată cu amendă. În al treilea rând, Republica Federală Germania afirmă că serviciile de ambulanță participă adeseori la organizarea de operațiuni de salvare, precum și la îndeplinirea unor atribuții de autoritate publică în domeniul protecției împotriva incendiilor și în domeniul protecției civile și sprijină de asemenea poliția în privința prevenirii riscurilor prin punerea la dispoziție a mijloacelor de salvare în cadrul intervențiilor serviciilor de securitate. În al patrulea rând, Republica Federală Germania subliniază că legislația landurilor prevede adeseori numirea personalului serviciilor de ambulanță în calitate de funcționari executivi ai administrației.

65. Aceste argumente nu sunt convingătoare.

66. Prin intermediul primului său argument, Republica Federală Germania nu ține seama de principiul potrivit căruia ordinea juridică comunitară nu își definește noțiunile inspirându-se din una sau din mai multe ordini juridice naționale[25]. Împrejurarea că, potrivit dreptului german, serviciile de ambulanță în cauză trebuie organizate în temeiul dreptului public nu este relevantă în privința răspunsului la întrebarea dacă aceste servicii de ambulanță intră în domeniul de aplicare al articolului 45 CE.

67. Cu toate că, ulterior, Republica Federală Germania pornește în mod corect de la premisa că utilizarea girofarului și a sirenei de către prestatorii de servicii de ambulanță

24 — Pe lângă hotărârile menționate deja, a se vedea Hotărârea din 18 decembrie 2007, Jundt (C-281/06, Rep., p. I-12231, punctul 35 și urm.), cu privire la exercitarea unei activități didactice în cadrul unei universități.

25 — A se vedea punctele 54 și 55 din prezentele concluzii.

trebuie apreciată drept o exercitare a unui drept special, considerăm că organizarea concretă a acestui drept special nu atinge nivelul de intensitate care este cerut de jurisprudența constantă referitoare la domeniul de aplicare al articolului 45 CE. Astfel, drepturile speciale invocate se limitează, pe de o parte, la echiparea specifică a vehiculelor utilizate în serviciile de ambulanță și la dotarea acestora cu girofar și cu sirenă și, pe de altă parte, la revendicarea în anumite împrejurări a priorității față de ceilalți participanți la traficul rutier, în condițiile în care nerespectarea acestor drepturi speciale de către ceilalți participanți la traficul rutier trebuie considerată o încălcare care se sancționează cu amendă. În opinia noastră, aceste drepturi speciale relativ reduse nu îndeplinesc cerințele calitative ridicate ale exercitării autorității publice în sensul articolului 45 CE, cerințe pe care le-am analizat mai sus.

68. În acest context, nici invocarea de către guvernul german a participării serviciilor de ambulanță la organizarea de operațiuni de salvare și la protecția împotriva incendiilor și în domeniul protecției civile, nici punerea la dispoziție de către acestea a mijloacelor de salvare în vederea sprijinirii serviciilor de securitate și a pompierilor nu este convingătoare. În această privință, trebuie să se arate, pe de o parte, că punerea la dispoziție a mijloacelor de salvare în vederea sprijinirii serviciilor de securitate trebuie apreciată, ca regulă generală, drept o activitate pur auxiliară și pregătitoare, care, potrivit jurisprudenței analizate mai sus, nu poate constitui o participare directă la exercitarea autorității publice. Chiar dacă exemplele prezentate de Republica Federală Germania, referitoare la participarea serviciilor de ambulanță la organizarea de operațiuni de salvare, precum și la protecția împotriva incendiilor și în domeniul protecției civile[26] ar depăși cadrul activităților pur auxiliare și pregătitoare, nici aceste activități nu ar îndeplini cerințele calitative ridicate ale exercitării autorității publice în sensul articolului 45 CE, cerințe pe care le-am analizat mai sus.

69. În sfârșit, argumentul referitor la posibilitatea numirii personalului serviciilor de ambulanță în calitate de funcționari executivi ai administrației, posibilitate prevăzută adeseori de dreptul landurilor, este contrazis chiar de constatarea că, potrivit unei jurisprudențe constante, o extindere a excepției permise de articolele 45 CE și 55 CE la o întreagă profesie nu poate fi admisă în cazul în care activitățile care sunt, eventual, asociate exercitării autorității publice constituie un element separabil de ansamblul activității profesionale în cauză[27].

70. Având în vedere considerațiile precedente, concluzionăm în sensul că activitatea în cauză referitoare la prestarea de servicii de ambulanță nu constituie, ca atare,

26 — Cu titlu de exemple de misiuni de interes public realizate de prestatorii de servicii de ambulanță, Republica Federală Germania face trimitere la măsuri de evacuare, de blocare și de conservare în cazuri de urgență și, în general, la participarea prestatorilor de servicii de ambulanță la planificarea, organizarea și administrarea serviciului de urgență în cadrul căruia ar avea dreptul, de exemplu, să impună terților obligații de informare, respectiv de declarare, sau ar putea decide cu privire la intervenția altor servicii de specialitate.

27 — Hotărârile Comisia/Germania (citată la nota de subsol 22, punctul 47) și Comisia/Austria (citată la nota de subsol 22, punctul 45).

o participare directă și specifică la exercitarea autorității publice. În consecință, derogarea sectorială prevăzută la articolul 45 CE nu este aplicabilă în prezenta cauză.

2. Inexistența unui motiv de justificare prevăzut la articolul 86 alineatul (2) CE

71. Prin referirea la Hotărârea Ambulanz Glöckner[28], Republica Federală Germania invocă, în subsidiar, că serviciile de ambulanță trebuie calificate drept servicii de interes economic general în sensul articolului 86 alineatul (2) CE, motivul de justificare prevăzut de această dispoziție fiind aplicabil fără nicio restricție în domeniul libertății de stabilire și al liberei prestări a serviciilor.

72. Această argumentare nu ne convinge.

73. Trebuie să fim de acord cu argumentarea Republicii Federale Germania în măsura în care afirmă că, prin Hotărârea din 23 octombrie 1997, Comisia/Țările de Jos[29], și prin Hotărârea din 18 iunie 1998, Corsica Ferries France[30], Curtea a declarat aplicabil motivul de justificare prevăzut la articolul 86 alineatul (2) CE și în cazul măsurilor statale incompatibile cu dispozițiile Tratatului CE referitoare la libera circulație a mărfurilor și la libera prestare a serviciilor și a confirmat astfel că articolul 86 alineatul (2) CE poate fi aplicat pentru a justifica încălcări ale articolului 86 alineatul (1) CE în raport cu libertățile fundamentale[31].

74. Având în vedere evoluțiile mai recente din jurisprudența Curții, se pune totuși întrebarea dacă Hotărârile Comisia/Țările de Jos și Corsica Ferries France mai pot fi încă total aplicabile cu privire la acest aspect. Astfel, potrivit celei mai recente jurisprudențe, împrejurarea că, ținând seama de configurația sa concretă, o activitate este exclusă din domeniul de aplicare al normelor privind concurența nu înseamnă în mod necesar că aceasta este exclusă și din domeniul de aplicare al normelor privind libera circulație[32].

75. În acest context se pune întrebarea dacă linia jurisprudențială referitoare la aplicabilitatea articolului 86 alineatul (2) CE în domeniul libertăților fundamentale, consacrată

28 — Hotărârea din 25 octombrie 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Rec., p. I-8089).

29 — C-157/94, Rec., p. I-5699, punctul 27 și urm.

30 — C-266/96, Rec., p. I-3949, punctul 59.

31 — În același sens și Mestmäcker/Schweitzer, în Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, ediția a 4-a, München, 2007, articolul 86 alineatul (2) CE, punctul 42, Pernice/Wernicke, în Grabitz/Hilf, *op. cit.* (nota de subsol 14), articolul 86 CE, punctul 53.

32 — Hotărârea din 11 decembrie 2007, International Transport Workers' Federation și Finnish Seamen's Union („Viking Line", C-438/05, Rep., p. I-10779, punctul 53). A se vedea de asemenea Hotărârea din 18 iulie 2006, Meca-Medina (C-519/04 P, Rec., p. I-6991, punctele 31-34).

prin Hotărârile Comisia/Țările de Jos și Corsica Ferries France, nu ar trebui reexaminată, cu atât mai mult cu cât Curtea părea încă să excludă o astfel de aplicabilitate în jurisprudența sa mai veche[33].

76. Această problemă nu necesită însă o analiză suplimentară în prezenta cauză, de vreme ce Republica Federală Germania nu reușește să dovedească nici măcar faptul că sunt îndeplinite, ca atare, condițiile de aplicare ale articolului 86 alineatul (2) CE.

77. Statul membru care invocă articolul 86 alineatul (2) CE are obligația să dovedească faptul că sunt îndeplinite condițiile prevăzute de această dispoziție[34].

