# CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL
# JULIANE KOKOTT
prezentate la 13 martie 2008 [1]

## I — Introducere

1. În speță, Bundesvergabeamt austriac a adresat Curții o listă de întrebări extrem de lungă, privind interpretarea a diferite dispoziții de drept comunitar din materia contractelor de achiziții publice. În acest sens, este vorba, în principal, despre interpretarea termenului „atribuire" în sensul conferit de dreptul în materia atribuirii contractelor. În esență, urmează a se clarifica în ce condiții se poate considera că modificările aduse unui contract existent constituie o nouă atribuire a unui contract de achiziții publice de servicii, având drept consecință faptul că în prealabil trebuie să aibă loc, eventual, o procedură de atribuire și că întreprinderile nereținute beneficiază de protecție juridică.

2. Această cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare are la origine un litigiu de amploare privind prestarea de servicii de agenție de presă în favoarea autorităților federale austriece, în cadrul căruia pressetext Nachrichtenagentur, un operator relativ nou pe piața austriacă, contestă prin mijloace legale relațiile contractuale care există în mod tradițional între Republica Austria și Austria Presse Agentur, societate având o existență îndelungată, relații contractuale care au făcut obiectul unor modificări în anii 2000, 2001 și 2005.

## II — Cadrul juridic

### A — *Dreptul comunitar*

3. Cadrul juridic comunitar al acestei cauze este reprezentat de două directive din materia dreptului contractelor de achiziții publice, și anume:

— Directiva 92/50/CEE a Consiliului din 18 iunie 1992 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor

1 — Limba originală: germana.

de achiziții publice de servicii [2] (denumită în continuare „Directiva 92/50”) și

— 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 [3], astfel cum a fost modificată prin Directiva 92/50 (denumită în continuare „Directiva 89/665”) [4].

## 1. Dispozițiile relevante ale Directivei 92/50

4. În cadrul dispozițiilor generale din titlul I din Directiva 92/50, articolul 1 litera (f) conține următoarea definiție:

„[În sensul prezentei directive,] «proceduri negociate» sunt acele proceduri naționale prin care autoritățile contractante consultă prestatori de servicii selectați și negociază condițiile contractuale cu unul sau mai mulți dintre ei”. [traducere neoficială]

5. Articolul 3 din Directiva 92/50, care de asemenea face parte din titlul I, prevede printre altele:

„(1) Pentru atribuirea contractelor de achiziții publice de servicii sau pentru organizarea unui concurs, autoritățile contractante aplică proceduri adaptate prezentei directive.

(2) Autoritățile contractante iau măsurile necesare pentru evitarea oricărei discriminări a prestatorilor de servicii.

[…]” [traducere neoficială]

6. În cadrul titlului II din Directiva 92/50, în partea intitulată „Aplicare pe două niveluri”, se regăsesc articolele 8-10, care au următoarea formulare:

2 — JO L 209, p. 1. Această Directivă a fost abrogată și înlocuită cu 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). Totuși, această ultimă modificare urma să fie transpusă în dreptul național doar la 31 ianuarie 2006. Deoarece nu a fost transpusă la timp în dreptul austriac, această modificare este lipsită de semnificație pentru acțiunea principală, care privește anii 2000, 2001 și 2005.

3 — JO L 395, p. 33, Ediție specială, 06/vol. 1, p. 237.

4 — Alte modificări ale acestei Directive au fost aduse prin Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007 de modificare a Directivelor 89/665/CEE și 92/13/CEE ale Consiliului în ceea ce privește ameliorarea eficacității căilor de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice (JO L 335, p. 31, denumită în continuare „Directiva 2007/66”). Totuși, aceste modificări nu au intrat în vigoare decât la 9 ianuarie 2008 și trebuiau transpuse înainte de 20 decembrie 2009. Ele nu au, așadar, nicio incidență asupra situației de fapt din acțiunea principală.

„*Articolul 8*

Contractele care au ca obiect serviciile enumerate în anexa I A se atribuie în conformitate cu dispozițiile titlurilor III-VI.

*Articolul 9*

Contractele care au ca obiect serviciile enumerate în anexa I B se atribuie în conformitate cu dispozițiile articolelor 14 și 16.

*Articolul 10*

Contractele care au ca obiect în același timp servicii prevăzute în anexa I A și servicii prevăzute în anexa I B se atribuie în conformitate cu dispozițiile titlurilor III-VI în cazul în care valoarea serviciilor menționate în anexa I A depășește valoarea serviciilor menționate în anexa I B. În celelalte cazuri, contractul se atribuie în conformitate cu dispozițiile articolelor 14 și 16.” [traducere neoficială]

7. Titlul III din Directiva 92/50 este „Alegerea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții și regulile aplicabile concursurilor”. În cadrul acestui titlu se găsește articolul 11 alineatul (3), care conține următoarea dispoziție:

„Autoritățile contractante pot atribui contractele de achiziții publice de servicii printr-o procedură de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în următoarele cazuri:

[…]

(b) pentru servicii a căror executare, din motive tehnice, artistice sau referitoare la protecția dreptului de exclusivitate, nu poate fi încredințată decât unui prestator determinat;

[…]”. [traducere neoficială]

8. Articolul 31 alineatul (3) din Directiva 92/50, care face parte din titlul VI, dispune:

„Dacă, dintr-un motiv întemeiat, un prestator de servicii nu este în măsură să prezinte dovezile solicitate de autoritatea contractantă, atunci acesta va putea să facă dovada capacității sale financiare și economice prin prezentarea altor acte doveditoare, considerate de autoritatea contractantă ca fiind adecvate”. [traducere neoficială]

2. Dispozițiile relevante ale Directivei 89/665

9. La articolul 1 din Directiva 89/665 se prevede:

„(1) Statele membre adoptă măsurile necesare pentru a asigura că, în ceea ce privește procedurile de atribuire a contractelor care intră în domeniul de aplicare al Directivelor 71/305/CEE, 77/62/CEE și 92/50/CEE, deciziile luate de autoritățile contractante pot face obiectul unor căi de atac eficiente și, în special, cât mai rapide posibil în conformitate cu condițiile stabilite în articolele de mai jos […], pe motiv că respectivele decizii au încălcat legislația comunitară în domeniul achizițiilor publice sau reglementările de drept intern pentru punerea în aplicare a acestei legislații.

(2) Statele membre adoptă măsurile necesare pentru a asigura că nu există nicio discriminare între întreprinderile care susțin că au fost lezate în contextul unei proceduri de atribuire a unui contract ca rezultat al distincției făcute de prezenta directivă între reglementările de drept intern de punere în aplicare a legislației comunitare și alte reglementări de drept intern.

(3) Statele membre adoptă măsurile necesare pentru a asigura că procedurile privind căile de atac sunt accesibile, în conformitate cu reglementări detaliate care pot fi stabilite de statele membre, cel puțin oricărei persoane care este sau a fost interesată de obținerea unui anumit contract public, achiziție de produse sau a unui contract public de lucrări și care a fost sau riscă să fie lezată de o presupusă încălcare. În special, statele membre pot pretinde ca persoana care formulează acțiune în calea de atac să fi notificat, în prealabil, autoritatea contractantă asupra presupusei încălcări și asupra intenției sale de a formula acțiune în calea de atac.”

10. Articolul 2 din Directiva 89/665 prevede că:

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

[…]

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

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

(2) Competențele specificate la alineatul (1) pot fi acordate unor organisme separate, responsabile de diverse aspecte ale procedurii privind căile de atac.

[…]

(5) Statele membre pot prevedea că, în cazul în care se pretind daune interese pe motiv că o decizie a fost luată în mod ilegal, decizia contestată trebuie mai întâi anulată de către un organism care deține competențele necesare.

[…]”

B — *Dreptul național*

11. Din dreptul austriac trebuie menționat articolul 331 din Legea federală privind atribuirea contractelor de achiziții publice (Bundesvergabegesetz), în versiunea intrată în vigoare la 1 februarie 2006 [5] (denumită în continuare „BVergG 2006”), care constituie temeiul juridic pentru procedura de constatare desfășurată în fața Bundesvergabeamt și care prevede, printre altele:

„(1) Un operator economic care avea interesul de a încheia un contract care intră în domeniul de aplicare al acestei legi federale poate, în măsura în care a suferit un prejudiciu ca urmare a încălcării invocate, să solicite constatarea faptului că:

1. alegerea atribuirii directe sau a unei proceduri de atribuire fără publicare prealabilă a fost ilegală ca urmare a încălcării acestei legi federale sau a regulamentelor sale de aplicare sau a încălcării legislației comunitare aplicabile direct sau

[…]

4. o adjudecare directă în favoarea unui operator economic, în lipsa participării altor întreprinderi la procedură, a fost în mod evident inadmisibilă conform prevederilor acestei legi federale”.

12. În temeiul articolului 332 alineatele (2) și (3) din BVergG 2006, dreptul de a solicita constatarea conform articolului 331 din BVergG 2006 se stinge cel târziu la șase luni de la data atribuirii contractului de achiziții.

5 — BGBl. I nr. 17/2006.

13. Din prevederile articolului 132 alineatul (3) din BVergG 2006 rezultă că admiterea cererii, în temeiul articolului 331 alineatul (1) punctul 4, are ca efect anularea contractului la momentul la care hotărârea în constatare a rămas definitivă.

14. Procedura de constatare trebuie diferențiată de acțiunea în despăgubiri, care intră în competența de soluționare a instanțelor judecătorești civile austriece, și nu a Bundesvergabeamt. Conform articolului 341 alineatul (2) din BVergG 2006, acțiunea în despăgubiri poate fi admisă numai cu condiția ca, în prealabil, procedura în constatare să se fi bucurat de succes.

## III — Situația de fapt și procedura principală

15. Această cauză are la origine o situație de fapt care, plecând de la informațiile furnizate de ordonanța de trimitere, poate fi rezumată după cum urmează.

A — *Agențiile de presă care au participat la această procedură*

16. Austria Presse Agentur (denumită în continuare „APA") a fost înființată după Al Doilea Război Mondial [6] în Austria, sub forma unei cooperative [7], cvasitotalitatea cotidienelor austriece, precum și radio-televiziunea austriacă, ORF, fiind membre ale acestei cooperative. Împreună cu filialele sale, APA reprezintă principalul operator pe piața austriacă a agențiilor de presă și furnizează în mod tradițional Republicii Austria diferite servicii de agenție de presă.

17. Reclamanta, pressetext Nachrichtenagentur GmbH (denumită în continuare „PN"), este prezentă pe piața austriacă a agențiilor de presă din anul 1999, însă la acel moment nu a întocmit decât într-o măsură limitată comunicate de presă pentru autoritățile federale austriece. De asemenea, PN are mai puțini colaboratori jurnaliști decât APA și nu dispune de arhive la fel de importante ca aceasta din urmă. În cursul anului 2004, PN și-a oferit serviciile de agenție de presă Republicii Austria, însă această ofertă nu a condus la încheierea unui contract.

6 — Din actele depuse la dosar rezultă că este vorba despre o cooperativă cu răspundere limitată înregistrată.

7 — „Österreichische Correspondenz", o organizație premergătoare APA, a fost înființată deja în 1849, la Viena.

B — *Raporturile contractuale litigioase dintre APA și Republica Austria*

18. În cursul anului 1994, așadar înainte de aderarea la Uniunea Europeană, Republica Austria a încheiat un așa-numit „contract de bază” cu APA, care prevedea prestarea anumitor servicii în schimbul unei remunerații [8]. Acest contract de bază permitea în principal autorităților federale austriece să consulte și să utilizeze informații de actualitate (funcție numită „serviciu de bază”), să solicite informații și comunicate de presă cu caracter istoric care provin dintr-o bază de date a APA numită „APADok” și de asemenea să utilizeze serviciul de texte originale ale APA, numit „OTS”, atât pentru informare proprie, cât și pentru difuzarea propriilor comunicate de presă. Baza de date APADok cuprinde datele serviciului de bază începând cu 1 ianuarie 1988, precum și comunicatele serviciului OTS începând cu 1 iunie 1989.

19. Contractul de bază a fost încheiat pentru o durată nedeterminată, sub rezerva unei clauze prin care părțile renunță la rezilierea acestuia până la 31 decembrie 1999. Acest contract prevedea de asemenea dispoziții legate de data primei majorări a prețurilor, de cuantumul maxim al fiecărei majorări și de indexarea prețurilor în baza indicelui prețurilor de consum pentru anul 1986, valoarea de referință fiind indicele calculat pentru anul 1994.

8 — Conform informațiilor furnizate de Prezidiul Bundeskanzleramt (Cancelaria Federală), care este parte în cadrul procedurii, în acest caz este vorba despre adaptarea unui raport contractual existent încă din 1946.

20. În cursul lunii septembrie 2000, APA a înființat filiala APA-OTS Originaltext-Service GmbH, pe care o deține în întregime (denumită în continuare „APA-OTS”). Între cele două societăți există un acord privind transferul beneficiilor și al pierderilor, din care reiese, potrivit APA și APA-OTS, că aceasta din urmă este integrată în APA din punct de vedere financiar, administrativ și economic și că trebuie să își conducă și să își administreze afacerile potrivit instrucțiunilor date de APA. În plus, APA-OTS este obligată să transfere beneficiile anuale către APA, care, la rândul său, este obligată, dacă este cazul, să suporte pierderile anuale ale APA-OTS.

21. APA a transferat către APA-OTS serviciul său de texte originale OTS. Republica Austria a fost informată cu privire la această modificare în cursul lunii octombrie 2000. Un colaborator al APA autorizat să o reprezinte a asigurat Bundeskanzleramt că, în urma acestui transfer de activități, APA răspunde în solidar cu APA-OTS, iar „prestația globală existentă” rămâne neschimbată. Conform propriilor declarații, Bundeskanzleramt și-a dat apoi acordul pentru ca serviciul OTS să fie furnizat de APA-OTS și, din acel moment, remunerația pentru acest serviciu a fost plătită direct către APA-OTS.

