ACOSET

CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
prezentate la 2 iunie 2009 [1]

I — Introducere

1. Cererea de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de Tribunale amministrativo regionale della Sicilia (Italia) oferă Curții ocazia de a analiza regimul juridic al mecanismelor „parteneriatului public-privat” [2] în cadrul gestiunii serviciilor publice și compatibilitatea acestuia cu articolele 43 CE, 49 CE și 86 CE.

2. Atribuirea directă a unor astfel de prestații unei societăți cu capital mixt este contrară dreptului comunitar în cazul în care se încalcă dispozițiile directivelor privind contractele de achiziții publice. Critica privește concesionarea de servicii, întrucât aceasta încalcă articolele 43 CE și 49 CE, precum și principiile egalității de tratament, nediscriminării și transparenței [3], cu excepția cazului în care se recurge, într-o măsură rezonabilă, la mijloace proprii [4].

3. Prezenta cauză se distinge de procedurile de atribuire declarate ilegale de Curte până în prezent prin faptul că, deși instanța italiană evocă atribuirea imediată a gestiunii integrate a serviciului apelor unei entități în care se asociază interesele publice și interesele private, aceasta subliniază de asemenea recurgerea în prealabil la o procedură de cerere de ofertă, a cărei funcție tradițională pare să fi fost totuși modificată.

4. Astfel, alegerea societății căreia i se atribuie concesiunea sau a concesionarului s-a transformat într-o metodă pentru desemnarea asociatului privat al societății comerciale căreia i se atribuie contractul sau concesiunea, iar această desemnare include, pe lângă

1 — Limba originală: spaniola.

2 — Acronimul „CPP”, utilizat în versiunea în limba spaniolă a prezentelor concluzii, corespunde expresiei „colaboración público-privada”; în limbile engleză și franceză se folosește „PPP” pentru a desemna „public private partnerships” și, respectiv, „partenariats public-privé”.

3 — Hotărârea din 10 noiembrie 2005, Comisia/Austria (C-29/04, Rec., p. I-9705), punctul 48, Hotărârea din 6 aprilie 2006, ANAV (C-410/04, Rec., p. I-3303), punctul 33, și Hotărârea din 13 octombrie 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rec., p. I-8585), punctul 52.

4 — Dacă sunt îndeplinite condițiile unui „«in house» providing”.

cheltuiala pe care o implică, și executarea serviciului.

5. Spre deosebire de Hotărârea Comisia/Austria [5], în care Curtea a constatat existența unei construcții artificiale care cuprindea „mai multe etape distincte" și a declarat nelegală atribuirea unui contract disimulat în operațiune *„in house"* [6] unei societăți cu capital mixt, asigurarea condițiilor concurențiale joacă un rol în prezenta cauză sub o formă inedită și într-o procedură care nu este lipsită de o anumită austeritate, având în vedere că un singur act este suficient pentru a crea societatea, pentru a-i atribui o sarcină și pentru a stabili criteriile în vederea asocierii partenerului industrial privat. Ce s-ar putea cere mai mult?

6. Întrebarea este dacă acest expedient este conform cu cerințele dreptului comunitar [7].

5 — Hotărâre citată anterior.

6 — Elementele de fapt prezentate Curții de Comisie în temeiul articolului 226 CE lăsau să se întrevadă că acțiunea în constatarea neîndeplinirii obligațiilor va fi admisă, întrucât, deși, într-o primă etapă, municipalitatea din Mödling a încredințat, fără asigurarea condițiilor concurențiale, societății AbfallGmbH, pe care o deținea în proporție de 100 %, colectarea și tratarea deșeurilor din municipiu, la puțin timp după, aceasta a cedat Saubermacher AG 49 % din acțiunile sale; acest fapt a fost decisiv pentru ca AbfallGmbH să poată efectua ceea ce în final a constituit o atribuire directă a unui contract de achiziții publice de servicii unei societăți cu capital mixt care aparținea în proporție de 49 % unei întreprinderi private.

7 — Acest lucru ne amintește de reflecția sarcastică a lui Dossi, C., în *Note Azurre*, Ed. Adelphi, Milano, 1964, vol. I, p. 248, în care acesta ironizează vanitatea de a recurge la subterfugii ilegale când stratagemele legale sunt cu mult mai comode.

II — Dispozițiile aplicabile

A — *Dreptul comunitar*

1. Tratatul de la Roma

7. Articolul 43 CE prevede:

„În conformitate cu dispozițiile care urmează, sunt interzise restricțiile privind libertatea de stabilire a resortisanților unui stat membru pe teritoriul altui stat membru. […]

Libertatea de stabilire presupune accesul la activități independente și exercitarea acestora, precum și constituirea și administrarea întreprinderilor și, în special, a societăților în înțelesul articolului 48 al doilea paragraf, în condițiile definite pentru resortisanții proprii de legislația țării de stabilire, sub rezerva dispozițiilor capitolului privind capitalurile."

8. Articolul 46 CE prevede:

„1. Prevederile prezentului capitol și măsurile adoptate în temeiul acesteia nu aduc atingere aplicării actelor cu putere de lege și actelor administrative care prevăd un regim special pentru resortisanții străini din motive de ordine publică, siguranță publică și sănătate publică.

2. Consiliul, hotărând în conformitate cu procedura prevăzută la articolul 251, adoptă directive privind coordonarea dispozițiilor menționate anterior.”

9. Articolul 49 primul paragraf CE prevede:

„În conformitate cu dispozițiile ce urmează, sunt interzise restricțiile privind libera prestare a serviciilor în cadrul Comunității cu privire la resortisanții statelor membre stabiliți într-un alt stat al Comunității decât cel al beneficiarului serviciilor.”

10. Articolul 86 alineatul (1) CE impune statelor membre să nu adopte și să nu mențină, „[î]n ceea ce privește întreprinderile publice și întreprinderile cărora le acordă drepturi speciale sau exclusive, […] nicio măsură care contravine normelor prezentului tratat și, în special, celor prevăzute la articolul 12 și la articolele 81-89.”

2. Directivele privind contractele de achiziții publice

a) Sectoarele tradiționale

11. Multitudinea normelor privind aspecte precum criteriile de evaluare a selecției în funcție de obiectul contractului sau reducerea treptată a marjei discreționare acordate entității contractante necesita o reformă care, după câteva tentative timide [8], s-a înfăptuit prin codificarea realizată de 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 [9].

8 — De exemplu, Directiva 97/52/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 octombrie 1997 de modificare a Directivelor 92/50/CEE, 93/36/CEE și 93/37/CEE privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de servicii, a contractelor de achiziții publice de bunuri și, respectiv, a contractelor de achiziții publice de lucrări (JO L 328, p. 1).

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

12. Cu toate acestea, normele privind atribuirea contractelor sunt supuse respectării principiilor Tratatului de la Roma și, în special, a principiului liberei circulații a mărfurilor, a principiului libertății de stabilire, a principiului liberei prestări a serviciilor și a principiilor mai generale ale egalității de tratament, nediscriminării, recunoașterii reciproce, proporționalității și transparenței.

13. Pentru a garanta deplina eficacitate a acestor principii și deschiderea către concurență, era necesară, în ceea ce privește contractele de achiziții publice care depășeau o anumită valoare, „elaborarea unor dispoziții de coordonare comunitară a procedurilor interne de atribuire a contractelor fondate pe aceste principii […]" [considerentul (2) al Directivei 2004/18].

14. În interesul securității juridice, articolul 1 din Directiva 2004/18 oferă o întreagă paletă de definiții, dintre care – pentru a trasa linia fină de demarcație dintre contract și concesionare – subliniem pentru moment următoarele:

— contractele de achiziții publice: „[…] contracte cu titlu oneros, încheiate în scris între unul sau mai mulți operatori economici și una sau mai multe autorități contractante și care au ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii în sensul prezentei directive";

— concesionarea lucrărilor publice: „[…] contract care prezintă aceleași caracteristici ca un contract de achiziții publice de lucrări, cu excepția compensației pentru lucrările efectuate, care poate consta fie exclusiv în dreptul de exploatare a lucrării, fie în dreptul de exploatare și o plată";

— concesionarea serviciilor: „[…] contract care prezintă aceleași caracteristici ca un contract de achiziții publice de servicii, cu excepția compensației pentru serviciile prestate, care poate consta fie exclusiv în dreptul de exploatare a serviciilor, fie în dreptul de exploatare și o plată."

b) Sectoarele excluse

15. Având în vedere caracterul specific al piețelor apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale, regimul general nu li se putea aplica fără a ține cont de particularitățile acestora.

