CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
prezentate la 27 noiembrie 2007 [1]

I — Introducere

1. În temeiul articolului 234 CE, Consiglio di Stato (Consiliul de Stat, Italia) solicită Curții să stabilească dacă articolul 30 alineatul (4) din Directiva 93/37/CEE a Consiliului din 14 iunie 1993 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări [2] depășește cadrul directivei înseși, reglementând, de asemenea, atribuirea contractelor care nu fac parte din domeniul de aplicare al acesteia.

2. În Hotărârea din 27 noiembrie 2001, Lombardini și Mantovani [3], Curtea, interpretând dispoziția menționată, a considerat, la punctul 53, că este „esențial" ca fiecare ofertant despre care se bănuiește că a prezentat o ofertă anormal de scăzută să își susțină punctul de vedere în mod util și să prezinte justificările relevante.

3. În cadrul prezentei trimiteri preliminare, se ridică problema dacă această dispoziție de drept pozitiv conține un principiu general al ordinii juridice comunitare, care se aplică contractelor de achiziții publice indiferent dacă acestea sunt sau nu sunt reglementate de directivele sectoriale [4].

4. Instanța supremă italiană adresează această întrebare într-un cadru special, și anume acela al unei reglementări interne care impune excluderea din oficiu a acestui tip de oferte în procedurile de atribuire a contractelor de achiziții cu o valoare inferioară celei prevăzute de directive, la care se adaugă o practică potrivit căreia, în această categorie de contracte de achiziții, anumiți ofertanți influențează rezultatul licitației

1 — Limba originală: spaniola.

2 — JO L 199, p. 54.

3 — C-285/99 și C-286/99, Rec., p. I-9233.

4 — Pe lângă Directiva 93/37 privind contractele de achiziții publice de lucrări, există Directiva 77/62/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1976 (JO 1977, L 13, p. 1), modificată ulterior prin Directiva 93/36/CEE a Consiliului din 14 iunie 1993 (JO L 199, p. 1) privind contractele de achiziții de bunuri. Contractele de achiziții publice de servicii și coordonarea procedurilor de atribuire a acestora erau prevăzute de Directiva 92/50/CEE a Consiliului din 18 iunie 1992 (JO L 209, p. 1, Ediție specială, 06/vol. 2, p. 50). Aceste norme [modificate prin Directiva 97/52/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 octombrie 1997 (JO L 328, p. 1)] au fost codificate și au fuzionat pentru a forma un singur text: Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii (JO L 134, p. 114, Ediție specială, 06/vol. 8, p. 116).

printr-un șiretlic [5] care constă în a se înțelege să prezinte oferte asemănătoare cu scopul de a stabili un anumit prag de anomalie și de a-i îndepărta pe ceilalți candidați.

5. Prin urmare, acest incident preliminar este deosebit de important, întrucât se referă la principiile generale ale dreptului comunitar, fără a uita că soluția nu se poate întemeia decât pe sistemul juridic al Uniunii Europene. Pentru a putea oferi organului jurisdicțional italian un răspuns eficient pentru soluționarea litigiului, Curtea trebuie să ia în considerare cele două direcții.

II — Cadrul juridic

A — *Dreptul comunitar*

6. Articolele 43 CE și 49 CE prevăd libertatea de stabilire și, respectiv, libera prestare a serviciilor. Directiva 71/305/CEE a Consiliului din 26 iulie 1971 [6], care a realizat armonizarea legislațiilor statelor membre în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice, avea ca obiectiv fundamental, potrivit primului său considerent, realizarea simultană a acestor două libertăți. Această directivă, care nu reglementa decât contractele de achiziții cu o valoare cel puțin egală cu un milion de unități de cont (al optulea considerent), prevedea criterii de atribuire a contractelor de achiziții întemeiate fie pe prețul cel mai scăzut, fie pe oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic [articolul 29 alineatul (1)] și, presupunând că ar exista oferte anormal de scăzute, făcea posibilă respingerea acestora după ascultarea ofertantului a cărui ofertă era considerată nereglementară [articolul 29 alineatul (5)].

7. În ceea ce privește interpretarea acestei norme, Curtea a declarat că nu poate fi adoptată o decizie de respingere decât după ce i s-a oferit întreprinzătorului posibilitatea să își clarifice oferta, mai precis după aplicarea unei proceduri de verificare în contradictoriu, excluderile din oficiu fiind, prin urmare, interzise [7].

5 — Acest tip de șiretlicuri a existat dintotdeauna; astfel Homer prezintă, în Odiseea, numeroase exemple de șiretenie proverbială a lui Ulise, precum în aventura din Cântul IX, atunci când eroul, prizonier al lui Polifem, îl îmbată pe acesta și îi spune că numele său este Nimeni; profitând de somnolența provocată de vin, Ulise înfige în singurul ochi al ciclopului un țăruș de măslin încins; răspunzând strigătelor de ajutor ale ciclopului, semenii acestuia îl întreabă ce se întâmplă, cine îl atacă, iar Polifem le răspunde „Nimeni mă omoară, nu prin forță, ci prin șiretenie”, împiedicându-i astfel să îl ajute (versul 408).

6 — Directiva privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări (JO L 185, p. 5).

7 — Conform Hotărârii din 22 iunie 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Rec., p. 1839, punctele 16, 18 și 19), care a interzis excluderile din oficiu stabilite în funcție de criterii mecanice (punctul 1 din dispozitiv), jurisprudență reluată în Hotărârea din 18 iunie 1991, Donà Alfonso (C-295/89, Rec., p. I-2967). Anterior, a existat cauza în care s-a pronunțat Hotărârea din 10 februarie 1982, Transporoute (76/81, Rec., p. 417, punctul 18).