22. În cursul anului 2001, dispozițiile contractului de bază din 1994 legate de remunerație au fost modificate printr-un prim act adițional. Pe lângă conversia remunerațiilor din șilingi austrieci în euro, actul adițional prevedea, în ceea ce privește preluarea comunicatelor de presă emise de autoritățile federale în baza OTS pentru

anii 2002, 2003 și 2004, un plafon [9] al remunerației care nu putea fi depășit. În plus, clauza de indexare a fost adaptată prin raportare la un nou indice, care îl înlocuiește pe cel stabilit în contractul de bază.

23. În cursul lunii octombrie 2005, un al doilea act adițional, care a început să își producă efectele la 1 ianuarie 2006, a adus alte două modificări contractului de bază, astfel cum a fost modificat prin primul act adițional: reducerea aplicată remunerației aferente solicitărilor online adresate serviciilor de informații ale APA a fost majorată de la 15 % la 25 %, iar părțile au convenit prelungirea clauzei de renunțare la reziliere până la 31 decembrie 2008.

C — *Procedura în fața Bundesvergabeamt (procedura de constatare)*

24. PN solicită protecție juridică în fața Bundesvergabeamt împotriva operațiunilor care, din punctul său de vedere, sunt ilegale în temeiul dreptului contractelor de achiziții publice, referitoare la desemnarea APA-OTS ca prestator de servicii către Republica Austria și la cele două acte adiționale la contractul de bază încheiat între APA și Republica Austria.

25. Prin acțiunile formulate la 4 și la 19 iulie 2006, PN solicită, în temeiul dispozițiilor articolului 331 din BVergG 2006, ca Bundesvergabeamt să constate că divizarea contractului de bază în urma restructurării APA în cursul anului 2000, precum și actele adiționale încheiate în cursul anilor 2001 și 2005, calificate de aceasta drept „atribuire *de facto*", au fost ilegale; în subsidiar, solicită să se constate că alegerea procedurilor de atribuire menționate în cauză a avut un caracter ilegal [10].

26. În ceea ce privește termenele de introducere a acțiunilor, Bundesvergabeamt precizează că, dacă operațiunile contestate datează din anii 2000, 2001 și 2005, calea de atac din dreptul național împotriva atribuirii ilegale a unor contracte (și anume cererea de constatare cu efect rezolutoriu asupra contractului) nu a fost instituită decât mai târziu, cu efect de la 1 februarie 2006. Termenul prevăzut pentru introducerea unei astfel de acțiuni este de șase luni de la atribuirea ilegală. Bundesvergabeamt consideră că trebuie să se aplice articolul 1496 din Codul civil austriac (Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs, denumit în continuare „ABGB"), potrivit căruia, în cazul în care căile legale prevăzute nu pot fi utilizate, termenele de prescripție nu pot curge, cu condiția ca o astfel de aplicare să fie conformă cu dreptul comunitar.

9 — Aceste plafoane ale remunerațiilor se aplică în măsura în care comunicatele sunt transmise online.

10 — Conform ordonanței de trimitere, cererea principală formulată de PN se întemeiază pe dispozițiile articolului 331 alineatul (1) punctul 4 din BVergG 2006, iar cererea subsidiară pe articolul 331 alineatul (1) punctul 1 din aceeași lege.

**IV — Cererea de pronunțare a unei hotărâri preliminare și procedura în fața Curții**

27. Prin Ordonanța din 7 noiembrie 2006, redactată la 10 noiembrie 2006 și primită de Curte la 13 noiembrie 2006, Bundesvergabeamt a hotărât să suspende judecarea cauzei și să adreseze Curții următoarele întrebări preliminare:

„1) Termenul «atribuire» utilizat în articolul 3 alineatul (1) din Directiva 92/50 și termenul «a atribui» utilizat în articolele 8 și 9 din aceeași directivă trebuie să fie interpretate în sensul că includ și ipoteza în care o autoritate contractantă este de acord ca pe viitor să accepte serviciile unui prestator reprezentat de o societate de capitaluri, dacă serviciile respective erau anterior furnizate de un alt prestator, care este acționarul unic al prestatorului care îi succede și în același timp deține controlul acestuia, dându-i instrucțiuni? Într-o astfel de ipoteză, are consecințe juridice faptul că autoritatea contractantă nu are garanția că părțile sociale care constituie capitalul prestatorului succesor nu vor fi cedate unor terți pe toată durata contractului inițial? De asemenea, ce consecințe juridice are pentru autoritatea contractantă lipsa garanției că asociații prestatorului inițial, organizat sub forma unei cooperative, vor rămâne aceiași pe toată durata contractului?

2) Este vorba de asemenea despre «atribuire» în sensul articolului 3 alineatul (1) din Directiva 92/50 […] și al articolelor 8 și 9 din aceeași directivă în cazul în care, în perioada unui contract cu durată nedeterminată încheiat cu prestatorii de servicii pentru furnizarea unei prestații comune, o autoritate contractantă stabilește împreună cu acești prestatori modificarea remunerației pentru anumite prestații și reformulează o clauză de indexare, dacă aceste modificări au ca efect modificarea prețului și intervin cu ocazia introducerii euro?

3) Este vorba de asemenea despre «atribuire» în sensul articolului 3 alineatul (1) din Directiva 92/50 […] și al articolelor 8 și 9 din aceeași directivă în cazul în care, în perioada unui contract cu durată nedeterminată încheiat cu prestatorii de servicii pentru furnizarea unei prestații comune, o autoritate contractantă stabilește cu acești prestatori, printr-un act adițional, să reînnoiască pentru trei ani o clauză de renunțare la reziliere devenită caducă la data încheierii actului adițional, dacă această modificare a contractului implică acordarea unei reduceri mai importante decât cea convenită anterior pentru anumite prețuri stabilite în funcție de cantitate, într-un domeniu specific?

4) În cazul unui răspuns afirmativ la una dintre cele trei întrebări precedente, în sensul că este vorba despre atribuirea unui contract:

Articolul 11 alineatul (3) litera (b) din Directiva 92/50 sau alte dispoziții de drept comunitar, precum, spre exemplu,

principiul transparenței, trebuie interpretate în sensul că autorizează autoritatea contractantă să atribuie prestații din cadrul unui contract de achiziții publice de servicii unic printr-o procedură de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare atunci când o parte din prestațiile de servicii cuprind drepturi de exclusivitate de tipul menționat la articolul 11 alineatul (3) litera (b) din Directiva 92/50? Sau principiul transparenței sau alte dispoziții de drept comunitar impun ca, în cazul atribuirii unui contract de achiziții care are ca obiect în principal prestații nerezervate, să se procedeze totuși la publicarea unui anunț de participare înainte de atribuirea contractului, pentru a permite întreprinderilor interesate să verifice dacă sunt atribuite într-adevăr prestații supuse unui drept de exclusivitate? Sau dispozițiile dreptului comunitar în materia atribuirii contractelor de achiziții publice impun, într-un asemenea caz, ca prestațiile să fie atribuite în cadrul unor proceduri de atribuire distincte, după cum acestea fac sau nu fac obiectul unui drept de exclusivitate, pentru a permite cel puțin o concurență parțială?

5) Dacă răspunsul la a patra întrebare este că o autoritate contractantă are dreptul să atribuie serviciile care nu presupun drepturi de exclusivitate împreună cu cele care presupun astfel de drepturi în cadrul unui contract de achiziții unic:

O întreprindere este îndreptățită, dacă nu beneficiază de un drept propriu de a deține informațiile care fac obiectul unui drept de exclusivitate recunoscut unui operator principal pe piață, să justifice posibilitatea sa de a furniza serviciul complet autorității contractante în sensul dreptului contractelor de achiziții publice invocând obligația care revine operatorului principal într-un stat membru, în temeiul articolului 82 CE, de a-i transmite informațiile în condiții echitabile?

6) Dacă la prima, la a doua și la a treia întrebare se răspunde că preluarea parțială a contractului în cursul anului 2000 și/sau unul dintre cele două acte adiționale menționate anterior sau ambele au condus la atribuirea unor noi contracte și, în plus, dacă la a patra întrebare se răspunde că autoritatea contractantă ar fi trebuit să atribuie serviciile care nu presupun un drept de exclusivitate în cadrul unei atribuiri separate sau nu putea atribui contractul de achiziții de servicii în ansamblul său (comunicate de presă, serviciul de bază și drepturile de utilizare a APADok) fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare pentru a asigura transparența și a permite verificarea contractelor respective:

Termenul «lezat» utilizat la articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 [...] și la articolul 2 alineatul (1) litera (c) din aceeași directivă trebuie interpretat în sensul că un operator economic este lezat conform acestor dispoziții, într-o situație precum cea din speță, prin simplul fapt că este lipsit de posibilitatea de a lua parte la procedura de atribuire a contractului din cauză că autoritatea contractantă nu a publicat în prealabil un anunț în baza căruia ar fi putut să își prezinte candidatura sau să depună o ofertă ori să solicite ca instanțele de control competente să verifice

exactitatea afirmației privind pretinsele drepturi de exclusivitate?

7) Principiul comunitar al echivalenței și principiul comunitar al necesității unei protecții juridice efective trebuie interpretate, fără a aduce atingere altor dispoziții de drept comunitar, în sensul că un operator economic poate să invoce împotriva unui stat membru un drept subiectiv și necondiționat care îi permite să introducă la instanțele naționale competente acțiuni în despăgubire pentru încălcarea dreptului comunitar al contractelor de achiziții publice, după atribuire și timp de cel puțin șase luni de la data la care a putut lua cunoștință de atribuirea nelegală a contractului, cu acordarea unor termene suplimentare dacă o astfel de acțiune nu a fost posibilă din cauza lipsei unui temei juridic în dreptul național, dacă, în dreptul intern, acțiunile în despăgubiri întemeiate pe încălcarea legii se prescriu în general în trei ani de la identificarea autorului prejudiciului și a prejudiciului și dacă, în lipsa unei soluții legale într-un domeniu determinat, nu curge termenul de prescripție?"

28. În procedura în fața Curții, PN, APA și APA-OTS, Republica Austria și Comisia Comunităților Europene au prezentat observații scrise și orale. În plus, Prezidiul Bundeskanzleramt, în calitatea sa de autoritate contractantă, și guvernul lituanian au participat la procedură prin formularea de observații scrise; guvernul francez a prezentat observații orale.

## V — Admisibilitatea cererii de pronunțare a unei hotărâri preliminare

29. Înainte de a analiza pe fond întrebările preliminare, se impun câteva precizări referitoare la admisibilitatea cererii de pronunțare a unei hotărâri preliminare.

### A — *Cu privire la dreptul Bundesvergabeamt de a formula întrebări preliminare*

30. Bundesvergabeamt austriac este o instituție permanentă înființată prin lege, a cărei competență este obligatorie în materia dreptului contractelor de achiziții publice, în care Bund (statul federal) este implicat în calitate de autoritate contractantă [11]. Acesta hotărăște în cadrul unei proceduri contradictorii în temeiul normelor juridice aparținând dreptului federal austriac. În această privință, este concomitent organ de judecată de primă și de ultimă instanță [12]. În exercitarea atribuțiilor care le revin, membrii săi nu se supun niciunui fel de instrucțiuni și sunt aleși pe o perioadă de cel puțin cinci ani, iar în parte, chiar pe o perioadă nelimitată [13].

11 — Articolul 291 din BVergG 2006.

12 — Articolul 291 alineatul (2) a doua teză din BVergG 2006.

13 — Articolele 292 și 295 din BVergG 2006.

31. Ca urmare, Bundesvergabeamt este o instanță în sensul articolului 234 CE [14] și este îndreptățit să adreseze Curții cereri de pronunțare a unei hotărâri preliminare. În acest sens, Curtea a formulat deja în mai multe rânduri [15] răspunsuri la cereri de pronunțare a unei hotărâri preliminare introduse de Bundesvergabeamt [16].

33. Din ordonanța de trimitere rezultă în mod special că cererea de pronunțare a unei hotărâri preliminare vizează clarificarea faptului dacă este necesar ca în cadrul procedurii naționale să se procedeze de o manieră extensivă la administrarea de dovezi în ceea ce privește anumite elemente de fapt sau dacă litigiul principal este în stare de judecată și fără a se administra astfel de dovezi.

B — *Cu privire la admisibilitatea cererii de pronunțare a unei hotărâri preliminare în general*

32. Criticile formulate de APA și de APA-OTS cu privire la formularea complexă și greu de înțeles a cererii de pronunțare a hotărârii preliminare nu schimbă cu nimic faptul că, în ansamblu, întrebările preliminare rămân inteligibile. Din precizările Bundesvergabeamt menționate în ordonanța de trimitere rezultă în mod suficient de clar care este cadrul de fapt și cel juridic în care se înscriu întrebările și din ce cauză Bundesvergabeamt le consideră a fi esențiale pentru soluționarea acțiunii principale.

34. În legătură cu acest aspect, trebuie precizat că instanța națională este cea care decide în ce stadiu al procedurii este cazul să adreseze Curții o întrebare preliminară [17]. Important este ca instanța de trimitere să prezinte în mod detaliat situația de fapt și cadrul juridic pe care se întemeiază cererea sa de interpretare a dreptului comunitar și, în plus, să ofere Curții toate informațiile necesare pentru ca aceasta să poată răspunde în mod util cererii [18]. Contrar părerii formulate de APA și de APA-OTS, aceste condiții sunt îndeplinite în speță. În consecință, obiecțiile formulate împotriva admisibilității cererii de pronunțare a unei hotărâri preliminare sunt, în mod general, lipsite de suport.

14 — În legătură cu jurisprudența constantă privitoare la noțiunea de instanță, a se vedea Hotărârea din 17 septembrie 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Rec., p. I-4961, punctul 23), Hotărârea din 31 mai 2005, Syfait și alții (C-53/03, Rec., p. I-4609, punctul 29), și Hotărârea din 18 octombrie 2007, Österreichischer Rundfunk (C-195/06, Rep., p. I-8817, punctul 19).