16. Soluția a fost oferită de Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de

achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale [10], care se întemeiază pe principii identice celor evocate mai sus [11], deși într-un spirit diferit de cel care inspiră Directiva 2004/18, întrucât elementul decisiv nu îl reprezintă entitatea care propune contractul, ci natura activității la care se referă acesta [12].

17. Directiva 2004/17 reglementează contractele de bunuri, de lucrări și de servicii [articolul 1 alineatul (2) literele (b), (c) și (d)], pe care le opune concesionărilor [articolul 1 alineatul (3) literele (a) și (b)], și se declară aplicabilă în ceea ce privește „punerea la dispoziție sau exploatarea de rețele fixe destinate furnizării unui serviciu publicului în domeniul producerii, transportului sau distribuției de apă potabilă" [articolul 4 alineatul (1) litera (a)], precum și „alimentarea cu apă potabilă a unor asemenea rețele" [articolul 4 alineatul (1) litera (b)].

B — *Dreptul italian*

18. Articolul 113 alineatul 5 din Decretul legislativ nr. 267 din 18 august 2000 de consolidare a textelor de lege privind organizarea colectivităților teritoriale (denumit în continuare Decretul legislativ nr. 267/2000) [13] oferă – în versiunea aplicabilă *ratione temporis* [14] – acestor colectivități [15] trei modalități de gestionare a serviciilor publice, în funcție de atribuirea acestora:

„[…]

a) unor societăți de capital selecționate printr-o procedură de cerere de ofertă;

b) unor societăți cu capital mixt, public și privat, în care asociatul privat a fost ales printr-o procedură de cerere de ofertă care garantează respectarea dispozițiilor interne și comunitare în materie de concurență potrivit liniilor directoare adoptate de autoritățile competente prin acte sau circulare specifice;

10 — JO L 134, p. 1, Ediție specială, 06/vol. 8, p. 3.

11 — Articolul 10 și considerentul (9) al Directivei 2004/17.

12 — A se vedea punctul 41 din Concluziile noastre prezentate la 22 noiembrie în cauza Ing. Aigner, soluționată prin Hotărârea Curții de Justiție din 10 aprilie 2008 (C-393/06, Rep., p. I-2339).

13 — Supliment ordinar la GURI nr. 227 din 28 septembrie 2000.

14 — Dispoziție înlocuită cu articolul 35 din Legea nr. 448/2001 (supliment ordinar la GURI nr. 285 din 29 decembrie 2001) și modificată prin articolul 14 din Decretul-lege nr. 269 privind dispoziții urgente pentru favorizarea dezvoltării și îmbunătățirea situației finanțelor publice din 30 septembrie 2003 (supliment ordinar la GURI nr. 229 din 2 octombrie 2003).

15 — Nu fără a fi amintit mai întâi necesitatea respectării legislației sectoriale și pe cea a Uniunii Europene.

c) unor societăți cu capital integral public, cu condiția ca asupra societății să se exercite de către colectivitatea sau colectivitățile publice care dețin capitalul social un control analog celui exercitat asupra propriilor servicii și ca societatea să desfășoare partea cea mai importantă a activității sale cu colectivitatea sau colectivitățile publice care o controlează."

19. Litera a) corespunde demersului contractual, litera c) se referă la operațiunile efectuate în regie proprie sau în cadrul unui contract „in house" [16], în timp ce litera b) se plasează în întregime pe terenul instabil al „parteneriatului public-privat".

III — Situația de fapt din acțiunea principală și întrebarea preliminară

20. Prin Convenția de cooperare din 10 iulie 2002, Provincia Regionale di Ragusa (provincia regională Ragusa) și municipalitățile din regiunea Ragusa au creat „Ambiti Territoriali Ottimali" (Cadrul Teritorial Optimal, denumit în continuare „ATO") al apelor, căruia i-a fost încredințată sarcina de a organiza „serviciul integrat al apelor."

21. La 26 martie 2004, Conferenza dei Sindaci e del Presidente (Conferința primarilor și a președintelui, denumită în continuare „conferința") della Provincia Regionale di Ragusa [17] a încredințat gestiunea serviciului integrat al apelor unei „societăți mixte cu capital majoritar public" în sensul articolului 113 alineatul 5 litera b) din Decretul legislativ nr. 267/2000; la 7 iunie 2005, aceasta a aprobat proiectul de act constitutiv al societății pe acțiuni și proiectul de statut, care acordau un mandat exclusiv societății comerciale.

22. Un anunț de participare a fost publicat în *Jurnalul Oficial al Comunităților Europene* (JO S 195) în vederea selectării unei întreprinderi private, asociat minoritar, căreia să îi fie încredințată exploatarea serviciului și executarea lucrărilor corespunzătoare.

23. Trei grupări temporare de întreprinderi au participat la procedură, și anume Saceccav Depurazioni Sacede SpA, Acoset SpA și Aqualia SpA.

24. Comisia de atribuire a respins Aqualia SpA și le-a admis pe celelalte, însă, după ce le-a invitat să declare dacă mai erau interesate, numai Acoset SpA a dat un răspuns pozitiv.

16 — În cauza ANAV, citată anterior, Curtea a examinat compatibilitatea cu dreptul comunitar a articolului 113 alineatul 5 din Decretul legislativ nr. 267/2000, însă nu a abordat dificultatea ridicată de litera b), întrucât Tribunale amministrativo regionale per la Puglia îi adresase o întrebare cu privire la libertatea foarte mare pe care această dispoziție părea să o recunoască administrației în ceea ce privește alegerea de a încredința gestiunea transportului public unei societăți controlate de administrația locală [litera c)] sau potrivit unei proceduri publice de cerere de ofertă [litera a)], astfel cum arată în mod întemeiat avocatul general Geelhoed la punctul 11 din Concluziile prezentate la 12 ianuarie 2006.

17 — Organismul de gestiune al ATO.

25. Cu toate acestea, la 26 februarie 2007 au fost începute demersuri pentru anularea procedurii, de teamă ca aceasta să nu fie contrară dreptului comunitar. În final, Conferința primarilor și a președintelui provinciei a anulat procedura prin decizia din 2 octombrie 2007, care a ales de asemenea consorțiul [18] ca modalitate de gestiune a serviciului.

26. În cadrul unei acțiuni introduse împotriva acestui act administrativ și împotriva actelor conexe acestuia, Acoset SpA a invocat dreptul său la atribuirea contractului sau la daune interese și a solicitat, cu titlu provizoriu, suspendarea deciziilor atacate.

27. În această situație, instanța de trimitere a adresat Curții de Justiție următoarea întrebare:

„Este compatibil cu dreptul comunitar, în special cu obligațiile de transparență și de liberă concurență prevăzute la articolele 43 CE, 49 CE și 86 CE, un model de societate cu capital mixt constituită special pentru furnizarea unui serviciu public cu caracter industrial și având un obiect de activitate unic, căreia i se atribuie în mod direct serviciul în cauză, în care asociatul privat cu caracter «industrial» și «operațional» este selectat prin intermediul unei proceduri concurențiale, în urma verificării atât a condițiilor financiare și tehnice, cât și a celor efectiv operaționale și de gestiune referitoare la serviciul care trebuie asigurat și la prestațiile specifice care trebuie furnizate?”

18 — A se vedea articolul 31 alineatul (8) din Decretul legislativ nr. 267/2000.

IV — Procedura în fața Curții

28. Cererea de pronunțare a unei hotărâri preliminare a fost înscrisă în registrul grefei Curții la 14 mai 2008.

29. În observațiile scrise, Conferința primarilor și a președintelui provinciei și municipalitatea din Vittoria solicită declararea incompatibilității cu dreptul comunitar a procedurii de cerere de ofertă, deoarece, în pofida cererii de ofertă deschise concurenței pentru stabilirea asociatului privat, serviciul a fost atribuit direct societății cu capital mixt. Municipalitățile din Comiso și din Modica solicită o hotărâre preliminară cu privire la consecințele lipsei interesului Acoset SpA de a exercita acțiunea, întrucât procedura de atribuire a fost anulată.