8. Directiva 71/305 a înregistrat mai multe modificări ulterioare [8]; prin urmare, trebuia codificată, fapt ce s-a realizat sub forma Directivei 93/37, care urmărea, de asemenea, apărarea libertății de stabilire și a liberei prestări a serviciilor (al doilea considerent). Aplicabilă contractelor cu o valoare mai mare de 5 milioane ECU [articolul 6 alineatul (1)] și fidelă criteriilor de atribuire precedente [articolul 30 alineatul (1)], Directiva 93/37 a reprodus cuprinsul fostului articol 29 alineatul (5), cu modificări minore, la articolul 30 alineatul (4):

„În cazul în care, pentru un anumit contract, sunt prezentate oferte care par anormal de scăzute în raport cu prestația, autoritatea contractantă, înainte de a putea respinge respectivele oferte, solicită, în scris, detalii privind elementele ofertei pe care le consideră relevante și verifică elementele menționate anterior, ținând seama de dovezile furnizate.

Autoritatea contractantă poate lua în considerare dovezi referitoare la economia procedeului de construcție, la soluțiile tehnice adoptate sau la condițiile excepțional de favorabile de care dispune ofertantul pentru execuția lucrărilor ori la originalitatea proiectului propus de ofertant.

În cazul în care documentația privind contractul prevede atribuirea potrivit criteriului prețului celui mai scăzut, autoritatea contractantă este obligată să comunice Comisiei respingerea ofertelor apreciate ca fiind prea scăzute.

[…]” [traducere neoficială]

9. Directiva 2004/18, pe care statele membre trebuiau să o transpună până la 31 ianuarie 2006 [articolul 80 alineatul (1)], a abrogat Directiva 93/37 cu începere de la 31 martie 2004 (articolele 82 și 83). În ceea ce privește atribuirea contractelor de achiziții de lucrări al căror preț este de cel puțin 5 278 000 de euro [articolul 7 litera (c)] [9], autoritățile contractante au posibilitatea de a exclude ofertele anormal de scăzute după aplicarea unei proceduri de verificare în contradictoriu [articolul 55 alineatele (1) și (2)].

B — *Legislația italiană*

10. Articolul 30 alineatul (4) din Directiva 93/37 a fost transpus în dreptul intern

8 — Una dintre acestea privea articolul 29 alineatul (5), potrivit noii redactări care i-a fost dată prin Directiva 89/440/CEE a Consiliului din 18 iulie 1989 (JO L 210, p. 1).

9 — Conform redactării Regulamentului (CE) nr. 2083/2005 al Comisiei din 19 decembrie 2005 (JO L 333, p. 28, Ediție specială, 06/vol. 7, p. 276).

italian prin articolul 21 alineatul 1 bis din Legea nr. 109/94 din 11 februarie 1994, lege-cadru în materie de lucrări publice [10], adăugat la redactarea sa inițială prin articolul 7 din Legea nr. 216/1995 din 2 iunie 1995 [11]. Potrivit dispoziției citate:

„În cazul în care se atribuie lucrări a căror valoare este de cel puțin 5 milioane ECU prin aplicarea criteriului prețului celui mai scăzut prevăzut la primul alineat, administrația în cauză evaluează, în sensul articolului 30 din Directiva 93/37/CEE a Consiliului din 14 iunie 1993, anomalia oricărei oferte care cuprinde o reducere cel puțin egală cu media aritmetică a procentajelor de reducere ale tuturor ofertelor acceptate, cu excluderea unui cuantum de 10 %, rotunjit la unitatea superioară, din ofertele care cuprind o reducere mai importantă, respectiv mai puțin importantă, majorată cu diferența aritmetică medie a procentajelor de reducere care depășesc media citată anterior.

În acest scop, administrația publică ia în considerare, în termen de 60 de zile de la data depunerii ofertelor, numai dovezile întemeiate pe economia procedurii de constituire sau a soluțiilor tehnice adoptate ori pe condițiile deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul, cu excepția, în orice caz, a dovezilor privind toate elementele ale căror valori minime sunt stabilite prin acte cu putere de lege și prin acte administrative ori ale căror valori pot reieși din date oficiale.

Ofertele trebuie să fie însoțite, încă de la depunerea lor, de dovezi privind elementele cele mai importante ale prețului indicat în invitația de participare sau în scrisoarea de invitație, care formează împreună o sumă cel puțin egală cu 75 % din valoarea de bază a contractului.

În ceea ce privește numai contractele de achiziții publice de lucrări a căror valoare este inferioară pragului comunitar, administrația în cauză procedează la excluderea din oficiu a procedurii privind ofertele care prezintă un procentaj de reducere cel puțin egal cu cel stabilit potrivit primului paragraf al prezentului alineat. Procedura de excludere din oficiu nu se aplică în cazul în care numărul ofertelor valabile este mai mic de cinci” [12].

10 — *Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* (denumită în continuare „GURI”) nr. 41 din 19 februarie 1994, p. 5.

11 — GURI nr. 127 din 2 iunie 1995, p. 3. Acest text integral rezultă din adoptarea, cu modificările ulterioare, a Decretului legislativ nr. 101/1995 din 3 aprilie 1995 privind normele urgente în materie de lucrări publice (GURI nr. 78 din 3 aprilie 1995, p. 8).