15 — A se vedea Hotărârea din 14 noiembrie 2002, Felix Swoboda (C-411/00, Rec., p. I-10567, în special punctele 25-28), Hotărârea din 18 martie 2004, Siemens și ARGE Telekom (C-314/01, Rec., p. I-2549), și Hotărârea din 2 iunie 2005, Koppensteiner (C-15/04, Rec., p. I-4855). Forma curentă de organizare a Bundesvergabeamt instituită prin BVergG 2006 este, în esență, conform ordonanței de trimitere, comparabilă cu cea existentă în cauza Koppensteiner.

16 — În mod similar, Curtea a considerat un comitet federal de supraveghere a atribuirilor, care exista la acea dată în Germania, drept instanță îndreptățită să adreseze cereri de pronunțare a unei hotărâri preliminare (Hotărârea Dorsch Consult, citată la nota de subsol 14, punctul 38).

17 — A se vedea Hotărârea din 10 iulie 1984, Campus Oil și alții (72/83, Rec., p. 2727, punctul 10), Hotărârea din 12 iunie 2003, Schmidberger (C-112/00, Rec., p. I-5659, punctul 39), și Hotărârea din 17 aprilie 2007, AGM-COS.MET (C-470/03, Rep., p. I-2749, punctul 45).

18 — A se vedea Hotărârea Schmidberger, citată la nota de subsol 17, punctele 40 și 41.

C — *Cu privire la admisibilitatea celei de a șasea întrebări în special*

35. În orice caz, o problemă specială de admisibilitate se pune în legătură cu cea de a șasea întrebare preliminară, care are ca obiect interpretarea termenului „lezat”, utilizat la articolul 1 alineatul (3) și la articolul 2 alineatul (1) litera (c) din Directiva 89/665.

36. În cadrul procedurii principale, întemeiată pe dispozițiile articolului 331 din BVergG 2006, Bundesvergabeamt îi revine doar competența de *a constata o eventuală încălcare* a dreptului privind contractele de achiziții publice, nu și de *a acorda daune interese*, acest lucru rămânând rezervat instanțelor civile austriece [19]. De aceea, nu îi este permis să adreseze Curții întrebări preliminare care se referă la acordarea de daune interese sau la condițiile care trebuie îndeplinite în acest sens [20].

37. În acest condiții, cea de a șasea întrebare preliminară este admisibilă doar în măsura în care se referă la condițiile de admisibilitate a unei cereri privind căile de atac formulate în temeiul articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665. În măsura în care se referă la articolul 2 alineatul (1) litera (c) din Directiva 89/665, cea de a șasea întrebare este inadmisibilă, deoarece această ultimă dispoziție se referă în mod direct la acordarea de daune interese.

D — *Concluzie intermediară*

38. În concluzie, în ansamblu, prezenta cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare este admisibilă, cu excepția acelei părți a celei de a șasea întrebări care privește articolul 2 alineatul (1) litera (c) din Directiva 89/665.

**VI — Aprecierea pe fond a întrebărilor preliminare**

39. În fond, cererea extrem de cuprinzătoare de pronunțare a unei hotărâri preliminare urmărește, în esență, să clarifice în ce condiții se poate considera că modificările aduse unui contract existent constituie o nouă atribuire a unui contract de achiziții publice de servicii, având drept consecință faptul că în prealabil trebuie să aibă loc, eventual, o procedură de atribuire și că întreprinderile nereținute beneficiază de protecție juridică.

40. Întrebarea următoare, deosebit de importantă, de a ști dacă dreptul privind

19 — Republica Austria a făcut uz de opțiunea, prevăzută la articolul 2 alineatul (2) din Directiva 89/665, de a conferi competențele menționate unor organisme distincte, care să răspundă de diferite aspecte ale căilor de atac.

20 — A se vedea Hotărârea din 19 iunie 2003, GAT (C-315/01, Rec., p. I-6351, punctul 38).

contractele de achiziții publice sau alte reglementări din dreptul comunitar îngrădesc într-o anumită formă încheierea de contracte pe durată nedeterminată, nu face obiectul prezentei proceduri. Deoarece contractul de bază pe durată nedeterminată din 1994 a fost încheiat înainte de aderarea Republicii Austria la Uniunea Europeană [21], nu este necesar ca această chestiune, chiar dacă este formulată sub forma unei întrebări preliminare, să fie analizată în mod amănunțit [22].

A — *Cu privire la prima, la a doua și la a treia întrebare*

41. Prin intermediul primelor trei întrebări, Bundesvergabeamt urmărește să afle în ce condiții se poate considera că modificările aduse unui contract existent între o autoritate contractantă și un prestator de servicii constituie o nouă atribuire a unui contract de achiziții publice de servicii în sensul Directivei 92/50.

42. Până acum, această problemă nu a fost analizată într-un mod exhaustiv în jurisprudența instanțelor comunitare [23].

1. Observații preliminare: criteriul modificării substanțiale a unui contract

43. Mai ales în cazul contractelor pe durată nedeterminată sau al contractelor pe durată îndelungată poate apărea, pe perioada derulării lor, necesitatea adaptării conținutului contractului atunci când condițiile contractuale se dovedesc a nu mai fi adecvate – de exemplu, din cauza unei modificări imprevizibile a circumstanțelor externe. O adaptare a conținutului contractului la împrejurările modificate poate contribui la o mai bună realizare a obiectivului contractului.

44. În situația în care contractul inițial a avut ca obiect o achiziție publică, o modificare ulterioară a conținutului va pune întotdeauna problema dacă trebuie (eventual din nou) să fie organizată o procedură de atribuire. De regulă, un astfel de caz va da naștere unui conflict între efortul de a permite o continuare cât mai eficientă a executării contractului, pe de o parte, și necesitatea asigurării

21 — A se vedea în acest sens Hotărârea din 24 septembrie 1998, Tögel (C-76/97, Rec., p. I-5357, punctele 53 și 54). Spre deosebire de evenimentele disputate în speță, survenite în anii 2000, 2001 și 2005, care au avut loc în perioada de aplicabilitate a dreptului comunitar, directivele privind dreptul contractelor de achiziții publice nu s-au aplicat contractului de bază, deoarece în 1994 Republica Austria nu era încă membru al Uniunii Europene.

22 — În legătură cu problema specifică a combinării unui contract pe durată nedeterminată cu o clauză de renunțare la reziliere, a se vedea mai jos, în special, punctul 74 din prezentele concluzii.

23 — O cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare înaintată de o instanță germană, Oberlandesgericht Rostock, nu a condus la pronunțarea unei hotărâri de către Curte (cauza C-50/03, radiată de pe rol la 9 noiembrie 2004).

egalității de șanse pentru toți actualii și potențialii adjudecatari, pe de altă parte.

45. În principiu, nu se poate exclude din start posibilitatea ca modificări ulterioare ale conținutului contractelor existente să îndeplinească (eventual din nou) elementele constitutive ale unei atribuiri de contracte de achiziții publice, având ca urmare necesitatea desfășurării unei proceduri de atribuire, deoarece, conform unei jurisprudențe constante, noțiunile juridice care definesc domeniul de aplicare al directivelor în materia contractelor de achiziții publice trebuie interpretate extensiv [24].

46. Totuși, interpretarea noțiunii de atribuire a contractelor de achiziții publice trebuie să se orienteze în cele din urmă după obiectivele urmărite de fiecare directivă în parte. Coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice urmărește să suprime obstacolele din calea liberei circulații a serviciilor și a mărfurilor și să protejeze interesele operatorilor economici stabiliți într-un alt stat membru [25]. Trebuie exclusă posibilitatea ca autoritățile publice contractante să ofere un tratament preferențial ofertanților și candidaților naționali și ca acestea să se ghideze, în cazul atribuirii de contracte de achiziții publice, după alte considerente decât cele de ordin economic [26].

47. În consecință, obiectivul principal urmărit de Directiva 92/50 este asigurarea liberei circulații a serviciilor și deschiderea piețelor spre o concurență nedenaturată și cât se poate de extinsă [27]. Aceasta necesită o modalitate transparentă și nediscriminatorie de atribuire a contractelor de achiziții publice de servicii, astfel încât să se asigure egalitatea de șanse pentru toți potențialii prestatori de servicii.

48. Având în vedere acest obiectiv, nu orice modificare, chiar și nesemnificativă, adusă contractelor de achiziții publice de servicii necesită desfășurarea în prealabil a unei proceduri de atribuire. Doar *modificările substanțiale ale contractului,* care, în mod concret, sunt de natură să dea naștere la o concurență neloială pe piața respectivă și să ofere partenerului contractual al autorității contractante un tratament preferențial față de ceilalți posibili prestatori de servicii justifică o nouă desfășurare a unei proceduri de atribuire [28].

24 — În legătură cu interpretarea extensivă a diferiților termeni care definesc domeniul de aplicare al directivelor privind materia contractelor de achiziții publice, a se vedea Hotărârea din 27 februarie 2003, Adolf Truley (C-373/00, Rec., p. I-1931, punctul 43), Hotărârea din 8 septembrie 2005, Espace Trianon și Sofibail (C-129/04, Rec., p. I-7805, punctul 73), și Hotărârea din 29 noiembrie 2007, Comisia/Italia (C-119/06, Rep., p. I-168*, punctul 43).

25 — A se vedea 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), Hotărârea din 13 noiembrie 2007, Comisia/Irlanda (C-507/03, Rep., p. I-9777, punctul 27), și Hotărârea din 13 decembrie 2007, Bayerischer Rundfunk și alții (C-337/06, Rep., p. I-11173, punctul 38). A se vedea de asemenea al doilea și al șaselea considerent ale Directivei 92/50.

26 — A se vedea Hotărârea University of Cambridge (citată la nota de subsol 25, punctul 17), Hotărârea Felix Swoboda (citată la nota de subsol 15, punctul 45) și Hotărârea Bayerischer Rundfunk și alții (citată la nota de subsol 25, punctul 36).

27 — A se vedea Hotărârea din 11 ianuarie 2005, Stadt Halle și RPL Lochau (C-26/03, Rec., p. I-1, punctele 44 și 47), și Hotărârea Bayerischer Rundfunk și alții (citată la nota de subsol 25, punctul 39).

28 — A se vedea în acest sens Hotărârea din 5 octombrie 2000, Comisia/Franța (C-337/98, Rec., p. I-8377, punctele 46, 50 și 51), și Hotărârea din 29 aprilie 2004, Comisia/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, Rec., p. I-3801, punctul 117), unde se face referire la prevederi contractuale, respectiv la condiții de licitație *substanțiale.*

49. Se va reține existența unei modificări substanțiale a contractului mai ales în situația în care nu se poate exclude că alți prestatori de servicii, datorită condițiilor inițiale mai puțin avantajoase, au fost împiedicați să depună o ofertă pentru obținerea unui contract de achiziții publice sau că aceștia, de data aceasta, în lumina noilor condiții contractuale, sunt interesați să depună o ofertă pentru obținerea unui contract de achiziții publice sau că un ofertant, care la acea vreme a fost lipsit de succes, ar putea, raportat la noile condiții contractuale, candida cu succes [29].

50. Aceste considerații preliminare constituie fundamentul pentru analiza noastră care urmează în legătură cu primele trei întrebări preliminare.

2. Cu privire la prima întrebare

a) Prima parte a primei întrebări: implicarea APA-OTS

51. Prin intermediul primei părți a primei întrebări, instanța de trimitere urmărește să afle, în esență, dacă se poate reține existența unei noi atribuiri a unui contract de achiziții publice de servicii deja existent, în sensul Directivei 92/50, în cazul în care autoritatea contractantă acceptă ca executarea unei părți a acestui contract de achiziții să fie transferată către o filială a adjudecatarului, asupra căreia acesta dispune de o putere de decizie și ale cărei părți sociale îi aparțin în totalitate adjudecatarului, chiar dacă nu se poate garanta că acesta va deține în întregime părțile sociale pentru întreaga durată de derulare a contractului.

52. Această întrebare apare în contextul transferului activităților legate de serviciile OTS către filiala sa APA-OTS în anul 2000. Indiferent dacă, în urma acestei restructurări, în cadrul grupului APA a avut loc o „divizare a unui contract”, o preluare de contract, o novație sau o delegație imperfectă [30], este evident că, începând din acest moment, serviciile amintite au fost furnizate, cu acordul Bundeskanzleramt, direct de către APA-OTS și că remunerația pentru aceste servicii a fost plătită direct către APA-OTS.

53. În oricare dintre aceste ipoteze, în anul 2000 a avut loc, în ceea ce privește executarea concretă a contractului, o schimbare parțială a prestatorului de servicii.

29 — Trebuie admis că în practică nu este întotdeauna ușor să se realizeze o distincție între modificările de contract substanțiale și cele nesubstanțiale, deoarece pentru aceasta este necesar să aibă loc o evaluare critică a circumstanțelor fiecărui caz în parte. Totuși, nu se poate evita în niciun domeniu juridic utilizarea de termeni juridici incerți și care necesită să fie supuși unei interpretări. Acest lucru este pe deplin adevărat și în dreptul contractelor de achiziții publice.

30 — Se pare că între participanții la acțiunea principală nu există o unanimitate în această privință. Nici chiar ordonanța de trimitere nu utilizează o terminologie unitară. Totuși, este obligația Bundesvergabeamt să clarifice felul în care va fi calificată această operațiune din punctul de vedere al dreptului civil.

54. A priori, o înlocuire a prestatorului de servicii în perioada derulării unui contract de achiziții publice creează prezumția unei modificări substanțiale a contractului, din moment ce unei întreprinderi care nu a fost nevoită să concureze cu ceilalți ofertanți și a cărei selecție nu a avut la bază o comparație cu ceilalți eventuali ofertanți i-a fost încredințată, în totalitate sau parțial, executarea contractului de achiziții publice. O astfel de modalitate de a proceda comportă riscul eludării dispozițiilor din dreptul privind contractele de achiziții publice și este de natură să denatureze concurența pe piața respectivă, precum și să ofere un tratament preferențial noului prestator de servicii față de alți eventuali prestatori de servicii.