30. Acoset SpA, Comisia și guvernele italian, austriac și polonez susțin, în schimb, că articolele 43 CE, 49 CE și 86 CE nu se opun

acestei atribuiri, în măsura în care garanțiile dreptului comunitar sunt respectate.

31. În ședința din 2 aprilie 2008, reprezentanții Acoset SpA, ai guvernului italian și ai Comisiei au prezentat observații orale.

V — Cu privire la admisibilitate

A — *O observație introductivă*

32. Cu toate că nimeni nu a ridicat această problemă, dorim să înlăturăm îndoielile legate de dimensiunea comunitară a întrebării preliminare, pentru a elimina suspiciunea că ar putea fi vorba despre o situație strict internă a unui singur stat membru, având în vedere că toate întreprinderile implicate au sediul în Italia.

33. Nu poate fi înlăturată ipoteza că, având în vedere importanța lor, serviciile în litigiu au atras atenția unei societăți cu sediul în alt stat membru, ceea ce constituie o legătură cu Comunitatea (Hotărârea din 25 aprilie 1996, Comisia/Belgia [19], și Hotărârea Parking Brixen, citată anterior), întărită de interpretarea principiilor și a normelor tratatului.

34. În plus, cu toate că, astfel cum vom detalia, PPP nu au fost armonizate, reglementarea omogenă privind contractele de achiziții publice trebuie examinată și comparată cu concesionarea, fie și numai pentru a identifica natura serviciilor și a gestiunii care se regăsesc în fiecare situație.

B — *Caracterul incomplet al întrebării preliminare*

35. Guvernul austriac susține că cererea de interpretare, deși este comprehensibilă și susceptibilă de a face obiectul unui răspuns, nu are totuși claritatea necesară pentru a fi utilă în procedura principală, deoarece nu oferă informații cu privire la specificitatea prestației, la conținutul cererii de ofertă sau la amploarea verificării prealabile a condițiilor care trebuie îndeplinite.

36. Necesitatea unei interpretări a dreptului comunitar care să fie utilă instanței naționale și care să permită în același timp intervenienților în procedura întrebărilor preliminare să

19 — C-87/94, Rec., p. I-2043, punctele 33 și 54.

își prezinte observațiile [20] impune definirea situației de fapt și de drept în care se înscriu întrebările sau, cel puțin, cunoașterea ipotezelor de fapt pe care acestea se întemeiază [21].

37. Curtea a declarat că refuzul de a se pronunța cu privire la o întrebare preliminară nu se justifică decât în cazul în care interpretarea solicitată nu are nicio legătură cu realitatea sau cu obiectul acțiunii principale sau în cazul în care problema este de natură ipotetică [22].

38. Întrucât decizia de trimitere furnizează un minim de explicații cu privire la raportul dintre articolul 113 alineatul 5 din Decretul legislativ nr. 267/2000 și procedura de cerere de ofertă lansată în temeiul acestei dispoziții, pe de o parte, precum și normele și principiile comunitare de referință, pe de altă parte, Curtea este obligată să se pronunțe [23], dacă nu există un motiv de respingere *ad limine* a întrebării preliminare.

20 — Hotărârea din 1 aprilie 1982, Holdijk și alții (141/81-143/81, Rec., p. 1299, punctul 6).

21 — Hotărârea din 26 ianuarie 1993, Telemarsicabruzzo și alții (C-320/90, C-321/90 și C-322/90, Rec., p. I-393), punctul 6, Ordonanța din 19 martie 1993, Banchero (C-157/92, Rec., p. I-1085, punctul 4), Ordonanța din 7 aprilie 1995, Grau Gomis și alții (C-167/94, Rec., p. I-1023, punctul 8), și Ordonanța din 22 martie 1996, Sunino și Data (C-2/96, Rec., p. I-1543, punctul 4).

22 — Hotărârea din 22 ianuarie 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, Rec., p. I-607, punctul 19).

23 — Hotărârea din 13 martie 2001, PreussenElektra (C-379/98, Rec., p. I-2099, punctul 38).

C — *Calitatea procesuală a Acoset SpA*

39. Conferința și municipalitățile din Comiso și din Modica invocă lipsa interesului de a exercita acțiunea al Acoset SpA în prezenta procedură preliminară, întrucât singurul scop al acesteia ar fi acela de a ataca anularea procedurii de selectare a asociatului privat.

40. Această susținere este lipsită de temei și trebuie respinsă direct.

41. Rezultă din articolul 234 CE că decizia de a adresa o întrebare preliminară [24] revine exclusiv instanței naționale, iar nu părților la proces, care pot fi totuși ascultate cu privire la acest subiect [25]. Pentru ca intervenția unei părți într-o procedură a întrebărilor preliminare să fie admisă de Curte, este suficient ca aceasta să fie parte în procedura principală, criteriu pe care Acoset SpA îl îndeplinește cu siguranță [26].

24 — Cu privire la conștientizarea caracterului esențial al acesteia în calitate de instrument de cooperare în cadrul Comunității, a se vedea Hotărârea din 1 decembrie 1965, Schwarze (16/65, Rec., p. 265), și Hotărârea din 16 ianuarie 1974, Rheinmühlen (166/73, Rec., p. 33).

25 — Articolul 23 din Statutul Curții de Justiție.

26 — În orice caz, nu putem să nu acordăm atenție argumentului întemeiat pe anularea procedurii de cerere de ofertă pentru a nega calitatea procesuală activă a Acoset SpA, cu toate că tocmai această invalidare a dus la deschiderea procedurii.

VI — Analiza pe fond a întrebării preliminare

A — *Către un concept autonom al „parteneriatului public-privat”*

1. Perspectivele naționale

42. Activitățile economice și de gestiune ale autorităților publice au cunoscut o transformare profundă de-a lungul ultimului secol. Plecând de la un liberalism abstenționist, care avea drept unic scop menținerea ordinii publice prin măsuri de control tradiționale, cum ar fi ordinele și interdicțiile, autoritățile publice au devenit prestatoare de servicii în beneficiul celor administrați [27], până când s-a ajuns, în cele din urmă, la conceptul de stat asistențial, întemeiat pe solidaritate [28].

43. De-a lungul acestei evoluții, modelul clasic de serviciu public și-a pierdut sensul tradițional, întrucât gradul de deschidere dintre autorități și cetățeni nu mai permite izolarea funcțiilor reciproce în compartimente etanșe.

44. Chiar dacă acțiunile administrației au în vedere interesul general, modurile de satisfacere a acestuia sunt multiple și trebuie subliniate acelea care, prin faptul că permit particularilor să exercite activități cu caracter public, cuprind o doză evidentă de cooperare [29].

45. Printre manifestările acestei convergențe, ocupă o poziție specifică așa-numita gestiune indirectă a serviciilor publice sau a contractelor de achiziții publice, formule care își au originea în istoria dreptului.

46. Astfel, atunci când o întreprindere privată își asumă responsabilitatea de a furniza un serviciu și, motivată de profit, își riscă patrimoniul pentru a asigura conformitatea și buna funcționare a acestui serviciu, se stabilește o relație strânsă cu finanțele publice. Aceeași este situația atunci când, conștientă de limitările sale tehnice și economice, autoritatea administrativă decide că un ofertant este mai potrivit pentru a executa o lucrare sau pentru a furniza un serviciu.

27 — Forsthoff, E., *Die Verwaltung als Leistungsträger,* Kohlhammer, Stuttgart, 1938, a inclus aceste prestații în noțiunea „Daseinsvorsorge”, și anume „asistență existențială” pentru acoperirea nevoilor vitale ale societății și a recomandat instituirea unui executiv puternic și dinamic, capabil să îndeplinească aceste cereri; pentru a înțelege în mod corect această teză, a se vedea Martín Retortillo, L., „La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de Daseinsvorsorge”, *Revista de Administración Pública,* nr. 38, mai-august 1962, p. 35-65.

28 — În *Leçons de Droit public général* (Ed. Boccard, Paris, 1926, p. 36), unul din principalii săi precursori, Duguit, L., respinge forța ca element imanent al statului și îi atribuie acestuia din urmă misiunea de a canaliza solidaritatea socială.

29 — Pe de altă parte, statul se supune regimului juridic privat atunci când intervine în sectorul industrial pe picior de egalitate cu alți operatori.