12 — Redactare care i-a fost dată prin articolul 7 din Legea nr. 415/1998 din 18 noiembrie 1998 (supliment ordinar la GURI nr. 284 din 4 decembrie 1998, p. 5).

11. Decretul legislativ nr. 163 din 12 aprilie 2006 [13] transpune în ordinea juridică națională Directiva 2004/18. Ultimul paragraf al articolului 21 alineatul 1 bis din Legea nr. 109/94 nu mai apare în cadrul dispozițiilor privind ofertele anormal de scăzute (articolele 86-88).

III — Acțiunile principale

12. Printr-un acord din 28 ianuarie 2003, autoritățile municipale din Torino au hotărât să lipsească de efecte *pro futuro* articolul 21 alineatul 1 bis din Legea nr. 109/94, în scopul de a evita excluderea din oficiu a ofertelor anormal de scăzute, astfel încât, în cadrul atribuirii contractelor municipale de achiziții, inclusiv a celor care nu atingeau pragul comunitar, aceste oferte urmau să fie verificate în conformitate cu procedura de verificare în contradictoriu instituită prin Directiva 93/37.

13. Societățile italiene SECAP SpA (cauza C-147/06) și Santorso Soc. coop. arl (cauza C-148/06) au participat la cele două cereri de ofertă emise de municipalitate privind executarea unor lucrări specifice [14], ale căror valori nu depășeau pragul menționat. Anunțurile de cerere de ofertă confirmau criteriul celei mai importante reduceri de preț și prevedeau verificarea ofertelor nereglementare, fără să le excludă din oficiu, în temeiul acordului din 28 ianuarie 2003, pe cele care erau anormal de scăzute. Ofertele celor două societăți au fost primele printre cele „normale". Cu toate acestea, înainte de a decide, autoritatea municipală a constatat că ofertele care păreau anormale erau serioase și a atribuit altor ofertanți contractele de achiziții.

14. Cele două societăți au formulat o acțiune la Tribunale amministrativo regionale de Piamonte și au susținut că articolul 21 alineatul 1 bis din Legea nr. 109/94 excludea din oficiu ofertele anormal de scăzute, interzicând astfel autorităților contractante să îi asculte pe autorii acestora și să analizeze ofertele menționate înainte de a le respinge. Instanța națională nu a admis acest argument și a respins acțiunea, deoarece, potrivit acestuia, dispoziția autoriza excluderea din oficiu a ofertelor anormal de scăzute, însă nu impunea acest lucru; în consecință, nimic nu împiedica administrația contractantă să îi asculte pe autorii ofertelor și să examineze ofertele respective.

15. Consiglio di Stato, sesizat cu apelurile introduse de reclamanți, a sprijinit teza acestora și a anulat interpretarea reținută de tribunalul regional; cu toate acestea, Consiglio di Stato nu a rămas insensibil la

13 — GURI nr. 100 din 2 mai 2006.

14 — Transformarea unui fost palat în cămin pentru tineri (4 699 999 de euro) și, respectiv, recalificarea ambientală a Corso Francia, între Piazza Statuto și Piazza Bernini (5 172 579 de euro).

argumentele invocate de autoritățile municipale din Torino cu privire la cerințele dreptului comunitar. De aceea, această instanță a adresat Curții, în temeiul articolului 234 CE, următoarele întrebări preliminare:

„1) Norma stabilită la articolul 30 alineatul (4) din Directiva 93/37/CEE sau cea analogă care figurează la alineatele (1) și (2) ale articolului 55 din Directiva 2004/18/CE (dacă se consideră că acesta din urmă este aplicabil în speță), potrivit căreia, în cazul în care ofertele par anormal de scăzute în raport cu prestația, autoritatea contractantă, înainte de a putea respinge respectivele oferte, trebuie să solicite, în scris, detalii privind elementele ofertei pe care le consideră relevante și să verifice elementele menționate anterior, ținând seama de dovezile furnizate, enunță un principiu fundamental de drept comunitar?

2) În cazul unui răspuns negativ la întrebarea precedentă, în cazul în care aceasta nu are caracteristicile unui principiu fundamental de drept comunitar, norma stabilită la articolul 30 alineatul (4) din Directiva 93/37/CEE sau cea analogă care figurează la alineatele (1) și (2) ale articolului 55 din Directiva 2004/18/CE (dacă se consideră că acesta din urmă este aplicabil), potrivit căreia, în cazul în care ofertele par anormal de scăzute în raport cu prestația, autoritatea contractantă, înainte de a putea respinge respectivele oferte, trebuie să solicite, în scris, detalii privind elementele ofertei pe care le consideră relevante și să verifice elementele menționate anterior, ținând seama de dovezile furnizate, formează un corolar implicit sau un «principiu derivat» al principiului concurenței analizat în coroborare cu principiul transparenței administrative și cu principiul nediscriminării pe motiv de naționalitate și trebuie, prin urmare, să fie considerată ca fiind de aplicare directă și ca având întâietate asupra dispozițiilor naționale, eventual neconforme, adoptate de statele membre pentru reglementarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice care excedează domeniului de aplicare directă al dreptului comunitar?”

IV — Procedura în fața Curții

16. Prin Ordonanța președintelui Curții din 10 mai 2006, cele două cauze au fost conexate, având în vedere legătura obiectivă dintre acestea.