78. La nivelul condițiilor, articolul 86 alineatul (2) CE impune, în speță, să se dovedească faptul că serviciile de ambulanță în cauză trebuie să fie calificate drept servicii de interes economic general, că o modificare a practicii criticate referitoare la atribuirea contractelor de achiziții publice în sensul dreptului comunitar ar împiedica, în drept sau în fapt, ori ar periclita prestarea acestor servicii și că, prin practica în litigiu, dezvoltarea schimburilor nu a fost afectată într-o măsură incompatibilă cu interesul Comunității.

79. În condițiile în care ar trebui să fie incontestabil că serviciile de transport de urgență trebuie calificate drept servicii de interes economic general în sensul articolului 86 alineatul (2) CE[35], Republica Federală Germania nu a dovedit în prezenta procedură că practica criticată referitoare la atribuirea contractelor de achiziții publice este absolut necesară și că, prin urmare, îndeplinirea misiunii de a presta serviciile de ambulanță în cauză nu poate fi asigurată prin intermediul altor mijloace care să fie într-o mai mare măsură compatibile cu dreptul comunitar.

80. În această privință, Republica Federală Germania nu menționează decât că integrarea unor prestatori de servicii de ambulanță noi în sistemul de servicii de urgență al unei regiuni ar putea îngreuna sau împiedica subvențiile încrucișate între zonele mai dens populate, în care prestarea de servicii de ambulanță este mai profitabilă, și zonele mult mai puțin profitabile care au o densitate redusă a populației. În plus, protecția

33 — Hotărârea din 10 iulie 1984, Campus Oil și alții (72/83, Rec., p. 2727, punctul 19).

34 — A se vedea, de exemplu, Hotărârea din 23 octombrie 1997, Comisia/Franța (C-159/94, Rec., p. I-5815, punctul 101).

35 — A se vedea, de exemplu, Hotărârea Ambulanz Glöckner (citată la nota de subsol 28, punctul 55).

organizațiilor de asistență constituite pe baze asociative care activează în Germania, protecție inerentă practicii actuale de atribuire a contractelor de achiziții publice, este necesară deoarece aceste organizații au o obligație de intervenție în caz de catastrofă. În consecință, numai aceste organizații garantează că, în caz de catastrofă, s-ar putea recurge la un număr mare de persoane care să acorde ajutor benevol stabilite în apropierea locului intervenției, în condițiile în care aceste persoane au nevoie de posibilitatea de a acumula în mod regulat experiență practică în cadrul serviciului de ambulanță.

81. În ceea ce privește argumentul subvenției încrucișate, Comisia a răspuns, în memoriul în replică, prin faptul că afirmația potrivit căreia organizațiile de servicii de ambulanță au nevoie de o subvenție încrucișată pentru a realiza în mod rentabil acoperirea zonelor mai puțin profitabile nu constituie un argument împotriva organizării unei cereri de ofertă a serviciilor de ambulanță în conformitate cu dreptul comunitar. Rentabilitatea diferită a anumitor regiuni poate fi luată în considerare prin intermediul unei remunerații mai ridicate a serviciilor în regiunile mai puțin rentabile. O altă posibilitate constă în atribuirea de contracte combinate pentru serviciile de transport în cazuri de urgență și de transport de bolnavi în zone delimitate din punct de vedere geografic, care să cuprindă atât zone mai rentabile, cât și zone mai puțin rentabile.

82. În memoriul în duplică, Republica Federală Germania nu a susținut că, ținând seama de împrejurările relevante de fapt și de drept, aceste alternative prezentate de Comisie cu privire la atribuirea contractelor de achiziții publice ar face dificilă sau chiar imposibilă îndeplinirea misiunii de a presta servicii de transport de urgență. Având în vedere cele prezentate mai sus, argumentul privind caracterul necesar al practicii contestate referitoare la atribuirea contractelor de achiziții publice, întemeiat pe subvențiile încrucișate care rezultă din aceasta, trebuie respins ca insuficient motivat.

83. Aceeași concluzie este valabilă în ceea ce privește argumentul referitor la numărul mare voluntari stabiliți în apropierea locului intervenției. În această privință, Comisia a indicat drept alternativă conformă cu reglementarea din domeniul atribuirii contractelor de achiziții publice posibilitatea organizării unei cereri de ofertă în cazul căreia disponibilitatea la fața locului ar fi luată în considerare în calitate de criteriu de selecție. În memoriul în duplică, Republica Federală Germania nu a contestat nici această posibilitate suficient de temeinic.

84. Având în vedere aceste considerații, concluzionăm că Republica Federală Germania nu a furnizat dovada, aflată în sarcina sa, că practica de atribuire a contractelor de achiziții publice pentru servicii de ambulanță, contestată în speță, îndeplinește condițiile de aplicare ale articolului 86 alineatul (2) CE. În

consecință, pentru acest motiv, invocarea de către guvernul german a articolului 86 alineatul (2) CE trebuie respinsă ca neîntemeiată.

3. Analiza celor nouă proceduri de atribuire contestate

85. Comisia contestă nouă proceduri de atribuire a contractelor de achiziții publice referitoare la prestarea de servicii de ambulanță în patru landuri. Pe această bază, Comisia solicită constatarea existenței unei practici nelegale de atribuire a contractelor de achiziții publice în Republica Federală Germania. Având în vedere că practică nelegală poate exista numai în măsura în care, în cadrul realizării fiecărei proceduri de atribuire criticate, s-a încălcat în mod efectiv dreptul comunitar, vom examina mai întâi dacă și în ce măsură, în cadrul atribuirilor de contracte de achiziții publice, pot fi constatate încălcări ale dispozițiilor și principiilor invocate de Comisie.

a) Atribuirea contractelor de achiziții publice de către autoritățile municipale din Magdeburg (Saxonia Superioară)

86. Potrivit declarațiilor Comisiei, autoritățile municipale din Magdeburg, în calitate de autoritate contractantă, au efectuat, începând din octombrie 2005, o așa-numită „procedură de autorizare" referitoare la atribuirea de contracte cu titlu oneros având ca obiect servicii de ambulanță. Obiectul prestării de servicii a fost punerea la dispoziție de vehicule și de personal pentru servicii de urgență, respectiv pentru transportul calificat de bolnavi pentru perioada 2007-2011, cu o valoare de peste 7 milioane de euro pe an. Potrivit Comisiei, nu a fost efectuată o cerere de ofertă la nivel european.

87. Această prezentare a faptelor nu este contestată de Republica Federală Germania.

88. În opinia Comisiei, această atribuire de contracte de achiziții publice constituie o încălcare de către Republica Federală Germania a articolului 16 din Directiva 92/50, respectiv a articolului 35 alineatul (4) din Directiva 2004/18. În plus, această atribuire a încălcat de asemenea principiul nediscriminării și principiul transparenței, care decurg din libertatea de stabilire și din libera prestare a serviciilor.

i) Încălcarea articolului 16 din Directiva 92/50, respectiv a articolului 35 alineatul (4) din Directiva 2004/18

89. Ne raliem opiniei Comisiei în sensul că, prin atribuirea în litigiu referitoare la contractele de achiziții publice, atribuire efectuată de autoritățile municipale din Magdeburg, a fost

în orice caz încălcat articolul 16 din Directiva 92/50, respectiv articolul 35 alineatul (4) din Directiva 2004/18.

90. Potrivit expunerii necontestate efectuate de Comisie, autoritățile municipale din Magdeburg, în calitate de autoritate contractantă în sensul directivelor în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice, au încheiat cu un prestator de servicii un contract cu titlu oneros, în formă scrisă, referitor la prestarea de servicii de ambulanță, contract a cărui valoare depășește pragurile prevăzute de Directiva 92/50, respectiv de Directiva 2004/18. Cu toate că nu s-a constatat cu exactitate la ce moment au avut loc diferitele operațiuni relevante din punctul de vedere al dreptului atribuirii contractelor de achiziții publice – potrivit declarațiilor Comisiei, procedura s-a desfășurat începând din octombrie 2005 – și, prin urmare, nu este stabilit dacă atribuirea criticată trebuie examinată total sau parțial în temeiul Directivei 92/50 sau, dimpotrivă, în temeiul Directivei 2004/18[36], lipsa informațiilor mai exacte cu privire la desfășurarea cronologică a procedurii de atribuire nu poate conduce în speță la o negare a încălcării reglementării referitoare la atribuirea contractelor de achiziții publice. Astfel, atât în cazul aplicării Directivei 92/50, cât și în cazul aplicării Directivei 2004/18, autoritățile municipale din Magdeburg ar fi trebuit să respecte obligația de notificare cu privire la contractele atribuite [articolul 16 din Directiva 92/5, respectiv articolul 35 alineatul (4) din Directiva 2004/18], independent de aspectul dacă, în ceea ce privește serviciile de ambulanță, predomina din punctul de vedere al valorii elementul reprezentat de transport sau, dimpotrivă, elementul reprezentat de asistența medicală.

ii) Inexistența încălcării principiilor nediscriminării și transparenței, consacrate de dreptul primar

— Examinarea temeiniciei în ipoteza în care motivul acțiunii întemeiat pe încălcarea dreptului primar este parțial inadmisibil

91. Astfel cum am arătat deja în cadrul examinării admisibilității, prezenta acțiune trebuie respinsă ca inadmisibilă în măsura în care urmărește să se constate că, în ceea ce privește atribuirea de contracte referitoare la prestarea de servicii de ambulanță care privesc în mod esențial transportul de persoane, a avut loc o încălcare a principiului nediscriminării și a principiului transparenței, ce rezultă din libertatea de stabilire și din libera prestare a serviciilor[37].