47. Capitalul privat se comportă ca un intermediar între organismul titular al activității sau al serviciului și beneficiarii acestora, astfel încât, fără a aduce atingere nuanțelor proprii fiecărui caz particular, aceste activități sau servicii sunt marcate de arhetipul unei lucrări comune, care reglementează toate aspectele acestora.

48. În plus, independent de contractele de achiziții publice sau de concesionări, pentru autoritatea publică nu este neobișnuită și nici inovatoare asocierea cu subiecte de drept privat pentru îndeplinirea de funcții publice, fără ca aceste subiecte să se integreze totuși în structura respectivei autorități administrative [30].

49. Prin urmare, pentru a considera „parteneriatul public-privat" o categorie autonomă, trebuia pornit de la ansamblul influențelor reciproce care impregnează anumite instituții juridice.

50. Ecourile originii anglo-saxone a acestuia se percep în dezbaterile cu privire la „New Public Management", o adevărată pepinieră pentru PPP, care a deschis drumul autorităților administrative către criteriile de gestiune a întreprinderii, care necesită contribuții financiare private („Private Finance Initiative").

30 — Santamaría Pastor, J. A., *Principios de derecho administrativo*, vol. I, ediția a treia, Colección Ceura, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, p. 460, descrie această cooperare prin observația că administrația în sens strict a fost întotdeauna însoțită de un fel de administrație paralelă, pe care o califică drept „improprie".

2. O perspectivă comunitară fragmentată

51. Însă, în continuare, metodologia diferă, întrucât, în timp ce anumite sisteme juridice naționale au lansat modele de „contract de parteneriat" [31], altele au menținut un caracter total atipic pentru aceste instrumente [32].

52. Deși dreptul comunitar aspiră să armonizeze ordinile juridice naționale în domeniul contractelor de achiziții publice, elanul său este încetinit totuși de apariția „fenomenului" PPP [33].

53. Însă prezența crescută a PPP în sectorul public național încurajează statele membre să promoveze adoptarea unei reglementări în

31 — În Franța, această abordare a fost ilustrată de Ordonanța nr. 2004/559 din 17 iunie 2004 și de Legea nr. 2008-735 din 28 iulie 2008 privind contractele de parteneriat. În Spania, Legea nr. 30/2007 din 30 octombrie privind contractele din sectorul public (BOE nr. 261 din 31 octombrie 2007, p. 44336) a conferit „parteneriatului public-privat" statutul de contract.

32 — Pentru o ilustrare a problemelor ridicate de clasificarea acestora, a se vedea González García, J., *Colaboración público-privada. Entre la atipicidad contractual y el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*; în această lucrare, care va fi publicată în scurt timp, autorul prevede apariția unei noi forme de contracte și, după elogierea caracterului atipic, care s-ar potrivi mai bine cu flexibilitatea și cu aportul de imaginație în prestarea de servicii, acesta concluzionează că este vorba despre un mijloc de „a încorpora în practica administrativă toate mecanismele relațiilor atipice care se dezvoltă în sfera relațiilor economice dintre particulari".

33 — „Cartea verde privind parteneriatele public-privat și dreptul comunitar în domeniul contractelor de achiziții publice și al concesiunilor" din 30 aprilie 2004, COM(2004) 327 final (denumită în continuare „Cartea verde") arată că, cel puțin la data respectivă, Comisia atribuia PPP acest calificativ.

cadrul Comunității, întrucât avantajele acestor parteneriate nu trec neobservate.

54. Pe lângă faptul că pot servi ca remediu pentru efectele restricțiilor bugetare, aceste instrumente favorizează finanțarea privată și exploatarea cunoștințelor întreprinderilor din afara sectorului public, ca răspuns la schimbările de direcție pe care liberalizarea le-a impus statului, care a trecut de la rolul de operator direct la cel de moderator de comportamente, al căror ultim garant este atunci când acestea afectează interesul general.

55. Într-un context în care aceste comportamente nu sunt supuse niciunui regim specific obligatoriu, incertitudinea juridică afectează în special participarea și mijloacele de integrare a partenerilor privați în aceste contraponderi economice.

56. Astfel a apărut necesitatea de a stabili criterii de interpretare pentru a adapta aceste practici la principiile Tratatului CE, lucru înfăptuit de Comunicarea interpretativă [34] a Comisiei din 5 februarie 2008 privind aplicarea dreptului comunitar în domeniul contractelor de achiziții publice și al concesiunilor în cazul parteneriatelor public-privat interinstituționale [35].

57. În opinia noastră, lipsa armonizării [36] comunitare exclude ridicarea PPP la statutul de contracte veritabile, ceea ce nu împiedică recunoașterea faptului că aceste noi forme de cooperare se înscriu în continuarea unor acorduri care au valoare de contract sau care se apropie de caracteristicile unei concesiuni.

58. O reglementare integrală ar evita anumite inconveniente și ar orienta autoritățile publice și entitățile private, pe care confuzia actuală le descurajează în mod frecvent – în detrimentul infrastructurilor și al serviciilor publice – să creeze un PPP (ceea ce Comisia recunoaște, de altfel) [37] de teama de a nu încălca regimul dorit de Uniunea Europeană.

34 — În *El soft law comunitario* (Revista de Administración Pública nr. 154, ianuarie-aprilie 2001, p. 79), Alonso García R. include între aspectele pozitive ale acestor instrumente prevăzute la articolul 249 CE faptul că furnizează autorităților administrative și operatorilor privați un cadru clar și coerent pentru orientarea comportamentului acestora într-un sens compatibil cu dreptul comunitar.

35 — C(2007) 6661 (denumită în continuare „comunicarea").

36 — Cu toate acestea, în avizul emis în primă lectură la 10 mai 2002, Parlamentul European a invitat Comisia să examineze posibilitatea adoptării unei propuneri de directivă, COM (2000) 275. La rândul său, Comitetul Economic și Social European a considerat necesară o inițiativă legislativă [Avizul CESE (JO C 14), raportor domnul Levaux, punctul 4.1.3, și Avizul CESE (JO C 193), raportor domnul Bo Green, punctul 3.5.].

37 — Această reacție, naturală în cazul practicienilor dreptului, este confirmată de Carbonnier, J., în „Sociologie juridique", Quadrige, PUF, Paris, 1994, p. 331, în care acesta subliniază diferențele de sensibilitate dintre juriști și sociologi cu privire la aspectul complexității dreptului: pentru cei din prima categorie, această complexitate reprezintă o fatalitate sau chiar o infirmitate, care îi face să aspire la o întoarcere la simplitate; în ceea ce îi privește pe cei din a doua categorie, aceștia evită orice judecată de valoare și se limitează la a vedea în această complexitate o simplă diferență care trebuie analizată.

59. Această lacună relativizează tentativele de a clasifica activitatea administrației în acțiuni de control, de dezvoltare și de serviciu public [38], la care trebuie adăugat că, într-o Comunitate juridică globalizată, fiecare dintre aceste elemente reflectă percepții variabile în funcție de țară.

60. În mod specific, eterogenitatea se manifestă puternic în cadrul serviciului public [39], întrucât, în timp ce în anumite sisteme această noțiune reprezintă piatra de temelie a ordinii administrative [40], în altele nu susține structura regimului administrativ („régime administratif") și nici chiar rezervarea anumitor activități entităților publice („*publicatio*") nu deține un rol principal [41].

61. Aceasta reprezintă, în opinia noastră, una dintre cauzele diversității din domeniul PPP, care se confruntă cu o problemă și mai serioasă: legiuitorul comunitar a armonizat contractele de achiziții publice, însă nu și domeniul complicat al concesiunilor [42] și nici pe cel al serviciilor publice, astfel încât, întrucât aceste categorii sunt latente în multe PPP, lipsa reglementării în domeniu nu este întâmplătoare.

38 — A se vedea Presutti, E., „Principi fondamentali di scienze dell'amministrazione", Società Editrice, Milano, 1903.

39 — Este ceea ce proclamă Comitetul Economic și Social în Avizul din 22 mai 2003 cu privire la Cartea verde privind serviciile de interes general [COM(2003) 270 final (JO C 76)].

40 — În mod cert în Franța, în Italia și în Spania, spre deosebire de concepțiile care au prevalat în Marea Britanie, în Germania sau în Danemarca, de exemplu.