17. Întreprinderile reclamante în cauzele principale, autoritățile municipale din Torino, guvernele italian, german, francez, lituanian, austriac, olandez și slovac, precum și Comisia Comunităților Europene au depus observații scrise care urmează direcții diferite, dar care, cu toate acestea, pot fi clasificate în două categorii: una în favoarea tezei

susținute de autoritățile municipale din Torino, care cuprinde Republica Lituania, Republica Slovacă [15] și Comisia, și cealaltă, care cuprinde toți ceilalți participanți la această trimitere preliminară, în favoarea unor răspunsuri negative la întrebările preliminare. Reprezentanții Santorso Soc. coop. arl, ai orașului Torino, ai guvernelor italian, german și lituanian, precum și ai Comisiei au participat la ședința organizată în data de 25 octombrie 2007 pentru a-și prezenta observațiile orale.

V — Examinarea întrebărilor preliminare

18. Cele două întrebări adresate de Consiglio di Stato se reduc, de fapt, la una singură, prin care se urmărește să se stabilească dacă articolul 30 alineatul (4) din Directiva 93/37, care impune existența unei dezbateri contradictorii privind ofertele anormal de scăzute înainte de a se decide eventuala excludere a acestora, reglementează contractele de achiziții care nu intră în domeniul său de aplicare; cu alte cuvinte, dacă, pentru acest tip de contracte, dispoziția menționată se opune posibilității ca statele membre să decidă eliminarea din oficiu a acestui tip de oferte.

19. Astfel, trebuie să se examineze natura normei menționate pentru a se stabili dacă aceasta face parte din dreptul comunitar primar și dacă depășește cadrul Directivei 93/37.

A — *Punctul de pornire*

20. Această analiză are baze solide, fixate temeinic în jurisprudență, pe care le-am examinat deja [16]; procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice care, din diferite motive (cantitative sau conceptuale), nu sunt reglementate de directivele din acest domeniu rămân sub autoritatea ordinii juridice a Uniunii Europene, astfel încât principiile fundamentale ale acesteia și în special libertățile de circulație de referință constituie bariere de netrecut.

21. Această idee, expusă în considerentul (2) al Directivei 2004/18 [17], există de sufi-

15 — Deși cu unele nuanțe în ceea ce privește poziția Republicii Lituania și a autorităților municipale din Torino, dat fiind că, susținând respingerea primei întrebări preliminare, guvernul slovac refuză să disocieze norma prevăzută la articolul 30 alineatul (4) din Directiva 93/37 de principiile instituite prin Tratatul CE, împărtășind astfel decizia autorităților municipale.

16 — Concluziile prezentate la 8 noiembrie 2006 în cauza Comisia/Italia (C-412/04, Rep., p. I-619, punctele 44-47).

17 — „Atribuirea contractelor încheiate în statele membre în numele statului, al colectivităților teritoriale și al altor organisme de drept public trebuie să respecte principiile prevăzute de tratat, în special principiul liberei circulații a mărfurilor, principiul libertății de stabilire și principiul libertății de a presta servicii, precum și principiile care decurg din acestea, precum egalitatea de tratament, nediscriminarea, recunoașterea reciprocă, proporționalitatea și transparența […]”.

cient timp în analele Curții [18]. În Hotărârea din 7 decembrie 2000, Telaustria și Telefonadress [19], se precizează că autoritățile contractante sunt obligate să respecte normele tratatului în cazul atribuirii contractelor excluse din domeniul de aplicare al directivelor sectoriale (punctul 60) [20], jurisprudență reiterată în Hotărârea din 18 iunie 2002, HI (punctul 47) [21], și urmată mai recent, în mod foarte firesc, fără a face referire la cazurile anterioare, în Hotărârea din 21 iulie 2005, Coname [22].

22. În continuare, în Ordonanța din 3 decembrie 2001, Vestergaard [23], s-a subliniat că simplul fapt că procedurile specifice și riguroase prevăzute de directivele menționate nu sunt adecvate în cazul contractelor de achiziții publice cu valoare redusă nu înseamnă că acestea din urmă sunt excluse din domeniul de aplicare al dreptului comunitar, dat fiind că aceste contracte trebuie, de asemenea, să respecte dispozițiile tratatului (punctele 19-21) [24] în cazul în care prezintă interes pentru operatorii stabiliți în alte state membre [25]. Hotărârea din 20 octombrie 2005, Comisia/Franța [26], a insistat în același sens (punctul 33).

23. Fixarea unui prag economic începând cu care contractele de achiziții sunt reglementate de directive se întemeiază pe următoarea prezumție: contractele cu valoare redusă nu atrag operatorii cu sediul dincolo de frontierele naționale; în consecință, acestea nu au un domeniu de aplicare comunitar. Or, această prezumție, *iuris tantum*, suportă proba contrarie; în consecință, astfel cum susține Comisia în observațiile sale scrise, nu trebuie exclusă posibilitatea ca un contract de achiziții cu valoare redusă să prezinte interes pentru întreprinzătorii străini, în funcție, spre exemplu, de locul de executare, aproape de țara lor, sau deoarece este avantajos pentru strategia comercială a acestora.

18 — Precum și în analele Comisiei, și anume în Comunicarea interpretativă a Comisiei privind dreptul comunitar aplicabil în cazul atribuirii contractelor publice care nu sunt reglementate sau sunt reglementate parțial de directivele privind contractele de achiziții publice (JO 2006, C 179, p. 2, în special p. 5 și 6).

19 — C-324/98, Rec., p. I-10745.

20 — În această cauză, Directiva 93/38/CEE a Consiliului din 14 iunie 1993 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și telecomunicațiilor (JO L 199, p. 84), înlocuită de Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 (JO L 134, p. 1, Ediție specială, 06/vol. 8, p. 3).