55. Cu toate acestea, poate rezulta din circumstanțele particulare în speță că, în mod excepțional, modificările intervenite cu privire la persoana prestatorului de servicii nu antrenează o modificare substanțială a contractului. În acest sens, trebuie avute în vedere în special următoarele două categorii de situații.

56. Prima situație este aceea în care partenerul contractual al autorității contractante *încredințează serviciile unui subcontractant*. Pentru a nu limita peste măsură cercul eventualilor prestatori de servicii, Directiva 92/50 conferă în mod expres autorității contractante libertatea de a permite subcontractarea către terți [31]. Specific pentru această situație este că adjudecatarului principal, chiar după ce a subcontractat, îi revine în continuare întreaga responsabilitate pentru executarea contractului de achiziții publice de servicii în ansamblu sau, în orice caz, răspunde solidar pentru aceasta.

57. A doua situație privește *schimbări organizatorice de natură pur internă* ale partenerului contractual al autorității contractante. Aceasta poate include și situația implicării uneia dintre filialele proprii în executarea contractului. Nu este necesar să se determine în mod exhaustiv în speță cât de strânse trebuie să fie într-un astfel de caz legăturile dintre adjudecatar și respectiva filială, deoarece astfel de filiale, care sunt controlate de adjudecatar într-o manieră asemănătoare celei în care sunt controlate propriile departamente, se încadrează, în orice caz, în această ipoteză. Implicarea unei filiale în executarea contractului este într-un astfel de caz similară unei tranzacții „in-house” [32] a prestatorului de servicii, prin care nu se produce o schimbare de substanță a condițiilor de îndeplinire a contractului de achiziții publice – cel puțin din punct de vedere economic.

58. În cele două situații evocate se poate garanta că modificarea intervenită din partea prestatorului de servicii nu conduce la o denaturare a concurenței și, prin urmare, nu reprezintă o modificare substanțială a contractului.

31 — A se vedea articolul 25 și articolul 32 alineatul (2) literele (c) și (h) din Directiva 92/50, precum și Hotărârea din 2 decembrie 1999, Holst Italia (C-176/98, Rec., p. I-8607, punctele 26 și 27). Cu toate acestea, subcontractarea realizată în vederea executării unor *părți esențiale* ale contractului de achiziții poate fi limitată în virtutea dreptului național (Hotărârea Siemens și ARGE Telekom, citată la nota de subsol 15, punctul 45).

32 — În legătură cu condițiile în care se poate reține existența unei tranzacții „in-house”, a se vedea în special Hotărârea din 18 noiembrie 1999, Teckal (C-107/98, Rec., p. I-8121, punctul 50), Hotărârea Stadt Halle și RPL Lochau (citată la nota de subsol 27, punctul 49), Hotărârea din 13 octombrie 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rec., p. I-8585, punctul 62), și Hotărârea din 19 aprilie 2007, Asemfo (C-295/05, Rep., p. I-2999, punctul 55). În legătură cu termenul de tranzacție „in-house”, a se vedea concluziile noastre prezentate la 1 mai 2005 în cauza Parking Brixen, punctele 1 și 2.

59. O operațiune precum cea în litigiu în speță, privind transferarea în anul 2000 a activităților legate de serviciile OTS către APA-OTS, este similară, la prima vedere, cu atribuirea de către APA a unui subcontract (prima situație). Pentru această interpretare pledează faptul că serviciile respective vor fi prestate de acum înainte de o persoană juridică distinctă de APA, aceasta din urmă răspunzând totuși solidar pentru îndeplinirea în totalitate a contractului de achiziții publice de servicii, inclusiv pentru sarcinile preluate de APA-OTS.

60. Totuși, la o analiză mai aprofundată rezultă că o entitate precum APA-OTS se aseamănă nu atât unui subcontractant independent al APA, cât mai curând unui departament propriu al APA. Un eveniment precum implicarea APA-OTS, în anul 2000, în executarea contractului de achiziții publice de servicii reprezintă o reorganizare pur internă a prestatorului de servicii APA (a doua situație).

61. Într-adevăr, o parte din serviciile care urmau a fi prestate de APA vor fi furnizate de acum înainte de o persoană juridică distinctă, și anume de APA-OTS. Totuși, din punct de vedere economic, APA-OTS nu reprezintă un terț, deoarece este controlată în totalitate de societatea-mamă, respectiv APA. Nu numai faptul că părțile sociale ale filialei aparțin în totalitate APA, dar mai ales puterea de decizie de care dispune aceasta din urmă, precum și contractul privind transferul beneficiilor și al pierderilor sunt o garanție a faptului ca APA-OTS este controlată de societatea-mamă ca și când ar fi un departament propriu. Astfel, din punct de vedere economic, nu s-a produs o schimbare esențială a condițiilor de executare a contractului de achiziții publice.

62. În consecință, o operațiune precum cea din anul 2000 nu a condus la o modificare substanțială a contractului și nu a trebuit, așadar, să fie tratată ca o (nouă) atribuire a unui contract de achiziții publice de servicii.

63. Acestei concluzii nu i se poate opune lipsa unei garanții privind faptul că APA va deține pe toată durata de derulare a contractului de achiziții publice toate părțile sociale ale APA-OTS [33]. Într-adevăr, teoretic, APA ar putea în orice moment să cesioneze către terți părți sociale deținute la APA-OTS. Totuși, pentru întrebarea care trebuie clarificată în speță, și anume dacă în anul 2000 a avut loc o modificare substanțială a contractului și, prin urmare, o nouă atribuire a unui contract de achiziții publice de servicii, sunt relevante doar elementele care au fost previzibile la acea dată.

64. Principiul securității juridice impune ca aprecierea privind obligația de desfășurare a unei proceduri de atribuire să aibă loc întotdeauna *ex ante*, adică la momentul încheierii tranzacției [34]. Astfel, atât din punctul de vedere al autorității contractante și al partenerului său contractual, cât și din cel al concurenților nereținuți, este necesar ca la momentul efectuării tranzacției să se poată deja stabili dacă o procedură de atribuire trebuie sau nu trebuie să fie derulată. Luarea în considerare a unor circumstanțe ulterioare este posibilă cel mult atunci când acestea au

33 — Același lucru este valabil și pentru caracterul reziliabil al unui contract privind transferul beneficiilor și al pierderilor.

34 — A se vedea în legătură cu aceasta concluziile noastre prezentate la 1 mai 2005 în cauza Parking Brixen (citate la nota de subsol 32, punctul 56). Problema *previzibilității concrete* a cedării unor părți sociale către terți joacă un rol decisiv și în Hotărârea din 10 noiembrie 2005, Comisia/Austria (C-29/04, Rec., p. I-9705, punctele 38-41), în Hotărârea din 6 aprilie 2006, ANAV (C-410/04, Rec., p. I-3303, punctele 30-32), și în Hotărârea Parking Brixen [citată la nota de subsol 32, punctul 67 litera (c)].

putut fi anticipate cu certitudine încă din momentul efectuării tranzacției.

65. Din cuprinsul dosarului rezultă că, la momentul însărcinării APA-OTS cu executarea contractului de achiziții publice, nu au existat indicații concrete conform cărora, de exemplu, APA ar fi urmat să înstrăineze părți sociale în viitorul apropiat. În aceste condiții, rămânem la aprecierea că o operațiune precum cea din anul 2000 nu a condus la o modificare substanțială a contractului și, prin urmare, nu a necesitat desfășurarea unei proceduri de atribuire.

b) A doua parte a primei întrebări: structura membrilor APA

66. Bundesvergabeamt urmărește în continuare să afle dacă, în contextul unei operațiuni precum cea din anul 2000, este relevant faptul că cercul membrilor cooperativei APA se poate modifica în perioada de valabilitate a contractului.

67. O astfel de modificare este relevantă din punctul de vedere al dreptului contractelor de achiziții publice numai în cazul în care are drept consecință o înlocuire, cel puțin parțială, a prestatorului de servicii și, în consecință, aceasta trebuie să fie considerată o modificare substanțială a contractului.

68. Dacă, de exemplu, prestatorul de servicii nu este decât un simplu consorțiu fără personalitate juridică proprie, în mod normal, fiecare membru al său dobândește drepturi și obligații în urma încheierii contractului cu autoritatea contractantă. Într-un astfel de caz, este posibil ca o modificare în componența consorțiului să aibă ca efect încredințarea executării contractului de achiziții publice, în totalitate sau parțial, unui operator care nu a fost nevoit să concureze cu ceilalți ofertanți și a cărui selecție a avut loc în lipsa unei comparări cu alți posibili ofertanți. Acest lucru ar constitui, sub rezerva excepțiilor menționate mai sus [35], o modificare substanțială a contractului [36].

69. În schimb, dacă prestatorul de servicii este o persoană juridică, doar acesta devine partenerul contractual al autorității contractante, iar eventuale modificări ulterioare în rândul asociaților săi nu antrenează o modificare substanțială a contractului [37].

35 — A se vedea punctele 55-58 din prezentele concluzii.

36 — Hotărârea din 23 ianuarie 2003, Makedoniko Metro și Michaniki (C-57/01, Rec., p. I-1091, punctul 61), precizează doar că reglementarea componenței consorțiilor de ofertanți este de competența statelor membre. Obligația de a reglementa dacă modificările componenței consorțiilor de ofertanți sunt, în general, admisibile revine, așadar, statelor membre. Totuși, aceasta se va distinge de întrebarea care ne interesează în speță, dacă asemenea modificări care au avut loc *după* atribuirea contractului de achiziții urmează a fi interpretate drept modificări substanțiale ale contractului și, în concluzie, dacă îndeplinesc din nou elementul constitutiv al unei atribuiri a contractului de achiziții. Ultima întrebare este o problemă de drept comunitar.

37 — Dacă s-ar dori ca fiecare modificare în structura de proprietate a unei persoane juridice să fie considerată drept motiv pentru desfășurarea unei noi proceduri de atribuire, ar fi practic imposibil să se atribuie contracte de achiziții unor societăți pe acțiuni cotate la bursă, ai căror acționari se schimbă câteodată zilnic.

70. În speță, din actele depuse la dosar rezultă că APA este „înregistrată sub forma unei cooperative cu răspundere limitată”. Se poate, așadar, admite că APA are personalitate juridică. Sub rezerva constatărilor făcute pe această temă de Bundesvergabeamt în speță, nu membrii cooperativei APA, ci doar APA însăși va fi considerată partener contractual al Republicii Austria. Într-un astfel de caz, eventuale modificări în compoziția membrilor cooperativei nu antrenează o modificare substanțială a contractului.

3. Cu privire la a treia întrebare

71. Prin intermediul celei de a treia întrebări, Bundesvergabeamt urmărește să afle, în esență, dacă trebuie să se considere drept nouă atribuire a unui contract de achiziții publice de servicii, în sensul Directivei 92/50, faptul că autoritatea contractantă și prestatorul de servicii modifică un contract de prestări de servicii încheiat între ele și aflat în curs de derulare, în sensul că:

— o clauză privind renunțarea la reziliere, convenită anterior și expirată între timp, este prelungită pentru o perioadă de trei ani și

— anumite remunerații derogă de la cele stabilite anterior, pentru că, de acum înainte, asupra lor va opera o reducere de preț majorată cu zece puncte procentuale.

72. Această întrebare își are originea în al doilea act adițional la contractul de bază, încheiat între APA și Republica Austria în 2005.

a) Prima parte a celei de a treia întrebări: reînnoirea clauzei de renunțare la reziliere

73. Prima parte a celei de a treia întrebări se referă la înțelegerea survenită în anul 2005, referitoare la reînnoirea unei clauze privind renunțarea la reziliere, convenită anterior și expirată între timp.

74. Din punctul de vedere al dreptului contractelor de achiziții publice, ar reprezenta o problemă dacă, pe lângă un contract cu durată nedeterminată, s-ar stabili și o clauză de renunțare la reziliere pentru o durată îndelungată sau chiar excluderea completă a dreptului autorității contractante de a cere rezilierea. O astfel de înțelegere ar avea, într-adevăr, ca efect pe termen lung, eliminarea oricărei concurențe între posibilii prestatori de servicii și ar contraveni în mod fundamental obiectivelor urmărite de directivele în materia contractelor de achiziții publice.

75. Lucrurile se prezintă totuși într-o manieră diferită în cazul unei clauze privind renunțarea la reziliere precum cea convenită în speță în 2005, care este limitată la o perioadă de trei ani. O astfel de clauză privind renunțarea la reziliere nu poate fi de la bun început considerată ca fiind inadmisibilă din punctul de vedere al dreptului contractelor de achiziții publice. În orice caz, trebuie verificat dacă această clauză trebuia supusă unei proceduri de atribuire. Aceasta depinde la rândul său de răspunsul la întrebarea dacă clauza privind renunțarea la reziliere trebuie considerată drept o modificare substanțială a contractului de bază [38].

76. Pentru a fi calificată drept modificare substanțială a contractului, o clauză de renunțare la reziliere încheiată pe o perioadă de trei ani trebuie să fie de natură a denatura concurența pe piața respectivă și să ofere partenerului contractual al autorității contractante un tratament preferențial în raport cu alți posibili prestatori de servicii [39].

77. Acest caz poate fi admis numai în mod excepțional, și anume atunci când, la data adoptării clauzei de renunțare la reziliere, există elemente concrete care să indice că, în lipsa clauzei, autoritatea contractantă ar fi renunțat la contractul existent în perioada valabilității acesteia. Într-adevăr, numai într-un astfel de caz alți posibili prestatori de servicii ar fi putut să spere în mod îndreptățit că, în această perioadă, vor putea să îl înlocuiască, în totalitate sau parțial, pe actualul prestator de servicii.