92. În consecință, motivul întemeiat pe încălcarea acestor principii de drept primar este admisibil numai în măsura în care prin intermediul său este criticată atribuirea de

36 — Întotdeauna sunt decisive normele în vigoare la momentul la care acțiunea trebuie să fie efectuată sau a fost omisă. A se vedea în această privință Egger, A., *Europäisches Vergaberecht*, Baden-Baden, 2008, punctul 416. A se vedea de asemenea Hotărârea din 5 octombrie 2000, Comisia/Franța (C-337/98, Rec., p. I-8377, punctul 38 și urm.).

37 — A se vedea punctul 30 și urm. din prezentele concluzii.

contracte privind servicii de ambulanță care privesc în mod primordial asistența medicală.

93. Pentru ca acest motiv – astfel restrâns – să poată fi declarat ca fiind întemeiat, Comisia ar trebui să dovedească în primul rând că procedurile de atribuire contestate de aceasta au avut ca obiect servicii de ambulanță care priveau în principal asistența medicală. În prezenta procedură, acest ultim aspect nu a fost însă menționat de către Comisie și, cu atât mai mult, nici nu a fost dovedit de către aceasta. Dimpotrivă, potrivit Comisiei, nu este necesar să se analizeze dacă serviciile în discuție privesc în principal transportul de persoane sau, dimpotrivă, asistența medicală.

94. Întrucât, în cadrul unei proceduri de constatare a neîndeplinirii obligațiilor formulate în temeiul articolului 226 CE, Comisia este cea căreia îi revine sarcina de a stabili existența neîndeplinirii obligațiilor și de a prezenta Curții elementele necesare pentru soluționarea cauzei[38] și întrucât, având în vedere constatările de mai sus, Comisia nu și-a îndeplinit obligația de a face această probă, motivul întemeiat pe încălcarea principiului nediscriminării și a principiului transparenței, ce rezultă din libertatea de stabilire și din libera prestare a serviciilor, în măsura în care este admisibil, trebuie respins ca neîntemeiat.

— În subsidiar: examinarea temeiniciei în cazul în care motivul întemeiat pe încălcarea dreptului primar ar urma să fie declarat admisibil în totalitate

95. În cazul în care, contrar opiniei noastre prezentate în speță, Curtea ar urma să declare admisibil în totalitate motivul întemeiat pe încălcarea principiului nediscriminării și a principiului transparenței, ce rezultă din libertatea de stabilire și din libera prestare a serviciilor, acest motiv ar trebui să fie examinat de asemenea în totalitate cu privire la temeinicia sa.

96. În această ipoteză, punctul de pornire pentru examinarea temeiniciei este constatarea că, în mod deliberat, Comisia nu a răspuns la întrebarea dacă serviciile de ambulanță în discuție privesc în principal transportul de persoane sau, dimpotrivă, asistența medicală. Astfel, nu se poate stabili dacă aceste servicii de ambulanță – în calitate de servicii mixte în sensul Directivei 92/50, respectiv al Directivei 2004/18 – sunt supuse deplinei aplicări

38 — A se vedea Hotărârea din 13 noiembrie 2007, Comisia/Irlanda (C-507/03, Rep., p. I-9777, punctul 33), Hotărârea din 6 octombrie 2009, Comisia/Suedia (C-438/07, Rep., p. I-9517, punctul 49), și Hotărârea din 29 octombrie 2009, Comisia/Finlanda (C-246/08, Rep., p. I-10605, punctul 52).

a directivelor în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice[39] și dacă, prin urmare, respectivele servicii ar fi trebuit să facă obiectul unei cereri de ofertă în conformitate cu procedura de atribuire prevăzută de aceste directive. Comisia a încercat să evite această problemă, invocând în general în acțiunea sa o încălcare a principiului nediscriminării și a principiului transparenței, ce rezultă din libertatea de stabilire și din libera prestare a serviciilor.

97. Totuși, ca urmare a acestei decizii de tactică procesuală a Comisiei, în prezenta cauză se pune problema de principiu dacă, atunci când constată că un comportament al unui stat membru ar putea încălca atât dreptul primar, cât și, în întregime, Directiva 92/50, respectiv Directiva 2004/18, Comisia poate decide în mod liber în cadrul unei proceduri întemeiate pe articolul 226 CE dacă își fundamentează concluziile pe dreptul primar sau, dimpotrivă, pe directivele în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice. Vom analiza în continuare această problemă, referindu-ne la principiul supremației dreptului derivat, precum și ținând seama de scopul și obiectul procedurii întemeiate pe articolul 226 CE.

98. În continuare, vom aborda cerințele stricte de drept primar care, potrivit jurisprudenței recente, sunt aplicabile în cazul dovedirii unui interes transfrontalier în ceea ce privește atribuirea de servicii secundare și vom analiza concluziile care pot fi deduse din această jurisprudență pentru soluționarea prezentei cauze.

Principiul supremației dreptului derivat

99. Potrivit unei jurisprudențe constante, principiul supremației dreptului derivat semnifică faptul că armonizarea exhaustivă a unui anumit domeniu la nivelul Comunității, prin intermediul dreptului derivat, conduce la faptul că orice măsură națională în acest domeniu trebuie să fie apreciată în raport cu dispozițiile actului normativ de drept derivat, iar nu în raport cu dispozițiile Tratatului CE[40].

100. În prezenta procedură, Comisia invocă la nivelul dreptului primar, în esență, o încălcare a principiului nediscriminării și a principiului transparenței, ce rezultă din libertatea de stabilire și din libera prestare a serviciilor.

39 — A se vedea în această privință punctul 34 și urm. din prezentele concluzii.

40 — A se vedea, de exemplu, Hotărârea din 11 decembrie 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Rec., p. I-14887, punctul 64).

101. Potrivit unei jurisprudențe constante, principiul de drept primar al egalității de tratament implică, în domeniul atribuirii de contracte de achiziții publice, ca toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea termenilor ofertelor, indiferent de cetățenia sau de naționalitatea lor[41]. Din acest principiu al egalității de tratament, precum și din principiul nediscriminării pe motiv de cetățenie sau naționalitate rezultă o obligație de transparență care constă în garantarea, în favoarea oricărui potențial ofertant, a unui nivel de publicitate adecvat, care să permită exercitarea concurenței în materia atribuirii de contracte de achiziții publice, precum și controlul imparțialității procedurilor de atribuire[42].

102. Acest principiu de drept primar al egalității de tratament și al realizării unei transparențe suficiente a fost armonizat într-o foarte mare măsură în cadrul Directivei 92/50 și al Directivei 2004/18 pe baza unei reglementări extrem de detaliate a diferitelor obligații de informare, de comunicare și de publicitate. Aceste obligații de transparență rezultate din dreptul derivat se caracterizează prin armonizarea lor detaliată, care trebuie considerată, în ceea ce privește anumite aspecte, drept o armonizare completă[43].

103. Prin urmare, în contextul supremației dreptului derivat se pune întrebarea dacă, în prezenta procedură, Comisia poate invoca o încălcare a principiului nediscriminării prevăzut de dreptul primar, precum și a principiului transparenței ce rezultă din acesta, cu toate că, în cazul în care elementul referitor la transport are o importanță predominantă, atribuirea contractelor în discuție ar intra în integralitate în domeniul de aplicare al directivelor în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice[44] și cu toate că principiul nediscriminării și principiul transparenței, ce rezultă din libertatea de stabilire și din libera

41 — Hotărârea din 13 octombrie 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rec., p. I-8585, punctul 48).

42 — Hotărârea din 6 aprilie 2006, ANAV (C-410/04, Rec., p. I-3303, punctul 21), și Hotărârea din 15 octombrie 2009, Acoset (C-196/08, Rep., p. I-9913, punctul 49). Cu privire la acest raport dintre principiul nediscriminării și principiul transparenței, a se vedea Hotărârea Comisia/Irlanda (citată la nota de subsol 38, punctele 30 și 31), precum și Hotărârea din 7 decembrie 2000, Telaustria und Telefonadress (C-324/98, Rec., p. I-10745, punctul 60 și urm.), Hotărârea din 21 iulie 2005, Coname (C-231/03, Rec., p. I-7287, punctele 17 și 18), și Hotărârea din 21 februarie 2008, Comisia/Italia (C-412/04, Rep., p. I-619, punctul 66).