21 — C-92/00, Rec., p. I-5553. Astfel, hotărârea menționată se referea mai degrabă la o procedură care nu era reglementată de normă decât la un contract de achiziții exclus din domeniul de aplicare al unei directive: tratatul impunea existența unei căi de atac împotriva deciziei de a anula cererea de ofertă, care nu era prevăzută de Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări (JO L 395, p. 33, Ediție specială, 06/vol. 1, p. 237), în versiunea modificată prin Directiva 92/50.

22 — C-231/03, Rec., p. I-7287. Punctul 16 din această hotărâre arată că atribuirea unei concesiuni de acest tip (referitoare la gestionarea serviciului public de distribuire a gazului de către o societate cu capital majoritar de stat) nu este cuprinsă în niciuna dintre directivele care reglementează domeniul achizițiilor publice. În lipsa unei astfel de reglementări, efectele dreptului comunitar privind atribuirea unor astfel de concesiuni trebuie examinate în lumina dreptului primar și în special a libertăților fundamentale prevăzute de tratat. Hotărârea din 13 octombrie 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rec., p. I-8585, punctul 46), și Hotărârea din 6 aprilie 2006, ANAV (C-410/04, Rec., p. I-3303, punctul 18) se pronunță în același sens.

23 — C-59/00, Rec., p. I-9505.

24 — Această ordonanță a calificat drept contrară articolului 28 CE clauza prevăzută în caietul de sarcini al unui contract de achiziții de lucrări cu o valoare minimă, care impunea, fără o altă explicație, utilizarea produselor de o anumită marcă.

25 — Punctul 20, *per a contrario*, din Hotărârea Coname.

26 — C-264/03, Rec., p. I-8831.

24. În consecinţă, această limită cantitativă este, în mod evident, o convenţie; aşadar, nimic nu exclude posibilitatea ca un contract cu o valoare inferioară să atragă atenţia în alte state membre, introducând factorul care determină luarea în considerare a dreptului comunitar şi a obiectivelor sale. În consecinţă, procedurile de atribuire a acestor contracte care, în ciuda interesului lor scăzut, ajung să aibă un interes la nivel european trebuie să respecte principiile tratatului, fără a aduce atingere faptului că acele contracte cu o valoare mai mare decât valorile indicate în directive sunt reglementate de dispoziţii de coordonare mai stricte [27].

25. Una dintre aceste dispoziţii, şi anume articolul 30 alineatul (4) din Directiva 93/37, aplicabilă *ratione temporis* acţiunilor principale, reiterată la articolul 55 alineatele (1) şi (2) din Directiva 2004/18, interzice excluderea din oficiu a ofertelor anormal de scăzute. Or, Consiglio di Stato urmăreşte să se stabilească dacă această interdicţie este o normă fundamentală a dreptului comunitar sau, în orice caz, un corolar al principiului competenţei analizat în coroborare cu principiul transparenţei administrative şi cu principiul nediscriminării pe motiv de cetăţenie sau naţionalitate, care trebuie, de asemenea, respectate la atribuirea contractelor de achiziţii care nu sunt reglementate de directivele menţionate.

27 — A se vedea a doua parte a considerentului (2) al Directivei 2004/18.

B — *Mai puţin decât un principiu fundamental...*

26. Noţiunile „principiu fundamental” sau „normă fundamentală”, folosite în jurisprudenţa citată anterior, au un conţinut foarte precis. Acestea nu se referă la toate elementele axiologice latente în tratat, nici la o măsură oarecare adoptată pentru a atinge obiectivele acestuia; noţiunile menţionate se situează chiar între aceste două extreme, în textul dreptului primar, în locul în care „creatorii” Comunităţilor au înscris obiectivele pe care îşi propuneau să le atingă prin mijloace fundamentale în acest sens. O lectură rapidă a articolelor 2 CE şi 3 CE arată că acestea se referă la mişcarea neobstrucţionată a persoanelor, a mărfurilor, a serviciilor şi a capitalurilor, garantată de libertăţile de circulaţie aferente acestora (articolele 23 CE, 43 CE şi 49 CE), la care se adaugă, deoarece este vorba de o valoare transversală inerentă unui proces de integrare a mai multor ţări, eliminarea oricărei discriminări pe motiv de cetăţenie sau naţionalitate (articolul 12 CE).

27. Teza menţionată, similară celei de la considerentul (2) al Directivei 2004/18, se intuieşte de asemenea în hotărârile menţionate. Acest principiu al nediscriminării pe motiv de naţionalitate este invocat la punctul 60 din Hotărârea Telaustria şi Telefonadress; în plus, punctele 42 şi 47 din Hotărârea HI fac referire la libertatea de stabilire şi la libera prestare a serviciilor; *ratio decidendi*

a Ordonanței Vestergaard se întemeiază pe cealaltă libertate de circulație, și anume cea care privește mărfurile (punctul 21); în sfârșit, în Hotărârea Coname, se face din nou trimitere la articolele 43 CE și 49 CE pentru respingerea discriminării indirecte exercitate pe motiv de cetățenie sau naționalitate.

28. Se impune constatarea că „principiile fundamentale" ale tratatului, capabile să reducă prerogativele statelor membre în procedurile de atribuire a contractelor de achiziții excluse din coordonarea efectuată prin directivele sectoriale, coincid cu cele evocate în preambulurile acelorași directive, pe care Curtea le-a scos în evidență.