78. În primul rând, în speță trebuie remarcat că nu a existat, în sarcina autorității contractante, obligația de a pune capăt în mod anticipat raportului contractual existent, încheiat fără încălcarea dreptului în vigoare. Aderarea Republicii Austria la Uniunea Europeană nu a creat, în sarcina autorității contractante, obligația de a rezilia contractul de bază existent sau de a-l supune unei noi licitații [40]. Într-adevăr, se poate admite că pentru Republica Austria, de la data expirării clauzei de reziliere stabilite inițial (1994), a fost posibil să rezilieze contractul de prestări de servicii încheiat cu APA, dar acest lucru nu a reprezentat în niciun caz o obligație.

79. În al doilea rând, în 2005 nu a existat pentru Republica Austria – sub rezerva unor eventuale constatări pe care Bundesvergabeamt urmează să le mai facă – niciun stimul de natură economică în vederea înlocuirii prestatorului de servicii pe durata comparativ limitată avută în vedere pentru clauza de renunțare la reziliere, adică până la sfârșitul anului 2008. În baza celor constatate, autoritatea contractantă a fost îndreptățită să considere că, până în 2008, nu va dispune în condiții mai avantajoase de alte oferte echivalente care să justifice efortul generat de o înlocuire.

80. În consecință, în temeiul informațiilor disponibile în speță, clauza de renunțare la reziliere convenită în anul 2005 pentru

38 — A se vedea punctul 48 din prezentele concluzii.

39 — A se vedea punctele 48 și 49 din prezentele concluzii.

40 — A se vedea în acest sens Hotărârea Tögel (citată la nota de subsol 21, punctele 53 și 54).

o perioadă de trei ani nu a antrenat pericolul denaturării concurenței și, ca urmare, nu poate fi calificată drept modificare substanțială a contractului de bază.

b) A doua parte a celei de a treia întrebări: stipularea unor reduceri de preț majorate

81. A doua parte a celei de a treia întrebări privește reducerile de preț majorate stabilite în 2005 pentru solicitări online ale serviciilor de informații ale APA. În timp ce contractul de bază acorda autorităților federale austriece, în această privință, o reducere de preț de 15 %, începând cu al doilea act adițional la acest contract, reducerea de preț valabilă a fost de 25 %.

82. Astfel cum am menționat deja [41], nu se poate vorbi despre o nouă atribuire a unui contract de achiziții publice de servicii existent decât atunci când are loc o modificare substanțială a contractului. Această afirmație este valabilă și în cazul modificărilor aduse remunerației stabilite prin contract. Într-adevăr, chiar dacă modalitățile de plată constituie în sine un element substanțial al contractului [42], nu orice modificare, chiar și nesemnificativă, adusă prevederilor privind remunerația trebuie calificată automat drept modificare substanțială a contractului.

83. În primul rând, trebuie verificat dacă majorarea cu zece puncte procentuale a reducerii de preț acordate inițial a reprezentat efectiv o *modificare de fond* a prevederilor privind remunerația aplicabile contractului de achiziții publice de servicii.

84. APA și APA-OTS argumentează că reducerea de preț de 25 % acordată de la acea dată este doar evoluția logică a ceea ce era oricum stabilit deja în contractul de bază. Acesta făcea deja referire la un tarif eșalonat al APA. Noua reducere de preț majorată trebuie să fie considerată echivalentă cu introducerea în tariful APA a unui nou tarif eșalonat, mai scăzut.

85. Referitor la aceasta, trebuie menționat că aprecierea concretă a faptelor relevante pentru acțiunea principală revine Bundesvergabeamt. În ordonanța de trimitere, care definește situația de fapt relevantă pentru prezenta cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare [43], modificarea procentuală de la 15 % la 25 % este prezentată drept „o reducere mai importantă decât cea convenită anterior”. Aceasta arată că este vorba despre o modificare de fond a prevederilor referitoare la remunerație.

41 — A se vedea punctele 48 și 49 din prezentele concluzii.

42 — A se vedea în acest sens Hotărârea Comisia/CAS Succhi di Frutta (citată la nota de subsol 28, punctul 117).

43 — A se vedea Hotărârea din 29 aprilie 2004, Orfanopoulos și Oliveri (C-482/01 și C-493/01, Rec., p. I-5257, punctul 42), și Hotărârea 12 ianuarie 2006, Turn- und Sportunion Waldburg (C-246/04, Rec., p. I-589, punctul 21).

86. În favoarea acestei aprecieri poate fi de asemenea argumentat că reducerea de preț de 15 % acordată inițial s-a raportat deja la „tariful eșalonat cel mai scăzut". Autorității contractante i-a fost oferit, așadar, încă de la încheierea contractului de bază, în anul 1994, cel mai avantajos nivel tarifar posibil. În aceste condiții, este puțin probabil că partenerii contractuali au prevăzut în acel moment, sau cel puțin au considerat drept posibilă, o trecere la o clasă de prețuri și mai avantajoasă. Acordarea, începând cu anul 2005, a unei reduceri de preț îmbunătățită cu zece puncte procentuale, care la rândul său este raportată la cel mai scăzut tarif eșalonat, indică, prin urmare, că este vorba despre o modificare reală de preț, și nu doar despre o evoluție logică a modului de calcul al remunerației, astfel cum aceasta a fost menționată inițial în contractul de bază.

87. Totuși, o astfel de modificare de preț poate fi considerată drept *modificare substanțială de contract* doar când este, în mod concret, de natură să denatureze concurența pe piața respectivă și să acorde partenerului contractual al autorității contractante un tratament preferențial în raport cu alți posibili prestatori de servicii.

88. Pentru a putea aprecia aceasta, trebuie analizat, pe de o parte, gradul de modificare a prețului pentru fiecare prestație în parte și, pe de altă parte, trebuie ca această modificare de preț să fie apreciată în raport cu semnificația contractului de achiziții publice privit în totalitatea sa.

89. Referindu-ne pentru început la modificarea de preț în sine, trebuie observat că pericolul unei denaturări a concurenței este mai mic în cazul unor reduceri de preț decât în cazul unor majorări. Reducerea aplicată remunerației are un efect benefic pentru autoritatea contractantă și, în plus, ameliorează, în mod normal, eficacitatea economică a executării contractului de achiziții.

90. Totuși, nu trebuie exclus de la început că și o înțelegere privind o remunerație mai scăzută poate avea cândva efecte de natură să denatureze concurența. Asupra acestui aspect a atras atenția, în mod corect, guvernul lituanian.

91. Important este ca întotdeauna să fie cunoscute condițiile pe care autoritatea contractantă, *la data modificării contractului,* le-ar fi putut primi pe piață. Dacă, de exemplu, prețurile pentru serviciul care face obiectul contractului au scăzut în mod general de la data atribuirii inițiale a contractului de achiziții publice, simpla înțelegere privind o remunerație mai scăzută nu oferă nicio garanție privind respectarea principiului concurenței și a principiului eficacității economice. Mai degrabă trebuie verificat dacă, la momentul modificării contractului, alți posibili prestatori de servicii ar fi putut oferi autorității contractante serviciul solicitat la un preț mai avantajos decât cel oferit de partenerul său contractual actual.

92. Totuși, pe baza informațiilor de care dispunem, nu există elemente concrete pentru a putea susține că în speță autoritatea contractantă ar fi putut obține, în cazul desfășurării unei noi proceduri de atribuire,

un preț mai avantajos pentru un serviciu echivalent decât cel obținut prin convenirea celui de al doilea act adițional la contractul de bază încheiat cu APA, în calitate de actual prestator de servicii.

93. În sfârșit, în ceea ce privește importanța modificării de preț operate în raport cu întregul contract de achiziții publice, trebuie remarcat faptul că reducerea de preț majorată a fost convenită numai pentru unul dintre serviciile oferite – solicitările online ale serviciilor de informații ale APA –, și nu, de exemplu, pentru totalitatea serviciilor ce urmează a fi furnizate de APA. Chiar dacă o reducere de preț majorată cu zece puncte procentuale nu este lipsită de importanță pentru serviciul parțial în cauză, raportată la întregul contract, aceasta are în mod evident o importanță mai redusă.

94. În cele din urmă însă, Bundesvergabeamt este cel care trebuie să opereze constatările necesare privind importanța modificărilor de preț, atât în ceea ce privește serviciul parțial în cauză, cât și referitor la contractul de achiziții publice privit în totalitatea sa.

95. În ceea ce ne privește, pe baza informațiilor de care dispune Curtea, apreciem că nu trebuie considerată drept modificare substanțială de contract o modificare de preț precum cea rezultată în urma reducerii de preț acordate în anul 2005 prin intermediul celui de al doilea act adițional.

4. Cu privire la a doua întrebare

96. Prin intermediul celei de a doua întrebări, Bundesvergabeamt urmărește să afle, în esență, dacă trebuie să se considere drept o nouă atribuire a unui contract de achiziții publice de servicii, în sensul Directivei 92/50, faptul că autoritatea contractantă și prestatorul de servicii modifică un contract de prestări de servicii încheiat între ele și aflat în curs de derulare în sensul că:

— în urma conversiei într-o nouă monedă, remunerațiile stabilite prin contract nu mai sunt exprimate în moneda națională, ci în euro;

— prin raportare la un nou indice, care îl înlocuiește pe cel folosit până atunci, clauza de indexare care figurează în contract a fost reformulată și

— începând din acest moment, anumite remunerații vor deroga de la cele stabilite anterior.

97. Această întrebare își are originea în primul act adițional la contractul de bază, adoptat în anul 2001, care a produs aceste modificări ale prevederilor privind remunerația.

98. Ajustări pur tehnice ale contractului, care nu au o influență semnificativă asupra raportului juridic dintre autoritatea contractantă și partenerul său contractual, nu reprezintă sub nicio formă o modificare de fond a contractului. Cu atât mai mult, acestea nu pot fi considerate drept modificări substanțiale ale contractului care să necesite desfășurarea unei proceduri de atribuire.

99. Dacă, în urma conversiei în moneda euro, un contract existent a fost modificat în sensul că remunerațiile convenite până atunci au fost exprimate în noua monedă, fără a avea loc însă o majorare sau o reducere materială, atunci nu avem de a face cu modificări substanțiale de contract, ci doar cu o adaptare de ordin tehnic a unui contract existent la circumstanțe externe modificate [44]. Din această ajustare de ordin tehnic face parte, de exemplu, și rotunjirea în plus sau în minus a sumelor calculate în euro, în conformitate cu dispozițiile legale în vigoare.

100. La fel, raportarea la un alt indice de indexare decât cel stabilit inițial poate reprezenta o ajustare de ordin pur tehnic a contractului în măsura în care cei doi indici sunt echivalenți. La o astfel de echivalență face trimitere mențiunea din ordonanța de trimitere, conform căreia, în cazul noului indice, este vorba despre un indice ulterior, care îl înlocuiește pe cel de până atunci. Totuși, Bundesvergabeamt va trebui, în plus, să se asigure că și modul de funcționare al noului indice este echivalent cu cel al indicelui utilizat anterior. În mod special, aceasta presupune, în esență, o echivalență a coșurilor de consum sau a altor indicatori de referință la care se raportează fiecare indice în parte.

101. Dacă, în schimb, partenerii contractuali folosesc o conversie monetară sau o ajustare a indicelui pentru a modifica și din punct de vedere material remunerațiile convenite inițial, atunci aceste măsuri depășesc prin amploarea lor o ajustare de ordin pur tehnic a contractului. În acest caz, nu mai putem exclude de la început că nu a avut loc o modificare substanțială a contractului, care să aibă efecte asupra concurenței existente între prestatorii de servicii.

102. Conform ordonanței de trimitere, în speță, modificările aduse contractului de bază odată cu primul act adițional au însemnat faptul că, din acel moment, pentru preluarea comunicatelor de presă emise de autoritățile federale în baza OTS pentru anii 2002, 2003 și 2004 a fost stabilit un plafon al remunerației care nu putea fi depășit.

103. Bundesvergabeamt va trebui să verifice dacă prin aceasta s-a operat o modificare substanțială în raport cu remunerațiile

44 — De fapt, o ajustare a contractului cu ocazia conversiei într-o nouă monedă nu ar fi fost neapărat necesară, deoarece prin cadrul juridic existent se garanta deja că toate remunerațiile exprimate anterior în moneda națională se vor înțelege pe viitor drept remunerații exprimate în euro, fără ca aceasta să aibă ca efect o modificare a obligațiilor contractuale existente [a se vedea de asemenea articolele 3 și 5 din Regulamentul (CE) nr. 1103/97 al Consiliului din 17 iunie 1997 privind anumite dispoziții referitoare la introducerea monedei euro, JO L 162, p. 1, Ediție specială, 10/vol. 1, p. 81]. Dar, astfel cum au menționat în mod întemeiat APA și APA-OTS, o ajustare explicită a contractului, în special în cazul unui contract pe durată nedeterminată, precum cel în speță, poate fi oportună pentru a evita efortul administrativ cauzat de o conversie monetară repetabilă în mod constant.

stabilite în contractul de bază. Hotărâtoare în această privință este evoluția remunerațiilor indexate stabilite în contractul de bază care era de așteptat, la o abordare obiectivă, pe baza informațiilor disponibile în anul 2001.

104. Dacă plafoanele pentru remunerații stabilite pentru anii 2002, 2003 și 2004 corespund, în esență, cu prețurile care, după toate probabilitățile, ar fi rezultat și în urma aplicării clauzei de indexare stabilite în contractul de bază, atunci nu avem de a face cu o modificare substanțială a contractului [45]. Dacă, dimpotrivă, acestea se îndepărtează în mod evident de la evoluția prețurilor care era de așteptat conform contractului de bază, atunci trebuie verificate efectele acestei modificări asupra concurenței, criteriile prezentate mai sus, în a doua parte a celei de a treia întrebări [46], găsindu-și aici aplicare.

105. În ceea ce ne privește, în temeiul informațiilor de care dispune Curtea, suntem de părere că modificările de preț precum cele convenite în primul act adițional au evoluat în limitele majorărilor de preț anuale, astfel cum acestea puteau fi prevăzute în 2001, și că, din acest motiv, ele nu reprezintă o modificare substanțială a contractului.