43 — În general, trebuie să se pornească de la faptul că Directiva 92/50 și Directiva 2004/18, ca atare, nu trebuiau să armonizeze în mod complet atribuirea contractelor de achiziții publice care intră în domeniul de aplicare al fiecăreia dintre ele. Aceasta rezultă chiar din titlurile directivelor, în care este vorba despre „coordonarea" procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice. Împrejurarea că, prin intermediul acestor directive, a fost urmărită o armonizare minimă nu exclude însă faptul că anumite domenii au făcut totuși obiectul unei armonizări exhaustive. Având în vedere reglementarea deosebit de detaliată conținută de aceste directive cu privire la obligațiile de informare, de comunicare și de publicitate din cadrul procedurilor individuale de atribuire, delimitarea dintre o armonizare minimă – foarte detaliată – și o armonizare completă – exhaustivă – este deosebit de dificilă în special în acest domeniu. Astfel cum în mod corect a evidențiat avocatul general Mazák în Concluziile prezentate la 22 septembrie 2009 în cauza Comisia/Franța (C-299/08, punctul 12 și urm.) și astfel cum a confirmat Curtea în Hotărârea din 10 decembrie 2009 (Comisia/Franța, C-299/08, Rep., p. I-11587, punctul 28 și urm.), enumerarea diferitelor proceduri de atribuire a contractelor de achiziții publice la articolul 28 și urm. din Directiva 2004/18 trebuie să fie considerată în orice caz ca fiind limitativă. De aici rezultă în mod direct că cel puțin anumite dispoziții referitoare la aceste proceduri trebuie să fie considerate de asemenea ca reprezentând o armonizare completă.

44 — În schimb, dacă s-ar fi dovedit de către Comisie că serviciile de ambulanță ar trebui privite ca făcând obiectul unor contracte referitoare la servicii secundare și, prin urmare, ar fi supuse numai parțial directivelor în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice, potrivit unei jurisprudențe constante – în cazul existenței unui interes transfrontalier clar – ar fi posibilă o aplicare a principiilor ce rezultă din articolul 43 CE și din articolul 49 CE. A se vedea, de exemplu, Hotărârea Comisia/Irlanda (citată la nota de subsol 38, punctele 29 și 30).

prestare a serviciilor, au fost detaliate și, în anumite domenii, chiar armonizate în mod exhaustiv prin aceste directive.

104. Până în prezent, această întrebare nu și-a găsit încă un răspuns definitiv în jurisprudența Curții.

105. Este cert că supremația dreptului derivat exclude posibilitatea de a se recurge la legitimările consacrate în dreptul primar pentru atingerile aduse libertăților fundamentale, în măsura în care atingerea privește un domeniu în care aceste legitimări fac obiectul unei armonizări exhaustive[45]. Invers, o dispoziție națională prin care un stat membru își îndeplinește obligațiile care îi revin în temeiul unui act normativ de drept derivat nu poate fi considerată o încălcare a unei libertăți fundamentale[46]. Astfel, dacă s-ar putea invoca o autorizație prevăzută de dreptul primar împotriva unei interdicții prevăzute de dreptul derivat sau o interdicție prevăzută de dreptul primar împotriva unui principiu de drept derivat ar însemna să se pună în discuție aplicabilitatea dreptului derivat[47].

106. Cu toate că în mai multe hotărâri pronunțate cu titlu preliminar s-a confirmat de asemenea că măsurile naționale nu mai pot fi evaluate în raport cu libertățile fundamentale dacă și în măsura în care există o reglementare exhaustivă de drept derivat[48], nu s-a clarificat încă aproape deloc până în prezent dacă nerespectarea libertăților fundamentale nu mai poate fi invocată în mod direct nici în cadrul unei proceduri de constatare a neîndeplinirii obligațiilor, în cazul în care modul de acțiune contestat constituie sau ar putea constitui în același timp o încălcare a unei reglementări de drept derivat, prin intermediul căreia domeniul căruia i se aplică libertățile fundamentale a fost armonizat în mod complet[49].

107. Considerăm că nerespectarea principiului nediscriminării și a principiului transparenței, ce rezultă din libertatea de

45 — Hotărârea din 5 octombrie 1977, Tedeschi (5/77, Rec., p. 1555, punctul 33 și urm.), Hotărârea din 30 noiembrie 1983, Van Bennekom (227/82, Rec., p. 3883, punctul 35), Hotărârea din 11 iulie 1996, Bristol-Myers Squibb și alții (C-427/93, C-429/93 și C-436/93, Rec., p. I-3457, punctul 25), și Hotărârea din 24 martie 2009, Danske Slagterier (C-445/06, Rep., p. I-2119, punctul 25).

46 — A se vedea, de exemplu, Hotărârea Deutscher Apothekenverband (citată la nota de subsol 40, punctele 52 și urm.).

47 — A se vedea în acest sens Randelzhofer/Forsthoff, în Grabitz/Hilf, *op. cit.* (nota de subsol 14), comentariul anterior articolelor 39 CE-55 CE, punctul 149.

48 — Se poate face trimitere, în calitate de hotărâre de principiu, la Hotărârea din 12 octombrie 1993, Vanacker și Lesage (C-37/92, Rec., p. I-4947). A se vedea de asemenea Hotărârea din 13 decembrie 2001, DaimlerChrysler (C-324/99, Rec., p. I-9897, punctul 32 și urm.), Hotărârea din 14 decembrie 2004, Radlberger Getränkegesellschaft (C-309/02, Rec., p. I-11763, punctul 52 și urm.), Hotărârea din 13 ianuarie 2005, Denkavit (C-145/02, Rec., p. I-51, punctul 22 și urm.), și Hotărârea din 17 aprilie 2007, AGM-COS.MET (C-470/03, Rep., p. I-2749, punctul 50 și urm.).

49 — În ceea ce privește o restrângere a domeniului de aplicare al libertăților fundamentale prin intermediul unor acte normative de drept derivat ce realizează o armonizare completă, a se vedea Kingreen, T., *Kommentar zu EUV/EGV* (editat de Calliess, C./Ruffert, M.), ediția a 3-a, 2007, articolele 28-30 CE, punctul 18.

stabilire și din libera prestare a serviciilor, nu mai poate fi invocată în mod direct în cadrul unei proceduri de constatare a neîndeplinirii obligațiilor în cazul în care modul de acțiune contestat reprezintă în același timp o încălcare a unei reglementări de drept derivat care se întemeiază pe aceste libertăți fundamentale și care prezintă caracterul unei armonizări complete. În schimb, dacă într-un astfel de caz s-ar acorda Comisiei posibilitatea de a alege între invocarea unei încălcări a libertății fundamentale și invocarea unei încălcări a reglementării de drept derivat complet armonizate, s-ar compromite în mod grav aplicabilitatea dreptului derivat.

108. Particularitatea actelor normative de drept derivat care realizează o armonizare completă constă în faptul că statele membre nici nu pot depăși și nici nu pot rămâne sub nivelul normelor relevante de drept comunitar. În acest context, reglementările care realizează o armonizare completă sunt formulate, în principiu, în mod foarte concret. În consecință, în cazul în care un domeniu căruia i se aplică o libertate fundamentală face obiectul unei armonizări complete realizate de dreptul derivat, este aproape exclus ca dreptul primar și dreptul derivat să impună statelor membre exact aceleași obligații. Astfel, prin intermediul reglementării de drept derivat se realizează o materializare și o detaliere, sub forma unor drepturi și obligații concrete, a dispozițiilor referitoare la libertățile fundamentale. În schimb, normele de drept primar sunt mult mai generale și, prin urmare, pot fi respectate, în principiu, în moduri diferite. Această sferă normativă diferită conduce în mod necesar la un raport conflictual de fond între dreptul primar și dreptul derivat care realizează o armonizare completă, în special între o „autorizație prevăzută de dreptul primar” și o „interdicție prevăzută de dreptul derivat” sau invers.

109. În jurisprudența menționată anterior referitoare la inaplicabilitatea justificărilor prevăzute de dreptul primar în cazul în care acestea sunt supuse unei armonizări complete, acest raport conflictual dintre „autorizația prevăzută de dreptul primar” și „interdicția prevăzută de dreptul derivat” este soluționat în favoarea interdicției prevăzute de dreptul derivat, căreia i se acordă astfel prioritate. Pe baza aceleiași evaluări comparative a intereselor, raportul conflictual general dintre libertatea fundamentală prevăzută de dreptul primar, care are un conținut mai abstract și mai puțin detaliat, și o reglementare de drept derivat întemeiată pe această libertate, care realizează o armonizare completă și are un conținut foarte concretizat și detaliat, trebuie să fie soluționat în favoarea reglementării de drept derivat[50], fapt confirmat în prezent de Curte într-o jurisprudență constantă stabilită în cauzele având ca obiect trimiteri preliminare[51].