29. De altfel, aceasta nu ar fi de mirare, întrucât, astfel cum se subliniază în considerentul (2) al Directivei 2004/18, dispozițiile acesteia decurg din principiile menționate; într-adevăr, directivele urmăresc un obiectiv direct limitat, și anume coordonarea menționată a procedurilor pentru a favoriza dezvoltarea unei concurențe efective în domeniul achizițiilor publice [28], în numele realizării libertăților fundamentale ale integrării europene. În special, obiectivul este eliminarea obstacolelor din calea liberei circulații și protejarea intereselor operatorilor economici dintr-un stat membru care doresc să ofere bunuri sau servicii autorităților contractante din alte state membre [29].

30. Reversul acestei imagini lasă aparența că obiectivul este dublu: excluderea riscului de a se acorda preferință ofertanților naționali *(buy national)* și a riscului ca autoritatea contractantă competentă să se lase ghidată de alte considerente decât cele economice [30] (astfel, criteriul primordial de atribuire este întotdeauna cel al ofertei celei mai scăzute sau cel al ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic).

31. În acest context, prima întrebare preliminară nu poate primi decât un răspuns negativ, în măsura în care eliminarea din oficiu a ofertelor anormal de scăzute la atribuirea unui contract de achiziții publice de lucrări nu se opune niciunui principiu fundamental al tratatului; într-adevăr, libertățile fundamentale sau interdicția discriminărilor

28 — Hotărârea Fratelli Costanzo, punctul 18.

29 — Hotărârea din 10 noiembrie 1998, BFI Holding (C-360/96, Rec., p. I-6821, punctul 41), Hotărârea din 3 octombrie 2000, University of Cambridge (C-380/98, Rec., p. I-8035, punctul 16), și Hotărârea din 1 februarie 2001, Comisia/Franța (C-237/99, Rec., p. I-939, punctul 41).

30 — Hotărârea din 15 ianuarie 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria și alții (C-44/96, Rec., p. I-73, punctul 33), Hotărârile BFI Holding, punctul 42, și University of Cambridge, punctul 17, și Hotărârea din 1 februarie 2001, Comisia/Franța (C-237/99, punctul 42).

menţionate anterior nu impun neapărat ca ofertantul care prezintă o ofertă de acest tip să fie întotdeauna ascultat înainte să se ia o decizie asupra acestei oferte.

32. Aceasta se întâmplă în special deoarece principiul eficacităţii, care se aplică şi în cadrul dreptului comunitar privind contractele de achiziţii publice, îşi impune logica. În sfârşit, gestionarea intereselor publice necesită o astfel de eficacitate, care, uneori, este incompatibilă cu ritmul impus de o procedură selectivă înţesată de garanţii [31].

34. Am susţinut deja că procedura de audiere prevăzută de norma menţionată era considerată „fundamentală" în Hotărârea Lombardini şi Mantovani [32]. În spatele adjectivului se ascunde convingerea că este indispensabil să se procedeze la o verificare în contradictoriu a ofertelor anormal de scăzute pentru a beneficia de o concurenţă reală în domeniul achiziţiilor publice şi pentru a garanta libera circulaţie, ceea ce presupune, astfel cum arătăm în concluziile prezentate în aceste două cauze, ca ofertanţii să participe de pe o poziţie de egalitate, fără nicio discriminare (punctul 24).

C — *... dar mai mult decât o simplă normă de drept pozitiv*

1. Principiile implicite

33. Articolul 30 alineatul (4) din Directiva 93/37 nu constituie nici o dispoziţie discreţionară a legiuitorului, eventual capricioasă, fără nicio legătură exterioară, care ar putea foarte bine să nu fi existat niciodată.

35. Interdicţia oricărei discriminări, în special dacă este exercitată pe motiv de cetăţenie sau naţionalitate, implică o obligaţie de transparenţă ce garantează oricărui potenţial ofertant un nivel de publicitate adecvat care să permită exercitarea concurenţei în acest domeniu, precum şi controlul imparţialităţii procedurilor de adjudecare, astfel cum reiese din Hotărârea din 18 noiembrie 1999, Unitron Scandinavia şi 3-S [33] (punctele 61 şi 62).

31 — Punctul 30 din Concluziile prezentate la 5 iunie 2001 în cauza în care s-a pronunţat Hotărârea Lombardini şi Mantovani.

32 — În hotărâre se subliniază că rezultă din chiar modul de redactare a dispoziţiei menţionate că autoritatea contractantă trebuie să identifice ofertele suspecte, să permită întreprinderilor vizate să demonstreze că aceste oferte sunt serioase, să aprecieze relevanţa explicaţiilor furnizate de persoanele interesate şi să ia o decizie în privinţa admiterii sau a respingerii ofertelor menţionate (punctul 55).

33 — Cauza C-275/98, Rec., p. I-8291. A se vedea în acelaşi sens Hotărârile citate anterior Telaustria şi Telefonadress (punctele 61 şi 62) şi Parking Brixen, (punctul 49).

36. În această măsură, par să existe motive întemeiate pentru a cerceta, astfel cum a făcut Consiglio di Stato, dacă articolul 30 alineatul (4) din Directiva 93/37, din moment ce nu prevede niciun principiu fundamental al dreptului european, reprezintă unul dintre corolarele necesare ale acestuia, pe care contractele de achiziții publice trebuie să le respecte indiferent dacă acestea sunt sau nu sunt reglementate de directive, în cazul în care prezintă interes pentru Comunitate.