45 — Baremurile liniare maxime stabilite pentru anii 2002, 2003 și 2004 prin adoptarea primului act adițional se deosebesc doar în mod nesemnificativ. Sub rezerva unei verificări mai amănunțite efectuate de Bundesvergabeamt, asemenea diferențe nesemnificative de preț care apar de la an la an par să evolueze în limitele evoluției generale a prețurilor așteptate pentru anii următori, în baza prognozei din anul 2001.

46 — A se vedea punctele 81-94 din prezentele concluzii.

B — *Cu privire la a patra și la a cincea întrebare*

106. A patra și a cincea întrebare, pe care Bundesvergabeamt le consacră procedurilor de atribuire aplicabile și dovezii privind capacitatea unui prestator de servicii de a furniza serviciul respectiv, pornesc de la premisa că operațiuni precum cele din anii 2000, 2001 și 2005 pot fi calificate efectiv drept atribuire a unui contract de achiziții publice de servicii.

107. În temeiul informațiilor de care dispune Curtea, suntem de părere că niciuna dintre aceste operațiuni nu reprezintă o astfel de atribuire [47]. În consecință, vom examina întrebările a patra și a cincea doar în subsidiar.

1. Cu privire la a patra întrebare

108. Prin intermediul celei de a patra întrebări, Bundesvergabeamt urmărește, în esență, să afle dacă un contract de achiziții publice de servicii poate fi atribuit ca un singur contract în baza unei proceduri de atribuire fără publicarea în prealabil a unui anunț de

47 — A se vedea în acest sens susținerile noastre în legătură cu prima, cu a doua și cu a treia întrebare (punctele 41-105 din prezentele concluzii).

participare atunci când acest contract are ca obiect în principal servicii neprioritare, iar un drept de exclusivitate în sensul articolului 11 alineatul (3) litera (b) din Directiva 92/50 nu există pentru toate, ci numai pentru unele dintre serviciile care urmează să fie prestate.

a) Servicii prioritare și servicii neprioritare

109. Potrivit articolelor 8 și 10 din Directiva 92/50, aceasta distinge între servicii prioritare și servicii neprioritare. Primele sunt definite în anexa I A la directivă, iar cele din urmă în anexa I B. Această reglementare își are originea în faptul că, ținând seama de natura lor specifică, contractele care privesc la astfel de servicii neprioritare nu prezintă a priori un interes transfrontalier susceptibil să justifice atribuirea lor pe calea unei proceduri de cerere de ofertă [48].

110. Plecând de la argumentele prezentate de APA și de APA-OTS, Bundesvergabeamt consideră că serviciile de agenție de presă, precum cele convenite în speță, reprezintă o îmbinare între servicii prioritare și servicii neprioritare [49], cele neprioritare având, prin prisma valorii lor, un caracter clar dominant.

111. Dacă se consideră aceste aprecieri ca fiind corecte [50], atunci contractului de achiziții publice de servicii atribuit APA i se aplică, în ansamblu, regimul serviciilor neprioritare (articolul 10 din Directiva 92/50). Este vorba, în consecință, despre un contract de achiziții publice care nu trebuie supus niciunei proceduri specifice de atribuire în sensul titlului III din Directiva 92/50 [51].

b) Aplicabilitatea principiului transparenței

112. Totuși, în temeiul unei jurisprudențe constante, normele fundamentale ale Tratatului CE, în general, și principiul nediscriminării pe motive de naționalitate, în special, trebuie respectate de asemenea și în cazul atribuirilor de contracte de achiziții publice pentru care directivele în materia contractelor de achiziții publice nu prevăd proceduri

48 — A se vedea Hotărârea Comisia/Irlanda (citată la nota de subsol 25, punctul 25).

49 — APA și APA-OTS consideră că serviciile lor de documentare se încadrează în domeniul „Servicii bibliotecare” („Library services”, referință CPC nr. 96311), iar serviciile OTS se încadrează în domeniul „Servicii de mesagerie electronică” („Electronic message and information services”, referință CPC nr. 75232).

50 — Ordonanța de trimitere definește situația de fapt în care urmează a se formula răspunsuri la întrebările preliminare; a se vedea în acest sens jurisprudența citată la nota de subsol 43.

51 — În conformitate cu articolul 9 coroborat cu articolul 10 din Directiva 92/50, (doar) articolele 14 și 16 se aplică acestor contracte de achiziții, articole care nu au nicio semnificație pentru întrebările relevante în speță. Celelalte norme de procedură prevăzute de Directiva 92/50, în special cele privind procedura de atribuire cu publicarea în prealabil a unui anunț de participare, nu se aplică acestor contracte de achiziții (Hotărârea Comisia/Irlanda, citată la nota de subsol 25, punctele 23 și 24). Cu toate acestea, se aplică principiul nediscriminării prevăzut la articolul 3 alineatul (2) din Directiva 92/50 (Hotărârea din 27 octombrie 2005, Contse și alții, C-234/03, Rec., p. I-9315, punctul 47).

de atribuire specifice [52]. Curtea a precizat abia recent că aceasta se aplică și în cazul atribuirii contractelor de achiziții publice privind servicii neprioritare [53].

113. De aceea, dacă un contract de achiziții privind servicii neprioritare prezintă un interes transfrontalier cert, acestuia îi este aplicabil *principiul transparenței* derivat din libertățile fundamentale, iar contractul de achiziții nu poate să fie atribuit în lipsa oricărei transparențe [54].

114. Bundesvergabeamt va avea de verificat dacă, în privința prestării de servicii de agenție de presă, precum cele care fac obiectul contractului în speță, există un interes transfrontalier cert [55]. În această privință, trebuie luate în considerare, printre altele, următoarele aspecte:

— Faptul că numeroase agenții de presă sunt prezente la nivel internațional pledează pentru existența unui interes transfrontalier. Intrarea pe piață în anul 1999 a PN arată de asemenea că piața austriacă nu este lipsită de orice interes pentru noii furnizori.

— Acordurile de colaborare existente actualmente între diferitele agenții de presă prezente pe piețele lor naționale nu exclud de la început, astfel cum a fost menționat în cadrul procedurii orale, posibilitatea ca, pe viitor, unele dintre aceste agenții să dorească să își intensifice implicarea în cadrul unei piețe precum cea austriacă printr-o prezență locală pe cont propriu.

— Faptul că o mare parte din serviciile de care au nevoie autoritățile federale austriece prezintă legături specifice cu Austria și de asemenea cu evenimentele regionale din landuri ar putea pleda împotriva existenței unui interes transfrontalier.

c) Conținutul principiului transparenței

115. În fond, principiul transparenței impune asigurarea unui *grad de publicitate*

52 — A se vedea Hotărârea Parking Brixen (citată la nota de subsol 32, punctul 46). A se vedea de asemenea Hotărârea din 7 decembrie 2000, Telaustria și Telefonadress (C-324/98, Rec., p. I-10745, punctul 60), Hotărârea din 21 iulie 2005, Coname (C-231/03, Rec., p. I-7287, punctul 16), Hotărârea din 20 octombrie 2005, Comisia/Franța (C-264/03, Rec., p. I-8831, punctul 33), Hotărârea ANAV (citată la nota de subsol 34, punctul 18), și Hotărârea din 14 iunie 2007, Medipac-Kazantzidis (C-6/05, Rep., p. I-4557, punctul 33), precum și Ordonanța din 3 decembrie 2001, Vestergaard (C-59/00, Rec., p. I-9505, punctul 20).

53 — A se vedea Hotărârea Comisia/Irlanda (citată la nota de subsol 25, punctul 29).

54 — A se vedea Hotărârea Comisia/Irlanda (citată la nota de subsol 25, punctul 30). A se vedea în plus, în legătură cu principiul transparenței, Hotărârea Telaustria și Telefonadress (citată la nota de subsol 52, punctul 62), Hotărârea Coname (citată la nota de subsol 52, punctele 16 și 17), Hotărârea Parking Brixen (citată la nota de subsol 32, punctele 46-49), precum și Hotărârea ANAV (citată la nota de subsol 34, punctele 18-21).

55 — A se vedea Hotărârea Comisia/Irlanda (citată la nota de subsol 25, punctele 29 și 30); în același sens, a se vedea Hotărârea din 31 ianuarie 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, Rep., p. I-349, punctul 67).

*adecvat* [56] . Până în prezent, este în mare parte neclarificat care sunt cerințele exacte ce rezultă din acest principiu în legătură cu atribuirea de contracte pentru care directivele în materia contractelor de achiziții publice nu prevăd proceduri de atribuire specifice. Sigur este doar faptul că principiul transparenței nu implică în mod necesar obligația derulării unei proceduri de cerere de ofertă [57].

116. În cele din urmă, revine autorității contractante să aprecieze în fiecare caz în parte care este gradul adecvat de publicitate pentru ca atribuirea de contracte de achiziții publice să fie deschisă concurenței și pentru a permite verificarea imparțialității cu care s-a desfășurat procedura de atribuire [58].

117. În mod general, principiul transparenței nu ar trebui interpretat în sensul că întotdeauna trebuie să se aplice o procedură de atribuire care să corespundă în toate detaliile celei stabilite de directivele în materia contractelor de achiziții publice [59]. Altfel, deosebirea dintre atribuirile de contracte de achiziții publice care se situează în domeniul de aplicare al acestor directive și cele care nu sunt cuprinse în acest domeniu ar fi într-adevăr lipsită de utilitate; chiar și pragurile financiare stabilite de legiuitorul comunitar ar fi, în mare măsură, private de semnificația lor.

118. Cu atât mai mult, principiul transparenței nu implică, pentru atribuirea de contracte de achiziții pentru care directivele în materia contractelor de achiziții publice nu prevăd proceduri specifice de atribuire, exigențe mai stricte decât pentru acele atribuiri pentru care aceste directive prevăd astfel de proceduri [60]. În cele din urmă, directivele în materia contractelor de achiziții publice nu reprezintă altceva decât o concretizare a principiului transparenței pentru anumite atribuiri de contracte de achiziții publice de o importanță deosebită [61].

119. În ceea ce privește contractele de achiziții publice care au ca obiect în totalitate sau în principal servicii neprioritare, principiul transparenței nu poate impune un grad mai mare de publicitate decât în cazul contractelor de achiziții publice care au ca obiect în totalitate sau în principal servicii prioritare.

56 — A se vedea Hotărârea Telaustria și Telefonadress (citată la nota de subsol 52, punctul 62), Hotărârea Coname (citată la nota de subsol 52, punctele 16 și 17), Hotărârea Parking Brixen (citată la nota de subsol 32, punctul 49), precum și Hotărârea ANAV (citată la nota de subsol 34, punctul 21).

57 — A se vedea Hotărârea Coname (citată la nota de subsol 52, punctul 21); ambiguă în această privință, Hotărârea Parking Brixen (citată la nota de subsol 32, punctul 50), care, în versiunea oficială în limba germană, se referă la *„Ausschreibung"* („licitație"), ceea ce probabil are la origine traducerea neinspirată a expresiei din limba franceză *„mise en concurrence"* („asigurarea condițiilor de concurență").

58 — A se vedea Hotărârea Telaustria și Telefonadress (citată la nota de subsol 52, punctul 62), Hotărârea Parking Brixen (citată la nota de subsol 32, punctele 49 și 50) și Hotărârea ANAV (citată la nota de subsol 34, punctul 21). Indicații utile se găsesc în acest context și în Comunicarea interpretativă a Comisiei privind dreptul comunitar aplicabil în cazul atribuirilor de contracte cărora nu li se aplică sau nu li se aplică în totalitate dispozițiile directivelor în materie de achiziții publice (JO 2006, C 179, p. 2).

59 — A se vedea în legătură cu aceasta concluziile noastre prezentate în cauza Parking Brixen (citate la nota de subsol 32, punctul 37).

60 — A se vedea în acest sens Concluziile avocatului general Jakobs prezentate la 2 iunie 2005 în cauza Comisia/Italia (Hotărârea din 27 octombrie 2005, C-525/03, Rec., p. I-9405, punctul 47), Concluziile avocatului general Stix-Hackl prezentate la 14 septembrie 2006 în cauza Comisia/Irlanda (Hotărârea din 18 decembrie 2007, C-532/03, Rep., p. I-1135, punctul 111) și Concluziile avocatului general Sharpston prezentate la 18 ianuarie 2007 în cauza Comisia/Finlanda (Hotărârea din 26 aprilie 2007, C-195/04, Rep., p. I-3351, punctele 76 și 77); a se vedea de asemenea concluziile noastre prezentate în cauza Parking Brixen (citate la nota de subsol 32, punctul 46).

61 — A se vedea în acest sens Hotărârea din 13 noiembrie 2007, Comisia/Irlanda (citată la nota de subsol 25, punctele 27-29); a se vedea de asemenea concluziile noastre prezentate în cauza Parking Brixen (citate la nota de subsol 32, punctul 47).

120. Pentru contracte privind servicii care, în baza protecției acordate drepturilor de exclusivitate [62], pot fi executate numai de anumiți prestatori de servicii, aceasta înseamnă că pot fi întotdeauna atribuite în baza unei proceduri negociate fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, indiferent dacă este vorba despre servicii prioritare sau despre servicii neprioritare. Într-adevăr, întrucât articolul 11 alineatul (3) litera (b) din Directiva 92/50 permite să se recurgă la o astfel de procedură chiar în cazul serviciilor prioritare, cu atât mai mult trebuie să fie admisibil ca servicii neprioritare să fie atribuite în baza acestei proceduri. În această măsură, considerațiile exprimate la articolul 11 alineatul (3) din Directiva 92/50 pot fi transpuse și în domeniul serviciilor neprioritare. Din moment ce articolul 11 alineatul (3) din Directiva 92/50 nu presupune publicarea prealabilă a unui anunț de participare, nu poate să rezulte altceva din conținutul principiului transparenței [63].