50 — Cu toate că în Hotărârea Danske Slagterier (citată la nota de subsol 45, punctul 18 și urm.) a fost confirmată posibilitatea invocării de către cetățeni a dreptului la libera circulație a mărfurilor în pofida existenței a două directive de armonizare, totuși Curtea nu s-a pronunțat prin această hotărâre împotriva supremației dreptului derivat în sensul avut în vedere în speță. Astfel cum am evidențiat în Concluziile prezentate la 4 septembrie 2008 în această cauză (punctul 82), nimic nu indică faptul că, prin intermediul acestor directive, legiuitorul comunitar a intenționat să reglementeze de asemenea drepturile cetățenilor Uniunii și, în acest fel, să îi priveze de posibilitatea de a invoca dreptul referitor la libera circulație a mărfurilor prevăzut la articolul 28 CE.

51 — A se vedea în această privință hotărârile citate la nota de subsol 48.

110. Având în vedere considerațiile de mai sus, în cazul în care constată că un comportament al unui stat membru ar putea încălca atât dispozițiile de drept primar, cât și dreptul derivat întemeiat pe acestea, care realizează o armonizare completă, Comisia nu se poate limita, în cadrul unei proceduri de constatare a neîndeplinirii obligațiilor, la a invoca în mod general o încălcare a dreptului primar.

111. Același lucru trebuie să fie valabil într-un caz precum cel din speță, în care se invocă o încălcare a principiului nediscriminării, ce decurge din libertatea de stabilire și din libera prestare a serviciilor, precum și a principiului transparenței ce rezultă din acesta, cu toate că directivele în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice ar putea fi pe deplin aplicabile și cu toate că în aceste directive a fost reglementat în mod detaliat – și chiar în mod exhaustiv, în ceea ce privește anumite aspecte – chiar principiul transparenței. Astfel, ca urmare a concretizării deosebit de detaliate a obligațiilor de transparență în dreptul derivat prin intermediul directivelor în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice, se pune și în speță problema unui raport conflictual între o „autorizație prevăzută de dreptul prima" și o „interdicție prevăzută de dreptul derivat" și invers. În lumina considerațiilor expuse mai sus, acest conflict trebuie soluționat în favoarea reglementării prevăzute de dreptul derivat[52].

112. Având în vedere aceste considerații, Comisia nu se poate limita, într-un caz precum cel din speță, la a invoca în mod general o încălcare a principiului nediscriminării și a principiului transparenței, ce rezultă din libertatea de stabilire și din libera prestare a serviciilor.

113. Această constatare este confirmată cu ocazia unei analize mai detaliate a scopului și a obiectului procedurii de constatare a neîndeplinirii obligațiilor întemeiate pe articolul 226 CE. Această procedură are în esență o funcție juridică obiectivă, și anume funcția de punere în aplicare uniformă a dreptului comunitar și de garantare uniformă a respectării acestuia[53]. În consecință, obiectivul procedurii de constatare a neîndeplinirii obligațiilor întemeiate pe articolul 226 CE nu este sancționarea unui stat membru. Constatarea că o anumită procedură sau o anumită situație este contrară dreptului comunitar nu constituie un scop în

52 — În acest context, trebuie amintit că, în cazul unei armonizări minime, se stabilesc standardele minime care trebuie atinse de statele membre. Dacă aceste standarde minime stabilesc norme stricte cu privire la procedura și la termenele ce trebuie respectate, norme care trebuie urmate pentru garantarea principiilor egalității de tratament și transparenței, poate lua naștere un raport conflictual față de normele de drept primar, care este la fel de puternic ca și în cazul unei armonizări complete.

53 — Gaitanides, C., în von der Groeben, H., Schwarze, J. (ed.), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, ediția a 6-a, Baden-Baden, 2003, articolul 226 CE, punctul 2. A se vedea de asemenea Rengeling, H. W./Middeke, A./Gellermann, M., *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, ediția a 2-a, München, 2003, § 6 punctul 2.

sine, ci urmărește să stabilească în mod cert dacă și în ce măsură există o situație contrară dreptului comunitar. Constatarea pe cale judiciară a neîndeplinirii obligațiilor de către un stat membru trebuie să permită în același timp să se stabilească măsurile care se impun din punctul de vedere al dreptului comunitar pentru a crea sau a restabili situația conformă cu dreptul comunitar[54].

114. În cazul în care, într-o procedură precum cea din speță, s-ar constata în mod general că, prin atribuirile de contracte contestate, Republica Federală Germania a încălcat principiile de drept primar ale nediscriminării și transparenței, fără să se clarifice dacă serviciile mixte în discuție prezintă în principal caracterul de servicii principale și, prin urmare, dacă directivele în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice sunt pe deplin aplicabile, nu s-ar putea stabili ulterior cu siguranță ce măsuri se impun din punctul de vedere al dreptului comunitar pentru a crea sau pentru a restabili o situație conformă cu acesta din urmă. Astfel, dacă serviciile de ambulanță ar intra în întregime în domeniul de aplicare al directivelor în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice, respectarea principiului de drept primar al transparenței, al cărui conținut este conturat și concretizat într-o mai mică măsură, nu ar fi suficientă pentru a asigura conformitatea cu dispozițiile deosebit de detaliate ale acestor directive[55].

115. Având în vedere aceste considerații, concluzionăm că, ținând seama de supremația dreptului secundar, precum și de scopul procedurii de constatare a neîndeplinirii obligațiilor prevăzute la articolul 226 CE, atribuirea contractelor de către autoritățile municipale din Magdeburg, care este criticată de Comisie, nu poate fi evaluată în raport cu principiile de drept primar ale nediscriminării și transparenței, ce rezultă din libertatea de stabilire și din libera prestare a serviciilor.

Dovada unui interes transfrontalier în ceea ce privește atribuirea de servicii secundare

116. Situațiile cu un caracter pur național nu intră, în principiu, în domeniul de aplicare al libertăților fundamentale. În consecință, în

54 — A se vedea Gaitanides, C., *op. cit.* (nota de subsol 53), punctul 12, potrivit căreia, în cazul unei proceduri întemeiate pe articolul 226 CE, nu este vorba nici despre răspunderea statelor membre în sensul dreptului internațional public general, nici despre o condamnare, ci despre o constatare obiectivă a unei situații. Procedura are o funcție de pură reglementare și urmărește numai scopul de a constrânge statele membre să pună capăt încălcărilor tratatului. Criticarea statului care încalcă tratatul poate reprezenta cel mult un efect secundar, însă nu poate reprezenta niciodată obiectivul procedurii.

55 — Astfel, potrivit unei jurisprudențe constante, obligația de transparență impune într-adevăr asigurarea unui grad adecvat de publicitate în favoarea unui potențial contractant, însă nu implică în mod necesar o obligație de a recurge la o cerere de ofertă; a se vedea Hotărârea din 13 noiembrie 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Rep., p. I-8457, punctul 25), precum și Hotărârea Coname (citată la nota de subsol 42, punctul 21). În acest context, Egger, A., *op. cit.* (nota de subsol 36), punctul 147 și urm., indică faptul că prevederile de drept primar lasă statelor membre o marjă de libertate mai mare decât directivele în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice. În această privință, autorul evidențiază în mod corect faptul că nu numai că examinarea are un alt nivel de profunzime, ci și că prevederile dreptului comunitar sunt mai generale și, prin urmare, sunt în totalitate mai puțin stricte și mai puțin detaliate. A se vedea van den Berge, I. J., „De reikwijdte van het transparantiebeginsel bij de verlening van dienstenconcessies", *NTER* 2005, p. 241, 243, care apreciază că articolele 28 CE, 43 CE și 49 CE nu permit aproape deloc formularea de declarații general valabile cu privire la obligațiile de transparență care trebuie respectate.

cazul în care invocă o încălcare a principiului nediscriminării și a principiului transparenței, ce rezultă din libertatea de stabilire și din libera prestare a serviciilor, Comisia trebuie să dovedească existența unui interes transfrontalier în ceea ce privește atribuirea contractelor în discuție.

117. În Hotărârea din 13 noiembrie 2007, Comisia/Irlanda[56], Curtea a evidențiat, cu privire la atribuirea contractelor referitoare la servicii din anexa I B la Directiva 92/50, că astfel de servicii sunt într-adevăr supuse principiilor Tratatului CE în domeniul dreptului de stabilire și al liberei prestări a serviciilor, însă Comisia trebuie să prezinte întotdeauna dovada existenței unui interes transfrontalier cert în ceea ce privește contractul respectiv. În acest context, simpla indicare de către Comisie a existenței unei plângeri care i-a fost adresată în legătură cu contractul respectiv nu este suficientă pentru a demonstra că acel contract prezintă un interes transfrontalier cert și pentru a constata, în consecință, existența unei neîndepliniri a obligațiilor[57].