41 — Terminologia poate fi diferită, însă substratul și esența serviciului public nu se modifică: González-Varas Ibáñez, S., „El derecho administrativo privado", Ed. Montecorvo, Madrid, 1996, p. 398.

42 — Deși este adevărat că în Comunicarea Comisiei privind concesiunile în dreptul comunitar (JO 2000, C 121, p. 6) se găsește o noțiune independentă de conceptele naționale.

B — *O clasificare a PPP*

62. În pofida inexistenței unei definiții a conceptului, Cartea verde a propus o clasificare întemeiată pe constatarea empirică a faptului că diversitatea PPP în statele membre este reflectată de două modele majore, după cum cooperarea se bazează pe legături exclusiv convenționale (PPP contractuale) sau se materializează într-o entitate (PPP interinstituțional, denumit de asemenea „PPPI").

63. Această dualitate transpare în comunicarea Comisiei, al cărei obiect se limitează la al doilea grup, probabil pentru că multitudinea de forme ale PPP convențional, datorată unei autonomii de voință fără îndoială amplificate, se pretează mai puțin la o sistematizare [43].

64. În cazul PPPI, sarcinile asociatului public și, respectiv, cele ale partenerului privat se organizează într-o entitate cu personalitate juridică distinctă, prin intermediul căreia asociații asigură executarea unei lucrări sau prestarea unui serviciu în beneficiul colectivității.

43 — Astfel, potrivit Cărții verzi, termenul PPP „înglobează combinații diverse care atribuie una sau mai multe sarcini de o importanță mai mare sau mai mică partenerului privat, care includ proiectul, finanțarea, realizarea, renovarea sau exploatarea unei lucrări sau a unui serviciu".

65. Contrar anumitor tipuri de convenții în care se stabilește o legătură directă între utilizatorul final și asociatul privat care furnizează serviciul în locul autorității administrative, în cadrul PPPI societatea comercială este cea care, în calitate de societate căreia i se atribuie contractul sau de concesionar, stabilește legătura „oficială" cu destinatarul, chiar dacă „din punct de vedere material" activitatea este exercitată de asociatul privat. De altfel, acest lucru explică faptul că reprezentantul Acoset SpA a precizat în ședință că, în realitate, asociatul privat furnizează serviciile sale entității cu capital mixt.

66. Pe lângă avantajele descrise, PPPI favorizează concentrarea în mâinile partenerului public a unei puteri de control relativ ridicate asupra desfășurării operațiunilor, prin prezența sa în cadrul acționariatului și al organelor de decizie.

67. Toate cazurile particulare indică, în esență, două căi de formare a unui PPPI: crearea *ex novo* a entității sau modificarea capitalului unei entități deja existente, care, deși este în întregime publică, va ajunge să aparțină parțial unor persoane de drept privat. În mod evident, înțelegerea corectă a celei de a doua căi necesită ca prezența sectorului privat să se manifeste anterior sau simultan atribuirii, însă nu ulterior acesteia [44].

44 — Acest lucru decurge din cuprinsul punctului 42 din Hotărârea Comisia/Austria, citată anterior: pentru a evita subterfugiile care nu intră în domeniul de aplicare al dreptului comunitar, este interzis entităților contractante să „recurgă la manevre care să disimuleze atribuirea de contracte de achiziții publice de servicii unor întreprinderi cu capital mixt".

68. Articolul 113 alineatul 5 litera b) din Decretul legislativ nr. 267/2000 arată că în prezenta cauză este vorba despre un model de PPPI din prima categorie, întrucât se constituie o societate cu capital mixt, al cărei partener privat își asumă gestiunea integrată a serviciului municipal de apă [45], în urma unei cereri de ofertă publice în vederea selecționării sale.

69. În sfârșit, întrucât pot recurge la forma unui contract de achiziții publice sau la cea a unei concesiuni, se poate face de asemenea distincție între PPPI în funcție de obiectul acestora, care va determina regimul care li se aplică în domeniul comunitar.

C — *Delimitarea dintre contractul de achiziții publice și concesionare*

70. Potrivit clasificării menționate la punctul precedent, contractul de achiziții publice trebuie delimitat de concesionare înainte de a clarifica regimul juridic al PPPI din Ragusa.

45 — Este semnificativ faptul că în Cartea verde se recunoaște că statele membre folosesc astfel de structuri „pentru gestiunea serviciilor publice la nivel local (de exemplu, pentru serviciile de aprovizionare cu apă sau de colectare a deșeurilor)".

71. Subscriem la aprecierile Comisiei referitoare la faptul că atribuirea unui serviciu public local, cum este cel al gestiunii integrate a apei, poate lua forma unui contract de achiziții publice sau a unei concesionări și că numărul redus de informații furnizate de decizia de trimitere nu permite să se stabilească pentru care dintre aceste căi s-a optat.

72. Cu toate acestea, trebuie luate în considerare următoarele elemente: în primul rând, instanța de trimitere face referire, în întrebarea sa, numai la normele și principiile tratatului, iar nu la directivele privind contractele de achiziții publice [46]; în al doilea rând, aceasta folosește termenul de societate cu capital mixt „concesionară"; în al treilea rând, o durată de 30 de ani corespunde mai degrabă unei concesiuni [47].

73. Diferența nu este neglijabilă, întrucât, în cazul în care unei entități cu capital mixt i s-ar atribui executarea unui contract de achiziții publice, Directivele 2004/17 și 2004/18 ar furniza normele în materie de publicitate și modalitățile de selecție a asociatului privat însărcinat cu această executare, atunci când valoarea contractului depășește pragul financiar stabilit de aceste norme. În schimb, dacă ar fi vorba despre o concesionare de servicii sau despre un contract de achiziții publice care nu face obiectul acestor directive (de exemplu, din cauză că pragurile nu sunt atinse), principiile și libertățile prevăzute de tratat ar constitui singurele puncte de referință.

74. Observăm astfel importanța precizării criteriilor destinate clarificării distincției vagi dintre contractul de achiziții publice și concesionare [48], precizare care, în lipsa informațiilor necesare, revine în cele din urmă instanței naționale, în funcție de „riscul legat de exploatare" și de „contraprestația aferentă serviciului" în sensul interpretării date de Curte acestor noțiuni.

75. Primele dificultăți în delimitarea „contractului de achiziții publice de servicii" în raport cu „concesionarea de servicii publice" rezultă din domeniul de aplicare al întrebării preliminare.

76. În cadrul unui contract de achiziții publice de servicii, este necesară o contraprestație plătită direct de entitatea contractantă prestatorului de servicii; cu toate acestea, atunci când remunerația nu provine de la autoritatea publică, ci de la beneficiari,

46 — Prudența instanței siciliene este demnă de laudă, deoarece, confruntată cu panoplia de norme și de regimuri care pot da naștere din punct de vedere juridic unui PPPI, aceasta se limitează la a face referire la libertățile și la principiile tratatului, care reprezintă cel mai mic numitor comun al contractelor de achiziții publice și al concesionărilor; aceasta se conformează astfel recomandării lui Francis Bacon, *Essays*, Ed. Cosimo, 2007, capitolul LVI, Of Judicatore, p. 137: „Judges must beware of hard constructions, and strained inferences; for there is no worse torture, than the torture of laws".

47 — Întemeindu-se pe acest fapt, Republica Italiană și Acoset SpA nu ezită să califice acest fenomen drept concesionare. În plus, astfel cum a reieșit din ședință, durata depinde de costul investiției, întrucât cheltuielile trebuie amortizate.

48 — În „Le partenariat public/privé à la croisée des chemins, entre marché et concession", publicat în *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, nr. 487, aprilie 2005, p. 237, R. Passerieux și J. M. Thouvenin văd în suprapunerea acestor categorii principala sursă de incertitudine juridică, cu riscul reclasificării ca „PPP marchés" a contractelor încheiate inițial sub imperiul regimului flexibil al concesiunii („PPP concessions").

este vorba despre o concesionare de servicii publice [49].

77. În plus, transferul „riscului legat de exploatare” [50] este unul dintre cele mai valoroase indicii pentru clarificarea acestei distincții, întrucât reprezintă un element esențial al concesiunii [51], în timp ce în contract acesta nu există [52].

78. Însă instanța de trimitere trebuie să rămână vigilentă, întrucât pot exista și alte obstacole în demersul său în vederea delimitării în prezenta cauză; astfel, pe lângă gestiunea serviciului, lucrările trebuie să permită de asemenea acest lucru, fapt care impune instanței de trimitere să analizeze diferențele dintre „contract de achiziții publice de servicii”, „concesionare de lucrări” și „concesionare de servicii” [53].