121. Transparența adecvată, care să garanteze că atribuirea de contracte de achiziții publice este deschisă concurenței și care să permită verificarea imparțialității cu care s-a desfășurat procedura de atribuire, poate să fie asigurată, în cazul serviciilor vizate la articolul 11 alineatul (3) din Directiva 92/50, și printr-o publicare ulterioară.

d) Atribuirea unui contract mixt de prestări de servicii ca fiind un singur contract

122. Rămâne de verificat dacă un contract de achiziții publice de servicii poate fi atribuit ca fiind un *singur contract,* în baza unei proceduri negociate fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, atunci când un drept de exclusivitate, în sensul articolului 11 alineatul (3) litera (b) din Directiva 92/50, nu există pentru toate, ci numai pentru unele dintre serviciile ce urmează a fi prestate.

123. În principiu, fiind o derogare de la prevederile care asigură caracterul efectiv al drepturilor acordate prin Tratatul CE în domeniul contractelor de achiziții publice de servicii, articolul 11 alineatul (3) din Directiva 92/50 trebuie interpretat restrictiv [64]. În ceea ce privește atribuirile de contracte de achiziții publice care au ca obiect un ansamblu de servicii, aceasta înseamnă că procedura negociată fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare trebuie să fie folosită numai pentru serviciile prevăzute în mod concret la articolul 11 alineatul (3).

124. Totuși, o asemenea atribuire separată de servicii, în sensul articolului 11 alineatul (3) litera (b) din Directiva 92/50, poate fi avută în vedere numai în cazul în care

62 — Obligația de a verifica dacă în speță există un astfel de drept de exclusivitate revine Bundesvergabeamt.

63 — A se vedea în acest sens și Comunicarea Comisiei, citată la nota de subsol 58 (punctul 2.1.4).

64 — A se vedea Hotărârea din 10 aprilie 2003, Comisia/Germania (C-20/01 și C-28/01, Rec., p. I-3609, punctul 58), și Hotărârea din 18 noiembrie 2004, Comisia/Germania (C-126/03, Rec., p. I-11197, punctul 23). A se vedea de asemenea articolul 11 alineatul (4) din Directiva 92/50, conform căruia „în toate celelalte cazuri” trebuie să se aplice o procedură deschisă sau o procedură restrânsă.

contractul de achiziții publice este divizibil. Aceasta nu poate depinde doar de caracterul, în mod teoretic, divizibil al contractului de achiziții, ci trebuie să se țină de asemenea cont de destinația și de utilitatea practică a serviciilor, după cum acestea sunt furnizate separat sau de către un singur furnizor.

125. În speță, APA și APA-OTS, Republica Austria și Bundeskanzleramt au argumentat de o manieră convingătoare cât de strâns sunt conectate între ele diferitele servicii de agenție de presă prevăzute în contractul de bază. De aceea, nu este adecvat din punct de vedere obiectiv ca articole de presă să fie procurate de la un prestator de servicii, iar reacțiile la acestea să fie difuzate prin intermediul unui alt prestator de servicii, deoarece nu se poate asigura că ambii prestatori de servicii servesc același client final. Conform acestora, nu se poate replica la un articol publicat în ziarul A cu o reacție publicată în ziarul B. În plus, pentru a asigura atractivitatea serviciilor pentru utilizator, este de o importanță decisivă ca baze de date interconectate să se poată accesa prin intermediul unei interfețe unice.

126. Faptul că serviciile OTS nu mai sunt furnizate între timp de APA, ci de APA-OTS nu reprezintă un argument în favoarea caracterului divizibil al părților componente ale contractului, deoarece, astfel cum am menționat, este vorba în speță despre o reorganizare pur internă a prestatorului de servicii. Din punct de vedere economic nu a avut loc o schimbare la nivelul prestatorului de servicii, APA-OTS fiind controlată de APA ca și când ar fi un departament propriu [65]. De asemenea, diferitele servicii sunt în continuare interconectate și pot fi consultate de utilizator prin intermediul unei interfețe unice.

127. Sub rezerva unei aprecieri concrete a situației de fapt de către Bundesvergabeamt, toate aceste elemente reprezintă argumente împotriva caracterului divizibil al contractului de prestări de servicii încheiat între Republica Austria și APA și, prin urmare, împotriva existenței unei obligații de a atribui în mod separat diferitele părți ale contractului.

128. Faptul că în speță contractul de prestări de servicii are ca obiect atât servicii prioritare, cât și servicii neprioritare nu schimbă nimic în această privință. Astfel cum reiese din articolul 10 din Directiva 92/50, nu este absolut necesar ca serviciile prioritare și serviciile neprioritare să fie atribuite în mod separat [66].

129. S-ar putea ajunge la concluzia contrară numai în cazul în care autoritatea contractantă, în mod arbitrar sau cu singurul scop de a eluda reglementările în materia atribuirii de contracte de achiziții publice, ar fi grupat diferitele servicii într-un singur contract de prestări de servicii [67]. Însă, în speță nu există niciun element concret în acest sens. Din contră, pe baza informațiilor deținute de Curte, există motive obiective care susțin o atribuire a tuturor serviciilor în cauză în cadrul unui singur contract [68].

65 — A se vedea punctele 20, 61 și 62 din prezentele concluzii.

66 — A se vedea de asemenea Hotărârea Felix Swoboda, citată la nota de subsol 15 (punctele 56 și 60).

67 — *Ibidem* (punctele 57 și 60).

68 — A se vedea punctul 125 din prezentele concluzii.

e) Concluzie intermediară

130. În consecință, în ceea ce privește a patra întrebare se poate rezuma:

Un contract de achiziții publice de servicii poate fi atribuit în cadrul unui singur contract printr-o procedură negociată fără publicarea în prealabil a unui anunț de participare atunci când contractul de achiziții are ca obiect în principal servicii neprioritare, iar un drept de exclusivitate, în sensul articolului 11 alineatul (3) litera (b) din Directiva 92/50, nu există pentru toate, ci numai pentru unele dintre serviciile ce urmează a fi furnizate, cu excepția cazului în care diferitele servicii, în mod arbitrar sau cu singurul scop de a eluda reglementările în materia atribuirii de contracte de achiziții publice, au fost grupate într-un singur contract de prestări de servicii.

2. Cu privire la a cincea întrebare

131. Prin intermediul celei de a cincea întrebări, Bundesvergabeamt urmărește să afle, în esență, dacă un operator poate să facă dovada capacității sale de a executa un contract de achiziții publice de servicii prin simpla afirmare a faptului că un alt operator are obligația, în temeiul articolului 82 CE, să îi transmită anumite informații în condiții echitabile.

132. Această întrebare își are originea în faptul că furnizarea de servicii de agenție de presă, precum cele solicitate în speță de autoritățile federale austriece, presupune accesul la o arhivă completă, în cadrul căreia pot fi consultate printre altele informații și texte cu caracter istoric. Conform informațiilor menționate în ordonanța de trimitere, PN nu dispune nicidecum de o arhivă conținând date cu caracter istoric care să poată fi comparată cu cea aparținând APA. De asemenea, APA nu permite concurenților săi accesul la arhivele sale, în orice caz, nu în scopul recomercializării datelor care pot fi consultate în arhivă. În aceste condiții, trebuie clarificat dacă, pentru a dovedi capacitatea sa de a furniza serviciile, în sensul articolului 31 din Directiva 92/50, PN poate argumenta că are un drept legal de acces la arhiva APA, în special la baza de date APADok.

133. Prin aceasta se face trimitere în mod voalat la doctrina „essential facilities" din dreptul concurenței. În temeiul jurisprudenței aplicabile, în contextul articolului 82 CE – în orice caz, numai în împrejurări excepționale –, refuzul unei întreprinderi având o poziție dominantă pe piață de a permite unei alte întreprinderi accesul la bunuri, la servicii sau la date indispensabile („essential facilities") se poate considera ca fiind abuziv [69]. În astfel de cazuri, din articolul 82 CE poate rezulta pentru întreprinderea având o poziție dominantă pe piață o obligație de a contracta.

69 — A se vedea Hotărârea din 6 aprilie 1995, RTE și ITP/Comisia, cunoscută sub numele de „Magill" (C-241/91 P și C-242/91 P, Rec., p. I-743, punctele 49-57), Hotărârea din 26 noiembrie 1998, Bronner (C-7/97, Rec., p. I-7791, punctele 38-47), și Hotărârea din 29 aprilie 2004, IMS Health (C-418/01, Rec., p. I-5039).

134. Totuși, în speță, nu este esențial să se clarifice dacă o bază de date precum arhiva APADok, administrată de APA, conține date indispensabile pentru concurenții acesteia, fiind, așadar, o „essential facility”, și dacă există împrejurări excepționale care să oblige APA să permită concurenților săi accesul la arhiva sa în condiții echitabile.

135. Or, un prestator de servicii care, pentru a putea participa la o procedură de atribuire, înțelege să facă trimitere la mijloacele altor organisme sau întreprinderi, trebuie să dovedească că dispune *în mod efectiv* de asemenea mijloace [70]. Altfel, este imposibil pentru autoritatea contractantă să realizeze o comparație relevantă între capacitatea sa de a furniza serviciile și cea a altor potențiali prestatori de servicii. Dacă autoritatea contractantă ar dori să se încreadă doar în capacitatea *potențială* a prestatorului de servicii de a dispune de mijloacele în cauză, și-ar asuma riscul de a atribui contractul de achiziții unui operator a cărui capacitate de a furniza serviciile s-ar dovedi ulterior – adică în cazul apariției unor dificultăți în legătură cu accesul la mijloacele considerate drept necesare – deficitară. În același timp, ar împiedica probabil atribuirea contractului de achiziții altui operator, în mod real capabil să furnizeze serviciile. O asemenea manieră de a proceda nu ar fi conformă nici cu principiul egalității de șanse a tuturor prestatorilor de servicii potențiali, nici cu principiul eficacității economice a procedurii de atribuire.

70 — A se vedea Hotărârea din 2 decembrie 1999, Holst Italia (citată la nota de subsol 31, punctul 29), Hotărârea din 18 martie 2004, Siemens și ARGE Telekom (citată la nota de subsol 15, punctul 44), și Hotărârea din 18 noiembrie 2004, Comisia/Germania (citată la nota de subsol 64, punctul 22). A se vedea de asemenea, pentru cauzele viitoare, articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18, prin care a fost codificată această jurisprudență.

136. O agenție de presă precum PN nu poate, așadar, să se rezume la a pretinde că are un drept de acces la arhivele APA, ci trebuie să dovedească concret că acest acces îi este asigurat în mod efectiv, de exemplu, sub forma unui angajament asumat expres sau a unui contract de licență existent. Altfel, nu poate, invocând arhivele APA, să dovedească cu succes capacitatea sa de a furniza serviciile în cadrul unei proceduri de atribuire.

137. Termenele adesea scurte în cadrul cărora trebuie luată o decizie privind procedura de atribuire nu permit clarificarea, deseori dificilă, a aspectelor legale complexe care apar în legătură cu articolul 82 CE și cu doctrina „essential facilities”. Operatorul respectiv trebuie să tranșeze un eventual litigiu în legătură cu acest aspect înainte de a-și prezenta candidatura pentru un contract de achiziții publice.

138. În consecință, în legătură cu a cincea întrebare, se poate reține că un operator nu poate să facă dovada capacității sale de a executa un contract de achiziții publice de servicii prin simpla afirmare a faptului că un alt operator are obligația, în temeiul articolului 82 CE, să îi transmită anumite informații în condiții echitabile.

C — *Cu privire la a șasea și la a șaptea întrebare*

139. Prin intermediul celei de a șasea și al celei de a șaptea întrebări, Bundesvergabeamt urmărește să se stabilească întinderea protecției juridice care trebuie acordată unui operator nereținut de autoritatea contractantă. Aceste întrebări implică de asemenea în mod necesar ca operațiuni precum cele din anii 2000, 2001 și 2005 să poată fi calificate efectiv drept atribuire a unui contract de achiziții publice de servicii. Acest lucru este recunoscut și de Bundesvergabeamt în ordonanța de trimitere.

140. În temeiul informațiilor de care dispune Curtea, astfel cum am menționat deja, considerăm că niciuna dintre aceste operațiuni nu reprezintă o astfel de atribuire [71]. În consecință, vom examina întrebările a șasea și a șaptea doar în subsidiar.

1. Cu privire la a șasea întrebare

141. A șasea întrebare formulată de Bundesvergabeamt are ca obiect interpretarea termenului „lezat", utilizat la articolul 1 alineatul (3) și la articolul 2 alineatul (1) litera (c) din Directiva 89/665. Astfel cum am menționat deja [72], această întrebare este admisibilă numai în ceea ce privește articolul 1 alineatul (3) din directivă.

142. Prin intermediul întrebării sale, Bundesvergabeamt urmărește să afle, în esență, dacă procedurile privind căile de atac pot fi declanșate prin simplul fapt că reclamantul afirmă că, din cauza că, în mod eronat, anunțul de participare nu a fost publicat, a fost privat de posibilitatea de a participa la o procedură de atribuire sau dacă reclamantul trebuie să facă în plus dovada capacității proprii de a executa contractul de achiziții publice în cauză. Prin urmare, trebuie să precizăm care sunt *condițiile de acces la procedurile privind căile de atac*.

143. Articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 permite statelor membre să îngrădească din două considerente dreptul de acces la procedurile privind căile de atac în legătură cu atribuirea de contracte de achiziții publice [73]: pe de o parte, prin necesitatea existenței unui interes al reclamantului pentru contractul de achiziții publice în cauză, iar pe de altă parte, prin necesitatea ca reclamantul să fi fost lezat, respectiv să existe riscul de a fi lezat. În acest fel pot fi excluse *actio popularis* sau căile de atac ale unor candidați lipsiți în mod evident de orice șansă.

71 — A se vedea în acest sens susținerile noastre în legătură cu prima, cu a doua și cu a treia întrebare (punctele 41-105 din prezentele concluzii).