118. Această examinare strictă a existenței unui interes transfrontalier în ceea ce privește atribuirea contractelor privind serviciile secundare poate fi explicată – cel puțin în parte – prin faptul că, în opinia legiuitorului comunitar, contractele privitoare la serviciile prevăzute în anexa I B la Directiva 92/50, respectiv în anexa II B la Directiva 2004/18, nu prezintă *a priori* un interes transfrontalier. În aceste condiții, Directiva 92/50 și Directiva 2004/18 prevăd pentru această categorie de servicii numai o publicitate *ex post*[58].

119. Întrucât în cadrul unei proceduri de constatare a neîndeplinirii obligațiilor Comisia este cea căreia îi revine sarcina de a prezenta Curții elementele necesare pentru a se pronunța asupra cauzei, aceasta nu poate eluda cerințele stricte impuse de dreptul primar cu privire la dovada unui interes transfrontalier, cerințe care sunt aplicabile în ceea ce privește atribuirea serviciilor mixte care prezintă în principal elemente caracteristice serviciilor secundare, prin faptul că nu dă în mod deliberat un răspuns la problema clasificării serviciilor mixte în cauză în raport cu reglementarea privind atribuirea contractelor de achiziții publice. În consecință, Comisia trebuie să dovedească și într-un caz precum cel din speță existența unui interes transfrontalier în ceea ce privește atribuirea serviciilor în discuție în conformitate cu cerințele stricte pe care Curtea le-a stabilit cu privire la serviciile secundare în Hotărârea din 13 noiembrie 2007, Comisia/Irlanda.

120. Drept dovadă a existenței unui interes transfrontalier în ceea ce privește atribuirea contractelor de către autoritățile municipale din Magdeburg, Comisia face trimitere numai la o plângere generală referitoare la atribuirea

56 — Hotărârea Comisia/Irlanda (citată la nota de subsol 38, punctul 29 și urm.).

57 — *Ibidem*, punctul 34.

58 — *Ibidem*, punctul 25. A se vedea de asemenea Frenz, W., *Handbuch Europarecht. Bd. III. Beihilfe- und Vergaberecht*, Berlin, 2007, punctul 2116.

serviciilor de ambulanță în Germania, precum și la importanța economică a serviciilor respective, în condițiile în care valoarea ridicată a contractelor permite să se prezume existența unui interes viu al prestatorilor de servicii străini. Aceste considerații generale ale Comisiei, care nu se referă nicidecum la atribuirea contractelor de către autoritățile municipale din Magdeburg și care, în plus, sunt întemeiate în parte pe prezumții, nu îndeplinesc cerințele stricte impuse cu privire la dovada existenței unui interes transfrontalier în ceea ce privește atribuirea serviciilor secundare.

121. În lipsa dovedirii elementului transfrontalier, argumentul Comisiei potrivit căruia prin atribuirea contractelor de către autoritățile municipale din Magdeburg a fost încălcat de asemenea principiul nediscriminării și principiul transparenței, ce rezultă din libertatea de stabilire și din libera prestare a serviciilor, trebuie respins ca neîntemeiat.

iii) Concluzie

122. Având în vedere considerațiile prezentate mai sus, concluzionăm că atribuirea contractelor de către autoritățile municipale din Magdeburg, criticată în speță, constituie o încălcare de către Republica Federală Germania a articolului 16 din Directiva 92/50, respectiv a articolului 35 alineatul (4) din Directiva 2004/18. În raport cu celelalte aspecte invocate, argumentele Comisiei cu privire la atribuirea contractelor de către autoritățile municipale din Magdeburg trebuie respinse ca inadmisibile sau, în subsidiar, ca neîntemeiate.

b) Cazurile de atribuire a contractelor de către autoritățile municipale din Bonn (Renania de Nord-Westfalia) și din Witten (Renania de Nord-Westfalia), de către regiunea Hanovra (Saxonia Inferioară) și de către colectivitatea teritorială Hameln-Pyrmont (Saxonia Inferioară)

123. Cu privire la cazurile contestate de atribuire a contractelor de către autoritățile municipale din Bonn și din Witten, de către regiunea Hanovra și de către colectivitatea teritorială Hameln-Pyrmont, Comisia invocă următoarele elemente.

124. În anul 2004, autoritățile municipale din Bonn au atribuit, în calitate de autoritate contractantă, un contract referitor la servicii de ambulanță pentru perioada cuprinsă între 1 ianuarie 2005 și 31 decembrie 2008, fără a recurge la o procedură de cerere de ofertă la nivel european. Obiectul contractului a fost, printre altele, exploatarea a patru posturi de servicii de ambulanță. Valoarea contractului s-a ridicat la cel puțin 5,28 milioane de euro.

125. Cel puțin începând din anul 2005, autoritățile municipale din Witten au atribuit, în calitate de autoritate contractantă, contracte referitoare la servicii de ambulanță în valoare de 945 753 de euro pe an, fără a recurge la o procedură de cerere de ofertă la nivel european. Obiectul contractelor este reprezentat de exploatarea unui post de servicii de ambulanță.

126. În anul 2004, regiunea Hanovra a organizat în calitate de autoritate contractantă o cerere de ofertă referitoare la furnizarea de servicii de ambulanță pe teritoriul său, în cadrul căreia s-a acordat permisiunea de participare exclusiv prestatorilor deja autorizați să furnizeze aceste servicii – Arbeiter-Samariter-Bund (denumită în continuare „ASB”), Deutsche Rote Kreuz (denumită în continuare „DRK”), Johanniter-Unfallhilfe (denumită în continuare „JUH”) și RKT GmbH. Atribuirea privește perioada cuprinsă între 1 ianuarie 2005 și 31 decembrie 2009, iar valoarea totală se ridică la aproximativ 65 de milioane de euro.

127. În anul 1993, colectivitatea teritorială Hameln-Pyrmont a însărcinat asociația teritorială a DRK cu furnizarea serviciilor de ambulanță pe teritoriul său. Contractul, cu o durată inițială de 10 ani, nu a fost reziliat, ci în anul 2003 a fost prelungit pentru alți 10 ani, fără a se recurge la organizarea unei cereri de ofertă. În plus, în anul 1999 a fost creat un nou post de servicii de ambulanță în localitatea Emmerthal, a cărui exploatare a fost atribuită DRK de asemenea fără organizarea unei cereri de ofertă. Valoarea totală a acestor proceduri de atribuire se ridică la 7,2 milioane de euro pe an.

128. Această prezentare a faptelor nu este contestată de Republica Federală Germania.

129. Comisia invocă în toate aceste cazuri o încălcare a normelor privind obligația de notificare a contractelor de achiziții publice atribuite [articolul 16 din Directiva 92/50, respectiv articolul 35 alineatul (4) din Directiva 2004/18]. Existența acestor încălcări nu este contestată.

130. În schimb, considerăm că încălcarea principiului nediscriminării și a principiului transparenței, ce rezultă din libertatea de stabilire și din libera prestare a serviciilor, încălcare invocată de asemenea de către Comisie în toate aceste cazuri, nu este dovedită. Acest motiv nu poate fi admis din cauza acelorași rezerve de natură doctrinară și procesuală pe care le-am evidențiat deja în cadrul analizei atribuirii contractelor de către autoritățile municipale din Magdeburg[59].

c) Atribuirea contractelor de către colectivitatea teritorială Uelzen (Saxonia Inferioară)

131. În ceea ce privește atribuirea contractelor de către colectivitatea teritorială Uelzen, Comisia a afirmat că, în temeiul unui contract

59 — A se vedea punctul 91 și urm. din prezentele concluzii.

din 10 iulie 1984, DRK a furnizat servicii de ambulanță pe teritoriul circumscripției administrativ-teritoriale Uelzen cu excepția zonei Bevensen-Bienenbüttel. În anul 2004, acest contract a făcut obiectul unor modificări substanțiale, care trebuie considerate o nouă atribuire. Cu ocazia acestei noi atribuiri nu a fost respectat articolul 16 din Directiva 92/50. În plus, s-a afirmat că în cadrul acestei noi atribuiri au fost încălcate principiul nediscriminării și principiul transparenței, ce rezultă din libertatea de stabilire și din libera prestare a serviciilor.

132. Republica Federală Germania arată că modificarea contractuală survenită în anul 2004 rezultă din faptul că în anul 1984 colectivitatea teritorială Uelzen a însărcinat grupul de comune Bevensen cu furnizarea serviciilor de ambulanță în zona Bevensen-Bienenbüttel. În anul 2002, DRK a preluat, pe calea unui transfer de întreprindere, întregul serviciu de ambulanță al grupului de comune. Aceasta explică modificările contractuale negociate în anul 2004 între colectivitatea teritorială Uelzen și DRK, care nu sunt atât de substanțiale, încât să constituie o nouă procedură de achiziții, relevantă din punctul de vedere al reglementării referitoare la atribuirea contractelor de achiziții publice. În consecință, având în vedere că atribuirea de contracte criticată provine în definitiv din anul 1984 și, astfel, a avut loc înainte de expirarea termenului de transpunere a Directivei 92/50, nerespectarea acestei directive nu mai poate fi invocată.