79. Articolul 18 din Directiva 2004/17 exclude din domeniul său de aplicare „concesiunil[e] de lucrări și de servicii care sunt atribuite de entități contractante care desfășoară una sau mai multe dintre activitățile menționate la articolele 3-7, în cazul în care aceste concesiuni sunt atribuite pentru desfășurarea acestor activități”. De remarcat că, spre deosebire de Directiva 2004/18, care, la articolul 17, exclude numai concesionările de servicii, Directiva 2004/17 exclude de asemenea concesionările de lucrări, de unde reiese că, în conformitate cu o interpretare sistematică a articolului 12 din Directiva 2004/18, concesionările de lucrări, chiar și atunci când privesc sectoare specifice (cum ar fi cel al apei), nu sunt subordonate decât normelor care reglementează sectoarele tradiționale [54].

80. Pentru a depăși confuzia care poate rezulta din contractele care au ca obiect mai multe activități (de exemplu, un serviciu al apelor care necesită executarea de lucrări), Directiva 2004/17 adoptă norma obiectivă potrivit căreia un astfel de contract se supune normelor aplicabile activității căreia îi este destinat în principal [articolul 9 alineatul (1)], în conformitate cu jurisprudența care respinge calificarea drept contract „de lucrări” atunci când aceste lucrări sunt accesorii în raport cu serviciile și cu furnizarea de bunuri [55].

81. Acestea fiind spuse, este evident că normele și principiile fundamentale ale tratatului reglementează concesionarea de servicii, în timp ce concesionarea de lucrări este

49 — Hotărârea din 10 noiembrie 1998, BFI Holding (C-360/96, Rec., p. I-6821), și Hotărârea din 13 octombrie 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rec., p. I-8585).

50 — Trebuie subliniată insistența cu care reprezentantul Acoset SpA a arătat în ședință că acest risc revenea asociatului privat.

51 — Hotărârea din 18 iulie 2007, Comisia/Italia (C-382/05, Rep., p. I-6657, punctul 34), și Hotărârea din 13 noiembrie 2008, Comisia/Italia (C-437/07, punctul 29).

52 — Hotărârea din 27 octombrie 2005, Contse și alții (C-234/03, Rec., p. I-9315, punctul 22).

53 — O contribuție la acest demers de clarificare poate fi găsită în reflecțiile lui Gimeno Feliú, J. M., „La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma”, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2006, p. 151-175, care se întemeiază pe o analiză conceptuală a diverselor tipologii.

54 — Excluderea concesionărilor din domeniul de aplicare al directivelor privind contractele de achiziții publice a fost avută în vedere în Ordonanța din 30 mai 2002, Buchhändler-Vereinigung (C-358/00, Rec., p. I-4685), însă Hotărârea din 7 decembrie 2000, Telaustria și Telefonadress (C-324/98, Rec., p. I-10745), a inclus concesionările de lucrări în domeniul de aplicare al normelor care reglementează sectoarele tradiționale.

55 — Hotărârea Curții din 9 aprilie 2004, Gestión Hotelera Internacional (C-331/92, Rec., p. I-1329).

reglementată în plus de Directiva 2004/18, în cazul în care este atinsă valoarea care declanșează aplicarea acesteia din urmă.

84. Pragmatismul, aspirația logică a oricărui sistem juridic, nu trebuie erijat în temei exclusiv al unui raționament juridic. Sub această rezervă, împărtășim opinia Comisiei, pe care o completăm cu o analiză a cerințelor impuse de Comunitate în privința contractelor de achiziții publice și a concesionărilor, care, prin osmoză, definesc contextul în care sunt utilizate PPPI.

D — *Parametrii de control ai PPPI*

82. Incertitudinile create de articolul 113 alineatul 5 litera b) din Decretul legislativ italian nr. 267/2000 se reduc la necesitatea de a stabili dacă, pe lângă cererea de ofertă pentru selectarea asociatului privat, este de asemenea necesară o cerere de ofertă pentru atribuirea prestației [56]. Dacă ar fi necesară o singură cerere de ofertă, ar trebui aprofundate temeiurile juridice ale validității acesteia în raport cu libertatea de stabilire (articolul 43 CE), cu libera prestare a serviciilor (articolul 49 CE) și cu normele în materia concurenței (articolul 86 CE).

85. Recurgerea la o procedură dublă de cerere de ofertă nu este compatibilă cu reducerea formalităților procedurale care stă la baza PPPI, întrucât crearea acestora reunește într-un singur demers alegerea unui element economic privat și atribuirea contractului de achiziții publice sau a concesiunii către entitatea cu capital mixt.

86. Strict vorbind, eficacitatea nu poate fi opusă principiului legalității, întrucât aceasta trebuie dobândită cu respectarea acestui principiu, astfel încât nu poate fi invocată decât nelegalitatea unei gestiuni ineficiente.

1. O unică cerere de ofertă cu o dublă finalitate

83. În comunicarea sa, Comisia consideră că „o dublă procedură (prima pentru selectarea partenerului privat în cadrul PPPI și a doua pentru atribuirea contractului de achiziții publice sau a concesiunii către entitatea cu capital mixt) este greu de aplicat”.

87. Atunci când le sunt respectate limitele [57], PPPI devin în mod obligatoriu indicatori fiabili ai unei ponderări întemeiate pe impe-

56 — Aceasta este teza susținută de Conferința primarilor și a președintelui provinciei, precum și de municipalitatea din Vittoria.

57 — Și anume cele care rezultă din dreptul la o bună administrare prevăzut de Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene la articolul 41, în capitolul V, consacrat cetățeniei, pe care se întemeiază interdicția de a priva justițiabilii de dreptul lor la apărare, susținută în Concluziile noastre prezentate la 27 noiembrie 2007, urmate parțial de Curte în Hotărârea din 15 mai 2008, SECAP (C-147/06 și C-148/06, Rep., p. I-3565).

rativele raționalității, motivării, coordonării și economiei, care încurajează o administrație responsabilă să asigure bunăstarea colectivă și, în același timp, o îndepărtează de funcția sa de simplă „curea de transmisie” [58] a legii.

88. Una dintre soluții rezidă în faptul că întreprinderea care se integrează în noua entitate acționează în realitate, atunci când își asumă furnizarea serviciului, precum un contractant sau un concesionar; acest lucru este de altfel evident, întrucât, pe lângă variabilele referitoare la gestiunea societății comerciale, unul dintre criteriile de selecție a întreprinderii este capacitatea acesteia de a furniza serviciul [59].

89. Prin urmare, selectarea societății căreia i se atribuie contractul sau a concesionarului rezultă indirect din selectarea asociatului industrial, a cărui activitate este, așadar, foarte importantă. O definiție exactă a caracteristicilor acestora ar preveni manipularea PPPI în scopul eludării unor noi proceduri de cerere de ofertă publică.

90. Această situație este legată de rațiunea de a exista a PPPI, care, în prezenta cauză, este constituită de serviciul integrat al apelor, astfel cum arată mențiunea privind un „obiect de activitate unic” din întrebarea preliminară.

91. În plus, obiectivul PPPI trebuie să rămână neschimbat pe tot parcursul executării sale [60], cu toate că nimic nu împiedică adaptarea acestuia la inovațiile sau la perspicacitatea asociatului privat, în măsura în care condițiile esențiale [61] ale cererii de ofertă [62] nu sunt modificate.

92. Potrivit indicațiilor oferite de instanța de trimitere, această condiție pare a fi respectată, întrucât caietul de sarcini prevedea că atribuirea lucrărilor [63] care nu sunt executate direct de asociatul privat este reglementată de „procedurile concurențiale prevăzute de lege”.

93. Republica Italiană arată totuși, la punctul 8 din observațiile sale, că, în temeiul

58 — „Transmission belt”: expresia este preluată din articolul, deja clasic, al lui Stewart, R. B., „The reformation of American Administrative Law”, *Harvard Law Review,* vol. 88, nr. 8, 1975, p. 1675.