37. Cu alte cuvinte, în cazul în care excluderea din oficiu a ofertelor ar încălca aceste corolare, norma în cauză ar trebui aplicată contractelor de achiziții care nu intră în domeniul de aplicare al Directivei 93/37?

2. Ofertanții și noțiunea de ofertă anormal de scăzută

38. Noțiunea de ofertă anormal de scăzută nu se întemeiază pe baze abstracte; dimpotrivă, aceasta se definește prin referire la contractul care trebuie atribuit și cu privire la prestația [34] în cauză. Așadar, noțiunea întrunește caracteristicile unui concept nedeterminat, imprecis *a priori*, dar previzibil în funcție de particularitățile contractului de achiziții.

34 — Punctul 32 din concluziile prezentate în cauza Lombardini și Mantovani.

39. Această caracteristică este și mai evidentă în sistemul italian, care definește noțiunea, ținând seama de conținutul contractului și de valoarea diferitelor propuneri, printr-un mecanism matematic de stabilire a pragului de anomalie.

40. Concurenții care, datorită publicității, au luat cunoștință de prestație și de natura acesteia își elaborează proiectele în secret, astfel încât fiecare îl cunoaște numai pe al său. În general, întrucât sistemul recompensează oferta cea mai scăzută sau pe cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, acestea sunt foarte ajustate pentru a avea valoarea cea mai redusă, chiar cu riscul de a angaja beneficiul întreprinderii.

41. În consecință, toți își asumă riscul de a-și vedea oferta, după desfacerea plicurilor, clasificată printre ofertele anormale.

42. Cu toate acestea, echilibrul este distrus atunci când unul dintre concurenți dispune de elemente de apreciere care vor avea un efect asupra stabilirii pragului de anomalie, încălcând, astfel, egalitatea indispensabilă.

3. Înţelegerile privind depunerea ofertelor

43. Apreciind faptele invocate de autorităţile municipale din Torino, Consiglio di Stato schiţează o imagine pe care Curtea nu o poate ignora, în care excluderea din oficiu a reducerilor de preţ nerezonabile, inevitabilă în temeiul articolului 21 alineatul 1 bis din Legea nr. 109/94, favorizează înţelegerile care urmăresc influenţarea *ex ante* a rezultatului procedurii de selecţie.

44. Dreptul comunitar nu rămâne indiferent la această situaţie.

45. În mod evident, mecanismul de excludere a ofertelor care, potrivit alineatului 1 al dispoziţiei menţionate, se dovedesc a fi anormal de scăzute nu este în sine discriminatoriu, având în vedere caracterul său obiectiv. Am arătat, în concluziile prezentate în cauza Lombardini şi Mantovani, că legislaţia italiană pune în aplicare un dispozitiv aritmetic şi automat de stabilire a pragului de anomalie, perfect conform cu obiectivul Directivei 93/37, care favorizează, pentru fiecare cerere de ofertă, stabilirea prin contractul de achiziţii a pragului începând cu care o propunere va putea fi considerată anormală. Toţi candidaţii se află pe o poziţie de egalitate, în condiţiile în care niciunul nu beneficiază de vreun avantaj în ceea ce priveşte pregătirea ofertei (punctele 33 şi 35). Prin urmare, respingerea directă a ofertanţilor nelegitimi, fără să li se ofere posibilitatea de a da explicaţii, nu ar discrimina pe nimeni.

46. Cu toate acestea, alta este situaţia dacă, în temeiul unor acorduri abuzive, un grup de întreprinzători, de obicei aceia care operează pe piaţa teritorială a cererii de ofertă, se înţelege în scopul elaborării unor oferte omogene, cu diferenţe minore, care conferă un caracter anormal de scăzut ofertelor concurenţilor rămaşi în afara acestor acorduri, fără să le lase posibilitatea de a se apăra sau de a dovedi calităţile opţiunii acestora.

47. În consecinţă, transparenţa şi concurenţa loială, care constituie principii ale dreptului comunitar în domeniul contractelor de achiziţii publice, sunt compromise în măsura în care, atunci când candidaţii respinşi sunt stabiliţi în alte state membre, aceştia trebuie să aibă posibilitatea să îşi prezinte punctul de vedere în cazul în care se doreşte evitarea exercitării vreunei discriminări interzise de tratat. Autorităţile municipale din Torino au arătat, în şedinţa din cadrul acestei cauze având ca obiect pronunţarea unei hotărâri preliminare, că s-a constatat, ca urmare a neaplicării dispoziţiei naţionale, o scădere semnificativă a valorii ofertelor prezentate în scopul afectării liberei concurenţe.

48. Pe scurt, în ceea ce priveşte atribuirea contractelor de achiziţii care au o importanţă

comunitară, principiile menționate anterior impun ca administrația contractantă să asculte, în cadrul unei dezbateri contradictorii, afirmațiile întreprinzătorilor ale căror oferte au fost calificate drept anormal de scăzute. În consecință, aceste principii se opun unei reglementări naționale care, în ceea ce privește contractele cu o valoare inferioară pragului prevăzut de directivele sectoriale, impune excluderea din oficiu a acestor oferte, fără să se procedeze la o audiere.

4. Dreptul la o bună administrare

49. Acestei tendințe, obiective și abstracte, care depășește cadrul intereselor individuale ale întreprinzătorilor aflați într-o procedură de selecție, i se adaugă o alta, subiectivă, în care drepturile acestora și în special interdicția de a-i priva de dreptul la apărare în cadrul procedurii administrative devin deosebit de importante.