133. Curtea a răspuns, în Hotărârea din 19 iunie 2008, Pressetext Nachrichtenagentur[60], la întrebarea referitoare la condițiile în care modificările aduse unui contract existent trebuie considerate o atribuire de contracte distinctă în sensul directivelor în materie de achiziții publice. În această privință, Curtea a evidențiat în special faptul că modificările aduse dispozițiilor unui contract de achiziții publice în perioada în care își produce efectele reprezintă o nouă atribuire a unui contract în sensul Directivei 92/50 dacă prezintă caracteristici diferite în mod substanțial de cele ale contractului inițial și, în consecință, sunt de natură să demonstreze voința părților de a renegocia clauzele esențiale ale acestui contract[61]. Este vorba despre o modificare substanțială, printre altele, atunci când contractul este extins, într-o măsură importantă, la servicii care nu au fost prevăzute inițial[62].

134. Din documentele depuse de guvernul german și din explicațiile acestuia rezultă că, în anul 2004, contractul de achiziții publice pentru furnizarea de servicii publice de ambulanță a fost extins la teritoriul aferent postului de servicii de ambulanță din Bevensen, care reprezintă aproximativ un sfert din întreaga suprafață a circumscripției administrativ-teritoriale. În plus, Republica Federală Germania recunoaște că valoarea contractului pentru întreaga colectivitate teritorială Uelzen se ridică la aproximativ 4 450 000 de euro pe an și că valoarea serviciilor care trebuie furnizate pe raza teritoriului aferent

60 — C-454/06, Rep., p. I-4401, punctul 28 și urm.
61 — *Ibidem*, punctul 34.
62 — *Ibidem*, punctul 36.

postului de servicii de ambulanță din Bevensen se ridică la cel puțin 670 000 de euro pe an[63].

135. În consecință, modificările contractuale care au fost negociate în anul 2004 între colectivitatea teritorială Uelzen și DRK au condus la extinderea contractului referitor la furnizarea de servicii de ambulanță la o zonă suplimentară din circumscripția administrativ-teritorială, ceea ce a avut drept consecință o creștere cu aproximativ 25 % a suprafeței totale a teritoriului de acțiune și o mărire a valorii totale a contractului cu cel puțin 15 %. Prin urmare, modificările contractului care au fost negociate în anul 2004 trebuie calificate ca fiind substanțiale, astfel încât această operațiune trebuie considerată o nouă atribuire a contractelor de prestare a serviciilor publice de ambulanță în cadrul întregii circumscripții administrativ-teritoriale, atribuire care era supusă Directivei 92/50. Informațiile Republicii Federale Germania – neîntemeiate pe înscrisuri – cu privire la preluarea serviciului de ambulanță al unui alt furnizor de servicii nu schimbă nicidecum această apreciere.

136. În acest context, este necontestat faptul că, în ceea ce privește noua atribuire din anul 2004, articolul 16 din Directiva 92/50 nu a fost respectat. În consecință, încălcarea acestei dispoziții de către Republica Federală Germania este dovedită în speță.

137. În schimb, considerăm că încălcarea principiului nediscriminării și a principiului transparenței, ce rezultă din libertatea de stabilire și din libera prestare a serviciilor, încălcare invocată de asemenea de Comisie, nu este dovedită. Acest motiv nu poate fi admis din cauza acelorași rezerve de natură doctrinară și procesuală pe care le-am evidențiat deja în cadrul analizei atribuirii contractelor de către autoritățile municipale din Magdeburg[64].

d) Cazurile de atribuire a contractelor de către asociațiile comunale de servicii de ambulanță din Westsachsen (Saxonia), din Chemnitz/Stollberg (Saxonia) și din Vogtland (Saxonia)

138. Cu privire la cazurile contestate de atribuire a contractelor de către asociațiile comunale de servicii de ambulanță din Westsachsen, din Chemnitz/Stollberg și din Vogtland, Comisia prezintă următoarele elemente.

139. Asociația comunală de servicii de ambulanță din Westsachsen a încheiat, în calitate de autoritate contractantă, cu ASB, DRK, JUH și cu unitatea de pompieri profesioniști din Zwickau contracte având ca obiect furnizarea de servicii de ambulanță, fiecare având o durată de 4 ani și o valoare totală de 7,9

63 — Memoriul în apărare al Republicii Federale Germania din 4 septembrie 2008, punctul 22.

64 — A se vedea punctul 91 și urm. din prezentele concluzii.

milioane de euro pe an. În anul 2003, aceste contracte au fost prelungite pentru încă 4 ani, fără organizarea unei cereri de ofertă. La expirarea termenului, aceste contracte au fost prelungite până la 31 decembrie 2008.

140. Asociația comunală de servicii de ambulanță Chemnitz/Stollberg a încheiat, în calitate de autoritate contractantă, cu ASB, cu DRK, cu JUH și cu unitatea de pompieri profesioniști din Chemniz, contracte având ca obiect furnizarea de servicii de ambulanță, fiecare având o durată de 4 ani și cu o valoare totală de 3,3 milioane de euro pe an. În anul 2002, aceste contracte au fost prelungite pentru încă 4 ani, fără organizarea unei cereri de ofertă. La expirarea termenului, aceste contracte au fost prelungite până la 31 decembrie 2008.

141. În anul 2002 și în anul 2004, asociația comunală de servicii de ambulanță din Vogtland a încheiat, în calitate de autoritate contractantă, cu ASB, cu DRK, cu JUH, cu societatea privată de servicii de ambulanță din Plauen și cu unitatea de pompieri profesioniști din Plauen contracte având ca obiect furnizarea de servicii de ambulanță, fiecare având o durată de 4 ani și o valoare totală de 3,9 milioane de euro pe an, fără organizarea unei cereri de ofertă. Durata acestor contracte a fost de 4 ani și la expirarea lor au fost prelungite, fără organizarea unei cereri de ofertă, până la 31 decembrie 2008.

142. Comisia invocă în toate aceste cazuri o încălcare a normelor privind obligația de notificare a contractelor de achiziții publice atribuite [articolul 16 din Directiva 92/50, respectiv articolul 35 alineatul (4) din Directiva 2004/18]. Existența acestor încălcări este certă.

143. Această constatare nu poate fi contrazisă de explicațiile prezentate de Republica Federală Germania, potrivit cărora, de la intrarea în vigoare a Legii landului Saxonia privind protecția împotriva incendiilor, serviciile de urgență și protecția civilă (Sächsisches Gesetz über den Brandschutz, Rettungsdienst und Katastrophenschutz) din 1 ianuarie 2005, o atribuire de contracte în domeniul serviciilor de ambulanță trebuie să fie precedată de o procedură de cerere de ofertă. Republica Federală Germania nu a contrazis în special constatarea Comisiei potrivit căreia, în toate cazurile contestate, atribuirea contractelor a fost prelungită potrivit vechii reglementări până la 31 decembrie 2008.

144. Potrivit unei jurisprudențe constante, existența unei neîndepliniri a obligațiilor trebuie apreciată în funcție de situația din statul membru, astfel cum aceasta se prezenta la momentul expirării termenului stabilit în avizul motivat[65]. În consecință, în prezenta procedură este relevantă situația existentă la 16 februarie 2007. La acest moment, exista

65 — Hotărârea din 19 iunie 2008, Comisia/Luxemburg (C-319/06, Rep., p. I-4323, punctul 72), Hotărârea din 19 mai 2009, Comisia/Italia (C-531/06, Rep., p. I-4103, punctul 98), și Hotărârea din 6 octombrie 2009, Comisia/Spania (C-562/07, Rep., p. I-9553, punctul 23).

încălcarea invocată a directivelor în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice.

145. În schimb, considerăm că încălcarea principiului nediscriminării și a principiului transparenței, ce rezultă din libertatea de stabilire și din libera prestare a serviciilor, încălcare invocată de asemenea de către Comisie în toate aceste cazuri, nu este dovedită. Acest motiv nu poate fi admis din cauza acelorași rezerve de natură doctrinară și procesuală pe care le-am evidențiat deja în cadrul analizei atribuirii contractelor de către autoritățile municipale din Magdeburg[66].

e) Concluzie

146. Având în vedere considerațiile prezentate mai sus, concluzionăm că, în ceea ce privește cazurile contestate de atribuire a contractelor de către autoritățile municipale din Magdeburg, Bonn și Witten, de către regiunea Hanovra, de către colectivitățile teritoriale Uelzen și Hameln-Pyrmont, precum și de către asociațiile comunale de servicii de ambulanță din Westsachsen, din Chemnitz/Stollberg și din Vogtland, Republica Federală Germania a încălcat articolul 16 din Directiva 92/50, respectiv articolul 35 alineatul (4) din Directiva 2004/18. În schimb, Comisia nu a dovedit o încălcare suplimentară a principiului nediscriminării și a principiului transparenței, ce rezultă din libertatea de stabilire și din libera prestare a serviciilor.