59 — Având în vedere că o singură procedură trebuie să fie suficientă pentru a îndeplini toate criteriile în cauză, își pierde din forță susținerea municipalității din Vittoria potrivit căreia, ca urmare a diferențelor de conținut și de finalitate, procedura de cerere de ofertă pentru selectarea asociatului privat nu se poate suprapune cu aceea privind atribuirea serviciului.

60 — Acesta este un punct decisiv în prezenta cauză, dată fiind durata de 30 de ani care fusese stabilită.

61 — În conformitate cu punctul 116 din Hotărârea Curții din 29 aprilie 2004, Comisia/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, Rec., p. I-3801), o condiție este esențială dacă prezența sa într-un anunț de participare sau în caietul de sarcini ar fi permis ofertantului să prezinte o ofertă substanțial diferită.

62 — Fără a aduce atingere excepțiilor prevăzute la articolele 31 și 61 din Directiva 2004/18, precum și la articolul 40 alineatul (3) literele (f) și (g) din Directiva 2004/17, orice modificare a condițiilor esențiale ale contractului care nu a fost prevăzută în caietul de sarcini necesită o nouă procedură de cerere de ofertă (Hotărârea din 5 octombrie 2000, Comisia/Franța, C-337/98, Rec., p. I-8377, punctul 50).

63 — Inițial cele indicate în planul operațional trienal aprobat de Conferința primarilor la 15 decembrie 2003.

ius variandi, clauza inserată în acest caiet de sarcini lasă se întrevadă posibilitatea unei cotări la bursă a unei părți din capitalul acționarilor publici.

94. Din punct de vedere contractual, anumite modificări, care nu sunt fundamentale, pot fi autorizate în cursul fazei de execuție, chiar dacă este necesară în acest sens o autorizație expresă, pentru asigurarea transparenței și pentru a nu denatura contractul în cauză [64].

95. Guvernul italian a arătat în observațiile sale scrise că, independent de faptul că vânzarea la bursă ar putea modifica uniformitatea condițiilor, acest transfer de capital ar determina încetarea existenței entității, întrucât statutul acesteia prevede o „participație publică majoritară", a cărei dispariție ar conduce mai degrabă la desființarea entității în cauză decât la plasarea acesteia într-o situație nelegală. Cu toate acestea, agentul guvernului italian a nuanțat această poziție în ședință prin trimiterea la „forme alternative de control" care nu se întemeiază pe deținerea de capital; suntem de acord cu această afirmație, cu condiția ca participația privată crescută să nu denatureze prevalența elementului public în cadrul societății, indiferent că aceasta se datorează deținerii capitalului majoritar sau, cel puțin, influenței indiscutabile a acesteia asupra deciziilor strategice referitoare la distribuția apei [65].

64 — Hotărârea Curții Comisia/CAS Succhi di Frutta, citată anterior.

65 — În orice caz, trebuie reținut că statutul societății cu capital mixt se referă la o „participație publică majoritară", astfel încât, indiferent de eforturile făcute pentru a asigura continuarea existenței societății, dacă partea publică a capitalului ar scădea sub 50 %, una dintre condițiile esențiale ale constituirii acestei societăți ar dispărea.

2. Societate cu capital mixt și prestații „in house": două realități opuse

96. Majoritatea observațiilor prezentate în speță se referă la activități exercitate cu ajutorul mijloacelor proprii, chiar dacă respectivele concluzii variază: unele intervenient citează aceste exemple pentru a afirma că acestea nu constituie temeiul juridic al „serviciului integrat al apelor" propus, în timp ce altele le menționează pentru a sublinia diferențele în raport cu PPPI.

97. În opinia noastră, cererea de ofertă publică este justificată în cazul serviciilor „in house" și al anumitor PPPI care sunt conforme atât principiului transparenței, cât și principiilor egalității de tratament și nediscriminării.

98. Jurisprudența a exclus aplicarea articolelor 12 CE, 43 CE și 49 CE, precum și a principiilor generale a căror expresie specifică o reprezintă acestea în cazul în care controlul exercitat de autoritatea publică concedentă asupra entității concesionare este analog celui pe care aceasta din urmă îl exercită asupra propriilor servicii și dacă concesionarul desfășoară partea cea mai importantă a activității sale cu entitatea care îl controlează [66].

66 — Hotărârea din 18 noiembrie 1999, Teckal (C-107/98, Rec., p. I-8121), punctul 50, Hotărârea din 13 octombrie 2005, Parking Brixen, citată anterior, punctul 62, și Hotărârea din 13 noiembrie 2008, Coditel Brabant SA (C-324/07, Rep., p. I-8457, punctul 26).

99. Activitatea unei societăți al cărei capital nu este exclusiv public se situează, prin definiție, în afara sferei criteriilor „in house”, întrucât intervenția unei întreprinderi private lipsește autoritatea publică de posibilitatea de a exercita „controlul analog” evocat la punctul anterior [67].

100. Deși suntem conștienți de lipsa unor norme clare cu privire la stabilirea procentelor care pot conduce la un astfel de control, considerăm că ar fi foarte utilă clarificarea poziției Curții cu privire la acest aspect.

101. Pe de o parte, în anumite hotărâri, împrejurarea că autoritatea publică concedentă deține totalitatea capitalului unei societăți contractante tinde să indice, în principiu, că această autoritate exercită asupra acestei societăți un control analog celui pe care îl exercită asupra propriilor servicii [68].

102. *A contrario sensu,* participația privată exclude ipoteza unei operațiuni „in house”, astfel cum se arată în Hotărârea Stadt Halle și RLP Lochau, precum și în Hotărârea Coname, în care chiar o participație privată minoritară exclude un astfel de control.

103. Pe de altă parte, această jurisprudență își pierde claritatea atunci când, întemeindu-se pe Hotărârea Asemfo, Curtea susține că, „în anumite împrejurări, condiția privind controlul exercitat de autoritatea publică contractantă poate fi îndeplinită în cazul în care aceasta nu deține decât 0,25 % din capitalul unei întreprinderi publice” [69].

104. Parteneriatul propus de Conferința primarilor și a președintelui provinciei, precum și de municipalitățile din Ragusa impunea asociatului privat să subscrie 49 % din capitalul social al noii societăți [70], procent prea ridicat pentru a conferi activităților un caracter „in house”, întrucât ar trebui să se stabilească în fața instanței naționale că acționariatul public are o influență suficientă pentru a prevala asupra voinței partenerului privat în materie de obiective strategice ale entității [71].

3. Un exercițiu de segregare juridică

105. Întrucât este exclus faptul că această societate cu capital mixt poate constitui instrumentul unei operațiuni „in house”, rămâne de stabilit dacă geneza acesteia permite să nu se recurgă la o cerere de ofertă publică pentru atribuirea serviciilor apelor.

67 — Aceasta reiese din Hotărârea Curții din 11 ianuarie 2005, Stadt Halle și RPL Lochau (C-26/03, Rec., p. I-1, punctul 49), și din Hotărârea Curții din 21 iulie 2005, Coname (C-231/03, Rec., p. I-7287, punctul 26).

68 — Hotărârea Carbotermo (C-340/04, Rec., p. I-4137, punctul 37) și Hotărârea din 19 aprilie 2007, Asemfo (C-295/05, Rep., p. I-2999, punctul 57).

69 — Hotărârea Coditel, citată anterior, punctul 53, care face trimitere la punctele 56-61 din Hotărârea Asemfo, care nu fac totuși nicăieri referire la acest procent de participație.

70 — Punctul II.7 din observațiile prezentate de Acoset și punctul 5 din observațiile guvernului italian.

71 — Hotărârile citate anterior Parking Brixen și Carbotermo.

106. Fără a dori să ajungem la demontarea categoriei juridice a „parteneriatului public-privat interinstituțional”, considerăm că este necesar să individualizăm elementele acestuia.

107. Nimic nu se opune constituirii, de către colectivitățile teritoriale publice, a unei persoane juridice, cu sarcinile conexe de redactare a statutului acesteia, de subscriere a capitalului și de asociere cu orice persoană considerată potrivită.

108. De asemenea, nu se poate imputa nimic publicării unei oferte care urmărește integrarea în această societate a unor particulari dispuși să investească în funcționarea acesteia.

109. Lipsa totală a cererii de ofertă în cadrul atribuirii de servicii este incompatibilă cu articolele 43 CE și 49 CE și cu principiile egalității de tratament și nediscriminării; această lipsă viciază constituirea „serviciului integrat al apelor”, însă remediul la această situație rezidă în criteriile de selecție a asociatului privat.