50. Respectiva interdicție de a-i priva pe aceștia de dreptul la apărare este admisă în mod expres de ordinile juridice ale tuturor statelor membre și face parte din dreptul la o bună administrare pe care Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene [35] îl proclamă prin articolul 41, în capitolul V consacrat cetățeniei. Alineatul (2) al articolului menționat recunoaște dreptul oricărei persoane de a fi ascultată înainte de luarea oricărei măsuri ce ar putea să îi aducă atingere.

51. Carta, a cărei importanță Curtea a subliniat-o recent, în special în Hotărârea din 27 iunie 2006, Parlamentul European/Consiliul [36], și în Hotărârea din 3 mai 2007, Advocaten voor de Wereld [37], impune ca ofertantul, înainte să fie eliminat, să își poată susține punctul de vedere pentru a convinge autoritatea contractantă de corectitudinea ofertei sale.

52. Împărtășim opinia Comisiei în sensul că dreptul menționat, analizat separat, nu impune ca întreprinzătorul care a depus oferta pretins nereglementară să fie întotdeauna ascultat, dat fiind că, în principiu, acesta este deja protejat prin examinarea imparțială a ofertelor, în conformitate cu criterii obiective și nediscriminatorii stabilite în avans. Cu toate acestea, un concurent care riscă să fie eliminat din cauza unei înțelegeri între ceilalți este dezavantajat și, în plus, va fi dezavantajat în și mai mare măsură în cazul în care nu i se dă posibilitatea să se exprime.

35 — JO 2000, C 364, p. 1 (ediție în limba română JO 2007, C 303, p. 1).

36 — C-540/03, Rec., p. I-5769.

37 — C-303/05, Rep., p. I-3633. Cu privire la natura Cartei, a se vedea punctele 76-79 din concluziile prezentate în această cauză.

53. Astfel, dreptul de a fi ascultat de autoritățile administrative furnizează argumente împotriva excluderii din oficiu a ofertelor anormal de scăzute, întrucât, astfel cum am precizat, noțiunea „anormalitate" este un concept juridic nedeterminat, care trebuie completat în fiecare caz în funcție de particularitățile candidaților.

54. În consecință, nu se recomandă, în lumina dreptului la o bună administrare, eliminarea verificării în contradictoriu a ofertelor înainte de a se pronunța cu privire la pertinența acestora, chiar și în privința contractelor care nu sunt reglementate de directivele sectoriale, deoarece s-ar produce o diminuare a garanțiilor prevăzute de așa-numitele directive „căi de atac" [38].

5. Marja de apreciere a statelor membre

55. Rezultă din considerațiile de mai sus că dreptul comunitar se opune unei reglementări naționale care impune autorităților contractante să respingă din oficiu ofertele anormal de scăzute în cazul contractelor de achiziții publice care nu sunt reglementate de directivele de coordonare a procedurilor de adjudecare și recomandă, dimpotrivă, să se dea acestor autorități posibilitatea să aprecieze, de la caz la caz, interesul de a deschide procedura de audiere pentru a verifica, în mod contradictoriu, structura acestora [39].

56. Cu toate acestea, autonomia statelor membre le eliberează de obligația de a urma calea prevăzută la articolul 30 alineatul (4) din Directiva 93/37 și le permite să definească modul în care vor fi protejate drepturile pe care ordinea juridică comunitară le conferă cetățenilor, fără alte limite decât cele care decurg din principiul echivalenței și din principiul eficacității: și anume, că procedurile nu pot fi mai puțin favorabile decât cele prevăzute în vederea protejării drepturilor întemeiate pe ordinea internă și trebuie să fie organizate astfel încât să nu facă practic imposibilă sau excesiv de dificilă finalitatea urmărită [40].

38 — Directiva 89/665, citată anterior, și Directiva 92/13/CEE a Consiliului din 25 februarie 1992 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative referitoare la aplicarea normelor comunitare cu privire la procedurile de achiziții publice ale entităților care desfășoară activități în sectoarele apei, energiei, transporturilor și telecomunicațiilor (JO L 76, p. 14, Ediție specială, 06/vol. 2, p. 43).

39 — Hotărârea din 7 octombrie 2004, Sintesi (C-247/02, Rec., p. I-9215), a anulat o dispoziție națională care impunea autorităților contractante un criteriu unic de atribuire a contractelor de achiziții publice, privându-le astfel de posibilitatea de a lua în considerare natura și particularitățile unor astfel de contracte și de posibilitatea de a alege criteriul cel mai potrivit pentru a asigura libera concurență, precum și cea mai bună ofertă (punctul 40).

40 — Potrivit unei jurisprudențe constante, în cadrul căreia Hotărârea din 16 decembrie 1976, Rewe (33/76, Rec., p. 1989) constituie prima verigă.

VI — Concluzie

57. Având în vedere aceste considerații, propunem Curții să răspundă la întrebarea adresată de Consiglio di Stato după cum urmează:

„Principiul liberei concurențe, principiul transparenței administrative și principiul nediscriminării pe motiv de cetățenie sau naționalitate, care reglementează dreptul comunitar privind atribuirea contractelor de achiziții publice, precum și dreptul la o bună administrare se opun unei norme naționale care, în ceea ce privește procedura de atribuire a contractelor de achiziții publice excluse din domeniul de aplicare al directivelor în această materie, constrânge autoritatea contractantă să respingă din oficiu ofertele anormal de scăzute, fără nicio posibilitate de verificare în contradictoriu."