4. Practica nelegală de atribuire a contractelor de achiziții publice în Republica Federală Germania

147. În speță, Comisia arată că procedurile de atribuire pe care le critică indică existența unei practici ferm stabilite și generale în acest domeniu. În aceste condiții, Comisia solicită să se constate că, prin intermediul unei practici nelegale de atribuire, Republica Federală Germania a încălcat dreptul comunitar.

148. În cazul în care se dovedește existența unei practici de atribuire nelegale într-un stat membru, această practică poate fi criticată, ca atare, în cadrul unei proceduri întemeiate pe articolul 226 CE[67]. În această privință, Comisia trebuie să prezinte într-o primă fază, în mod detaliat, încălcări repetate, care indică existența unei practici. Revine apoi statu-

66 — A se vedea punctul 91 și urm. din prezentele concluzii.

67 — În acest context, s-a făcut trimitere numai la jurisprudența constantă potrivit căreia o neîndeplinire a obligațiilor de drept comunitar poate rezulta de asemenea dintr-o practică administrativă, chiar dacă reglementarea națională aplicabilă este compatibilă cu dreptul comunitar. A se vedea Hotărârea din 10 septembrie 2009, Comisia/Grecia (C-416/07, Rep., p. I-7883, punctul 24 și jurisprudența citată).

lui membru în cauză sarcina de a contesta în mod concret încălcările invocate. Într-o a doua fază, trebuie să se verifice dacă încălcările care au fost dovedite pot fi considerate o demonstrare suficient de documentată și de circumstanțiată a existenței practicii criticate[68].

149. În prezenta cauză, Comisia a dovedit că, în ceea ce privește procedurile de atribuire a serviciilor de ambulanță, autoritățile municipale din Magdeburg (Saxonia Superioară), Bonn (Renania de Nord-Westfalia) și Witten (Renania de Nord-Westfalia), regiunea Hanovra (Saxonia Inferioară), colectivitățile teritoriale Uelzen (Saxonia Inferioară) și Pyrmont-Hameln (Saxonia Inferioară), precum și asociațiile comunale de servicii de ambulanță din Westsachsen (Saxonia), din Chemnitz/Stollberg (Saxonia) și din Vogtland (Saxonia) nu au respectat normele privind obligația de notificare a contractelor de achiziții publice atribuite în conformitate cu articolul 16 din Directiva 92/50, respectiv cu articolul 35 alineatul (4) din Directiva 2004/18.

150. În plus, Comisia a susținut că din cercetările sale rezultă că numai două contracte atribuite au fost făcute publice pe întregul teritoriu al Republicii Federale Germania, în perioada cuprinsă între 2001 și 2006. Această prezentare a faptelor nu este contestată de Republica Federală Germania.

151. În consecință, având în vedere considerațiile precedente, trebuie să se constate că există o practică ferm stabilită și generală în domeniul atribuirii serviciilor de ambulanță în landurile Saxonia Superioară, Renania de Nord-Westfalia, Saxonia Inferioară și Saxonia, în cadrul căreia nu sunt respectate normele privind obligația de notificare a contractelor de achiziții publice atribuite în conformitate cu articolul 16 din Directiva 92/50, respectiv cu articolul 35 alineatul (4) din Directiva 2004/18.

152. Constatării unei astfel de practici de atribuire nelegală în aceste landuri nu i se poate opune nici argumentul, prezentat de Republica Federală Germania, potrivit căruia, în lumina a două decizii ale Bundesgerichtshof din 1 decembrie 2008[69], landurile trebuie să verifice procedurile anterioare de atribuire a prestațiilor de servicii de ambulanță și să le reorganizeze cu respectarea reglementării referitoare la atribuirea contractelor de achiziții publice.

153. Astfel cum am arătat deja, potrivit unei jurisprudențe constante, existența unei neîndepliniri a obligațiilor trebuie apreciată în funcție de situația din statul membru, astfel cum aceasta se prezenta la momentul expirării termenului stabilit în avizul motivat[70]. În consecință, în prezenta procedură este relevantă situația existentă la 16 februarie 2007. La acest moment existau încălcările invocate

68 — A se vedea Hotărârea din 19 martie 2009, Comisia/Grecia (C-489/06, Rep., p. I-1797, punctul 40 și urm.).

69 — Deciziile Bundesgerichtshof din 1 decembrie 2008, X ZB 31/08. A se vedea în această privință punctul 28 din prezentele concluzii.

70 — A se vedea punctul 144 din prezentele concluzii.

ale directivelor în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice.

154. Pentru același motiv, precizările efectuate de Republica Federală Germania cu privire la modificarea situației din landul Saxonia, în care modelul cererii de ofertă a fost abandonat de la 1 ianuarie 2009, nu sunt relevante în prezenta cauză.

155. Cu toate acestea, este controversată problema dacă, în speță, Comisia a criticat numai practica de atribuire a contractelor de achiziții publice din landurile Saxonia Superioară, Renania de Nord-Westfalia, Saxonia Inferioară și Saxonia sau dacă a invocat practica de atribuire în aceste patru landuri ca exemplu în ceea ce privește o practică ferm stabilită și generală în acest domeniu pentru toate landurile.

156. Argumentele Comisiei sunt contradictorii în această privință în măsura în care aceasta indică în mod expres în cererea introductivă că prezenta acțiune se limitează la practica de atribuire a contractelor de achiziții publice din Saxonia Superioară, Renania de Nord-Westfalia, Saxonia Inferioară și Saxonia, cu toate că practica respectivă, care face obiectul litigiului, este întâlnită și în alte landuri germane[71]. În schimb, în replica sa, Comisia solicită să se constate neconformitatea acestei practici de atribuire a contractelor cu reglementarea pertinentă în ceea ce privește întregul teritoriu al Republicii Federale Germania[72].

157. În acest context, trebuie să se amintească faptul că invocarea de motive noi pe parcursul procesului este în principiu inadmisibilă[73]. În aceste condiții, în cadrul prezentei proceduri, trebuie să se pornească de la capătul de cerere cuprins în cererea introductivă, care este limitat din punct de vedere teritorial și prin intermediul căruia Comisia a criticat numai practica de atribuire a contractelor în discuție din landurile Saxonia Superioară, Renania de Nord-Westfalia, Saxonia Inferioară și Saxonia.

158. În consecință, având în vedere considerațiile prezentate mai sus, concluzionăm că, în cadrul atribuirii de contracte cu titlu oneros având ca obiect servicii de ambulanță în landurile Saxonia Superioară, Renania de Nord-Westfalia, Saxonia Inferioară și Saxonia, Republica Federală Germania a încălcat, până la 31 ianuarie 2006,

71 — A se vedea punctul 10 din cererea Comisiei din 15 aprilie 2008. La punctul 5 din această cerere, Comisia menționase deja că acțiunea sa se limitează la practica de atribuire a contractelor de servicii de ambulanță potrivit modelului cererii de ofertă, care este aplicabil în majoritatea landurilor germane.

72 — A se vedea punctul 17 și urm. din memoriul în replică al Comisiei din 21 noiembrie 2008.

73 — A se vedea articolul 42 alineatul (2) din Regulamentul de procedură al Curții.

articolul 10 coroborat cu articolul 16 din Directiva 92/50 și, de la 1 februarie 2006, articolul 22 coroborat cu articolul 35 alineatul (4) din Directiva 2004/18.

la cerere, la plata cheltuielilor de judecată. Conform articolului 69 alineatul (3) primul paragraf din Regulamentul de procedură, pentru motive excepționale sau în cazul în care părțile cad în pretenții cu privire la unul sau mai multe capete de cerere, Curtea poate totuși să repartizeze cheltuielile de judecată sau poate decide ca fiecare parte să suporte propriile cheltuieli de judecată.

VIII — Cheltuieli de judecată

159. În temeiul articolului 69 alineatul (2) din Regulamentul de procedură al Curții, partea care cade în pretenții este obligată,

160. În prezenta cauză, Comisia urmează să aibă câștig de cauză numai în parte. În consecință, propunem Curții să dispună că Republica Federală Germania și Comisia suportă propriile cheltuieli de judecată.

IX — Concluzie

161. Având în vedere considerațiile precedente, propunem Curții:

1) să constate că, în cadrul atribuirii de contracte cu titlu oneros având ca obiect servicii de ambulanță în landurile Saxonia Superioară, Renania de Nord-Westfalia, Saxonia Inferioară și Saxonia, Republica Federală Germania a încălcat, până la 31 ianuarie 2006, articolul 10 coroborat cu articolul 16 din Directiva 92/50/CEE a Consiliului din 18 iunie 1992 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de servicii și, de la 1 februarie 2006, articolul 22 coroborat cu articolul 35 alineatul (4) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii;

2) să respingă celelalte capete de cerere;

3) să oblige Comisia Europeană și Republica Federală Germania la suportarea propriilor cheltuieli de judecată.