110. Candidații trebuie să facă, într-adevăr, dovada capacității lor personale și financiare de a deveni acționari, însă capacitatea lor tehnică și avantajele economice și alte avantaje ale ofertei lor trebuie să prevaleze în cadrul elementelor care trebuie luate în considerare.

111. Astfel, comunicarea privind PPPI precizează că „faptul că o entitate privată și o entitate contractantă cooperează în cadrul unei entități cu capital mixt nu poate justifica nerespectarea dispozițiilor privind contractele de achiziții publice și concesiunile în momentul atribuirii contractelor de achiziții publice sau a concesiunilor către entități private sau către entități cu capital mixt”.

112. Prin urmare, validitatea materială a PPPI se întemeiază pe echitate și pe publicitate, astfel încât toți candidații, declarați sau potențiali, să aibă acces la informații suficiente cu privire la proiectul autorității contractante de a crea o entitate cu capital mixt pentru a-i atribui un contract de achiziții publice sau o concesiune.

113. Cerința publicității decurge, pentru contractele de achiziții publice, de la articolul 41 și următoarele din Directiva 2004/17 și de la articolele 35, 36 și 58 din Directiva 2004/18; pentru concesionările de servicii publice, jurisprudența [72] a impus această cerință pentru a menține principiile trans-

72 — Hotărârea din 7 decembrie 2000, Telaustria și Telefonadress (C-324/98, Rec., p. I-10745, punctele 60-62), și Hotărârea Coname, citată anterior (punctele 16-19).

parenței, egalității de tratament și nediscriminării pe motiv de naționalitate [73].

114. Curtea a considerat că articolele 43 CE și 49 CE reflectă principiul egalității de tratament [74] și pe cel al interdicției discriminării pe motiv de naționalitate [75].

115. În ceea ce privește concurența, am recomandat, în Concluziile noastre prezentate în cauza Ing. Aigner, să se corecteze miopia celor care ar dori să cantoneze dreptul comunitar al contractelor de achiziții publice într-un rol de simplu coordonator al procedurilor de atribuire, întrucât obiectivul acestuia este mult mai ambițios: acela de a dezvolta o concurență efectivă în acest sector, prin realizarea libertăților esențiale pentru integrarea europeană [76].

116. Este adevărat că această doctrină se referă la contractele de achiziții publice, însă trebuie de asemenea stopată denaturarea concurenței în domeniul concesionărilor de servicii publice [77], care au la bază aceleași principii ale tratatului, chiar dacă gama de concepte naționale cu privire la „concesionare", la „serviciile publice de interes general", la „drepturile speciale" și la „drepturile exclusive" ascunde legătura acestora cu articolele 81 CE, 82 CE și 86 CE [78].

4. Corolar

117. Răspunsul la întrebarea preliminară nu poate fi decât afirmativ, din rațiuni elementare

73 — Ofertanții trebuie să aibă șanse egale, indiferent de naționalitatea lor (Hotărârea din 25 aprilie 1996, Comisia/Belgia, C-87/94, Rec., p. I-2043, punctele 33 și 54).

74 — Hotărârea din 5 decembrie 1989, Comisia/Italia (C-3/88, Rec., p. 4035, punctul 8).

75 — Hotărârea din 8 octombrie 1980, Überschär (810/79, Rec., p. 2747, punctul 16).

76 — Considerentul (2) al Directivei 2004/18, considerentul (9) al Directivei 2004/17, precum și Hotărârea Curții din 22 iunie 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Rec., p. 1839, punctul 18 *in fine*), Hotărârea Curții din 10 noiembrie 1998, BFI Holding, citată anterior, punctul 41, Hotărârea din 3 octombrie 2000, University of Cambridge (C-380/98, Rec., p. I-8035, punctul 16), Hotărârea din 1 februarie 2001, Comisia/Franța (C-237/99, Rec., p. I-939, punctul 41), Hotărârea Stadt Halle și RPL Lochau, citată anterior (punctul 44), și Hotărârea Carbotermo, citată anterior (punctul 58).

77 — În „Servicio público y mercado. Los fundamentos", vol. I, Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 40, S. Muñoz Machado elimină îndoielile explicând că Europa nu dezavuează noțiunea de serviciu public, ci doar dorește să o adapteze la un mediu concurențial, ceea ce conduce la o nouă provocare, dar în niciun caz la eliminarea acesteia.

78 — Aceste aspecte au făcut obiectul unei sinteze de Neergaard, U., „The concept of concession in the EU public procurement law versus EU competition law and national law", *The new EU public procurement Directives,* Ed. Ruth Nielsen & Steen Treumer, Djøf Publishing, 2005, p. 149-181.

de eficiență în gestiunea administrativă și cu condiția ca garanțiile care derivă din dreptul comunitar să nu fie încălcate.

118. Libertățile fundamentale prevăzute de tratat impun asigurarea transparenței și lipsa discriminării în cadrul unei cereri de ofertă publice pentru selectarea partenerului privat al entității, a cărei soartă este legată, cu excepția unor modificări minore, de gestiunea serviciului al cărui titular formal este societatea cu capital mixt, în timp ce întreprinderea privată asigură executarea acestuia pe plan practic.

119. Criteriile de selecție a părții private trebuie să se întemeieze nu numai pe aportul de capital, ci și pe experiența acestuia și pe caracteristicile ofertei sale în ceea ce privește prestațiile specifice care trebuie furnizate.

120. Instanța de trimitere trebuie să evalueze dacă anunțul publicat în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* este suficient pentru protejarea concurenței, a liberei prestări a serviciilor și a libertății de stabilire, precum și a intereselor potențialelor persoane interesate.

121. În plus, pentru a evita ca asociatul privat să beneficieze de avantaje necuvenite față de concurenții săi [79], instanța națională va trebui să examineze dacă acesta a fost selectat în conformitate cu procedura prevăzută de Directivele 2004/17 și 2004/18, cu condiția, desigur, ca termenii PPPI să corespundă celor ai unui contract de servicii sau ai unei concesionări de lucrări.

122. Pentru a se pronunța, instanța de trimitere va trebui să stabilească dacă PPPI din Ragusa cuprinde un contract de achiziții publice sau o concesionare și dacă, astfel cum a fost arătat mai sus, se referă la lucrări sau la un serviciu public; aceasta va putea defini astfel regimul juridic obligatoriu impus de o atribuire corectă și de o publicitate completă.

79 — Comunicarea include câteva indicații fiabile, în măsura în care aceasta prevede includerea în anunțul de participare sau în caietul de sarcini a unor informații fundamentale cu privire la contractul de achiziții publice sau la concesiunea care trebuie atribuită entității cu capital mixt care urmează a fi creată, precum și cu privire la statutul acestei entități. Comunicarea recomandă de asemenea transmiterea de informații cu privire la pactele acționarilor, la relația contractuală dintre entitatea contractantă și partenerul privat, pe de o parte, și entitatea cu capital mixt care urmează a fi creată, pe de altă parte, precum și cu privire la posibilitățile de reînnoire sau de modificare a contractului de achiziții publice sau a concesiunii și cu privire la posibilitățile de atribuire a unor noi sarcini.

VII — Concluzie

123. Pentru aceste motive, propunem Curții să răspundă la întrebarea preliminară adresată de Tribunale amministrativo regionale della Sicilia declarând că:

„Articolele 43 CE, 49 CE și 86 CE, 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 și Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale nu se opun atribuirii directe a unui serviciu public care implică realizarea prealabilă a anumitor lucrări către o societate cu capital mixt, public și privat, creată special în acest scop, dacă sunt îndeplinite următoarele condiții:

— societatea păstrează acest obiect de activitate unic pe parcursul întregii sale existențe;

— asociatul privat este selectat în urma unei cereri de ofertă publice, după verificarea condițiilor financiare, tehnice, operaționale și de gestiune, precum și a caracteristicilor ofertei acestuia în raport cu serviciul care trebuie prestat;

— asociatul privat își asumă, în calitate de partener industrial, prestarea serviciului și executarea lucrărilor;

— procedura de cerere de ofertă este conformă cu principiile liberei concurențe, transparenței și egalității de tratament impuse de dreptul comunitar în cazul concesionărilor și respectă, dacă este cazul, regulile de publicitate și de atribuire proprii contractelor de achiziții publice.”