72 — A se vedea în acest sens punctele 35-37 din prezentele concluzii.

73 — În urma extinderii domeniului de aplicare al Directivei 89/665 prin Directiva 92/50, referirea la contracte de achiziții publice de produse și la contracte de achiziții publice de lucrări trebuie înțeleasă în sensul că acestea cuprind toate contractele de achiziții publice, adică și contractele de achiziții publice de servicii. Faptul că numai articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665 a fost adaptat în mod corespunzător, nu și însă alineatul (3), pare să își aibă originea într-o greșeală redacțională a legiuitorului comunitar, care, pentru cazuri viitoare, a fost rectificată prin Directiva 2007/66.

144. În orice caz, aceasta nu trebuie să afecteze efectul util al directivei [74]. De aceea, îngrădirile aduse dreptului de acces trebuie să fie interpretate în lumina dublului obiectiv urmărit de directivă: pe de o parte, de a se asigura justițiabililor o *protecție juridică efectivă* în legătură cu atribuirea de contracte de achiziții publice și, pe de altă parte, de a permite efectuarea în mod adecvat a unui *control al legalității* deciziilor luate de autoritățile publice.

145. Or, astfel cum reiese din primul și din al doilea considerent ale sale, Directiva 89/665 vizează să întărească mecanismele existente atât la nivel național, cât și la nivel comunitar pentru a asigura aplicarea efectivă a directivelor comunitare în materia atribuirii contractelor de achiziții publice; în acest scop, articolul 1 alineatul (1) din această directivă impune statelor obligația de a asigura că deciziile ilegale luate de autoritățile contractante pot face obiectul unor căi de atac eficiente și cât mai rapide posibil [75].

146. În acest condiții, nu trebuie ca dreptul de acces la căile de atac în materia contractelor de achiziții publice să fie îngrădit excesiv. În mod special, pentru *admisibilitatea* unei căi de atac nu trebuie stabilite cerințe identice cu cele necesare pentru *temeinicia* sa [76].

147. Nu se poate pretinde, așadar, ca persoana vizată să prezinte încă din momentul depunerii cererii dovada concretă a faptului că a fost efectiv lezată sau că există un risc efectiv de a fi lezată. Dimpotrivă, trebuie să fie suficient pentru dreptul de acces la căile de atac faptul că, pe lângă încălcarea dispozițiilor legale de către autoritatea contractantă, persoana vizată *susține de o manieră convingătoare* că are un interes în obținerea contractului de achiziții în cauză, precum și că există *posibilitatea* de a fi lezat.

148. Eventualitatea unui prejudiciu trebuie reținută în cazul în care nu se poate exclude în mod evident că reclamantului, în lipsa încălcării comise de autoritatea contractantă, i-ar fi fost atribuit contractul de achiziții. În cazul în care contractul de achiziții publice – precum în speță – a fost atribuit în baza unei atribuiri directe [77] fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, rezultă deja din această blocare – pretins nelegală – a posibilității sale de a participa la procedura de atribuire că reclamantul a fost probabil privat de un contract de achiziții și că, prin urmare, a fost lezat [78].

74 — A se vedea Hotărârea din 19 iunie 2003, Fritsch, Chiari & Partner și alții (C-410/01, Rec., p. I-6413, punctele 31 și 34), Hotărârea din 12 decembrie 2002, Universale-Bau și alții (C-470/99, Rec., p. I-11617, punctul 72), și Hotărârea din 12 februarie 2004, Grossmann Air Service (C-230/02, Rec., p. I-1829, punctul 42).

75 — A se vedea Hotărârea din 28 octombrie 1999, Alcatel Austria și alții (C-81/98, Rec., p. I-7671, punctele 33 și 34), precum și Hotărârile Fritsch, Chiari & Partner și alții (punctul 30), Universale-Bau și alții (punctul 74) și Grossmann Air Service (punctul 36), citate la nota de subsol 74.

76 — Simplul fapt că *la finalul procedurilor privind căile de atac* nu se poate dovedi producerea sau amenințarea cu producerea unui prejudiciu nu este suficient în sine pentru o pronunțare împotriva admisibilității căii de atac. A se vedea în acest sens Hotărârea din 19 iunie 2003, Hackermüller (C-249/01, Rec., p. I-6319, punctul 27).

77 — Denumită de asemenea și „încredințare directă”.

78 — A se vedea în acest sens și Ordonanța Bundesverfassungsgericht (Curtea Constituțională Federală germană) din 29 iulie 2004 (2 BvR 2248/03, paragraful 36 ultima teză).

149. Se poate pretinde persoanei vizate să prezinte, la momentul depunerii cererii care vizează căile de atac, dovada concretă a capacității sale de a furniza serviciul la fel de puțin cum i se poate pretinde să prezinte dovada că, în lipsa încălcării invocate, i-ar fi fost atribuit contractul de achiziții [79]. În caz contrar, accesul acesteia la procedurile privind căile de atac ar fi practic imposibil sau, cel puțin, excesiv de dificil [80]. În special în cazuri precum în speță, în care a avut loc o atribuire directă, ar fi aproape imposibil pentru persoana vizată să prezinte dovada concretă a capacității sale de a furniza serviciul, deoarece, în lipsa unei publicări prealabile a unui anunț de participare, i-ar lipsi informații exacte privind condițiile impuse de autoritatea contractantă.

150. Doar în mod excepțional cererea care vizează căile de atac poate fi respinsă *ab initio* ca inadmisibilă ca urmare a lipsei capacității persoanei vizate de a furniza serviciul, și anume atunci când lipsa capacității sale de a furniza serviciul este atât de evidentă încă de la momentul depunerii cererii, încât nu mai este nevoie de o verificare detaliată. Toate celelalte aspecte privesc temeinicia cererii.

151. Prin urmare, în legătură cu a șasea întrebare, concluzionăm că o cerere privind căile de atac, în sensul articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665, este admisibilă prin simplul fapt că reclamantul susține de o manieră convingătoare interesul său în obținerea contractului de achiziții publice, existența unei erori de drept și prejudiciul care a fost eventual cauzat sau care amenință să fie cauzat. În cazul în care contractul de achiziții publice a fost atribuit fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, din simplul fapt că persoana vizată a fost împiedicată să participe la procedura de atribuire rezultă că, probabil, reclamantul a fost lezat, cu excepția cazului în care lipsa capacității sale de a furniza serviciul este evidentă.

2. Cu privire la a șaptea întrebare

152. Prin intermediul celei de a șaptea întrebări, Bundesvergabeamt urmărește, în esență, să afle dacă este compatibil cu principiile echivalenței și efectivității faptul că dreptul național prevede, în materia contractelor de achiziții publice, pentru depunerea unei cereri de constatare care este o condiție prealabilă pentru o acțiune în despăgubiri ulterioară, un termen de prescriere de cel mult șase luni de la data atribuirii care se pretinde a contraveni dreptului contractelor de achiziții publice. Bundesvergabeamt se întreabă în continuare dacă principiul efectivității impune eventual o prelungire a termenului de șase luni menționat cu intervalele de timp pe parcursul cărora nu a existat nicio cale de atac eficace în dreptul național.

153. Această întrebare își are originea în faptul că PN a exercitat abia în iulie 2006 mai multe căi de atac în fața Bundesvergabeamt, așadar, în intervalul de timp de șase luni de la intrarea în vigoare, la 1 februarie 2006, a noilor prevederi procedurale reglementate la articolul 331 din BVergG 2006, dar la mai mult de șase luni de la evenimentele din anii 2000, 2001 și 2005 în litigiu în speță. În opinia Bundesvergabeamt, atribuirile directe („atribuiri *de facto*") nu pot fi „combătute efectiv" în Austria decât de la intrarea în vigoare a articolului 331 din BVergG 2006.

79 — *Ibidem* (paragrafele 26 și 29).

80 — A se vedea în acest sens, chiar dacă se referă la acordarea de daune interese, Concluziile avocatului general Geelhoed prezentate la 10 octombrie 2002 în cauza GAT (citată la nota de subsol 20, punctul 66).

154. Directiva 89/665 nu conține nicio reglementare expresă în legătură cu termenele aplicabile procedurilor care vizează căile de atac reglementate la articolul 1.

155. Punctul de plecare pentru a formula răspunsul la întrebarea adresată Curții este reprezentat astfel de *principiul autonomiei procedurale* a statelor membre [81]: potrivit unei jurisprudențe constante, în lipsa unei reglementări comunitare în materie, revine ordinii juridice interne a fiecărui stat membru să desemneze instanțele competente și să prevadă modalitățile procedurale aplicabile acțiunilor destinate să asigure protecția drepturilor conferite justițiabililor de dreptul comunitar; acestea nu trebuie să fie mai puțin favorabile decât căile de atac aplicabile acțiunilor similare în dreptul intern *(principiul echivalenței)* și nu trebuie să facă practic imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea drepturilor conferite de ordinea juridică comunitară *(principiul efectivității)* [82]. Ambele principii se regăsesc la articolul 1 din Directiva 89/665: principiul echivalenței la alineatul (2), iar principiul efectivității la alineatul (1).

156. *Principiul echivalenței* reprezintă expresia principiului general al egalității de tratament și al nediscriminării [83], care impune ca situații comparabile să nu fie tratate într-un mod diferit și ca situații diferite să nu fie tratate în același fel, cu excepția cazului în care un astfel de tratament este justificat în mod obiectiv [84].

157. Comisia, precum și APA și APA-OTS au făcut trimitere în mod întemeiat, în acest context, la o particularitate care caracterizează procedura privind căile de atac în materia contractelor de achiziții publice. Astfel, articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665 impune statelor membre să permită *un control cât mai rapid posibil* al încălcărilor dreptului contractelor de achiziții publice. Pe această cale trebuie, pe de o parte, să se asigure o protecție juridică efectivă și, pe de altă parte, să se creeze cât mai rapid posibil o stare de securitate juridică. Acest obiectiv justifică, eventual, ca pentru cererile care vizează căile de atac, în sensul Directivei 89/665, să se prevadă termene mai scurte decât termenele de prescripție prevăzute pentru acțiunile în despăgubiri în reglementările generale din dreptul intern.

158. Principiul echivalenței nu se opune, așadar, termenului de prescripție de șase luni stabilit pentru depunerea cererilor care vizează căile de atac prevăzut la articolul 332 alineatele (2) și (3) din BVergG 2006, chiar

81 — A se vedea Hotărârea Universale-Bau (citată la nota de subsol 74, punctul 71); a se vedea în legătură cu termenul de *autonomie procedurală* Hotărârea din 7 ianuarie 2004, Wells (C-201/02, Rec., p. I-723, punctul 67), Hotărârea din 4 iulie 2006, Adeneler și alții (C-212/04, Rec., p. I-6057, punctul 95), precum și Hotărârea din 28 iunie 2007, Bonn Fleisch (C-1/06, Rep., p. I-5609, punctul 41).

82 — A se vedea Hotărârea din 19 decembrie 1968, Salgoil (13/68, Rec., p. 680, 693), Hotărârea din 16 decembrie 1976, Rewe-Zentralfinanz și Rewe Zentral (33/76, Rec., p. 1989, punctul 5), Hotărârea din 14 decembrie 1995, Peterbroeck (C-312/93, Rec., p. I-4599, punctul 12), Hotărârea din 13 martie 2007, Unibet (C-432/05, Rep., p. I-2271, punctele 39 și 43), precum și Hotărârea din 7 iunie 2007, Van der Weerd și alții (C-222/05-C-225/05, Rep., p. I-4233, punctul 28).

83 — A se vedea punctul 67 din concluziile noastre prezentate la 9 ianuarie 2008 în cauza Impact (Hotărârea din 15 aprilie 2008, cauza C-268/06, Rep., p. I-2483). În legătură cu principiul egalității de tratament, a se vedea jurisprudența constantă, în special Hotărârea din 12 septembrie 2006, Eman și Sevinger (C-300/04, Rec., p. I-8055, punctul 57), Hotărârea din 3 mai 2007, Advocaten voor de Wereld (C-303/05, Rep., p. I-3633, punctul 56), și Hotărârea din 11 septembrie 2007, Lindorfer/Consiliul (C-227/04 P, Rep., p. I-6767, punctul 63).

84 — A se vedea de asemenea în acest sens, chiar dacă se referă la rambursarea taxelor, Hotărârea din 15 septembrie 1998, Edis (C-231/96, Rec., p. I-4951, punctul 37).

dacă, în temeiul dreptului național, termenul general de prescripție prevăzut pentru acțiunile în despăgubiri este mai lung.

159. În ceea ce privește *principiul efectivității,* rămâne totuși de verificat dacă un termen de prescripție precum cel prevăzut în dreptul austriac pentru cererile în constatare nu face practic imposibilă sau excesiv de dificilă pentru persoana vizată exercitarea ulterioară a dreptului de a obține daune interese, în sensul articolului 2 alineatul (1) litera (c) din Directiva 89/665.

160. În principiu, stabilirea unor termene de prescripție rezonabile pentru exercitarea căilor de atac nu se află în contradicție cu principiul efectivității, deoarece acesta este o aplicație a principiului fundamental al securității juridice [85].

161. Caracterul rezonabil al unui termen de prescripție trebuie apreciat totuși ținând cont de natura și de consecințele juridice ale fiecărei căi de atac în parte, precum și de drepturile și de interesele în cauză ale tuturor persoanelor vizate.

162. Astfel, stabilirea unui termen de prescripție absolut de șase luni pentru căile de atac care urmăresc desființarea – fie retroactivă, fie pentru viitor – a unor contracte existente este, în principiu, pe deplin rezonabilă [86]. Or, consecințele juridice deosebit de grave pe care le produce declararea nulității unui contract existent justifică stabilirea unui termen care curge indiferent dacă reclamantul a avut cunoștință sau, cel puțin, ar fi trebuit să aibă cunoștință de atribuirea ilegală în sensul dreptului contractelor de achiziții publice. Atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru partenerul său contractual există nevoia clară și legitimă de securitate juridică în legătură cu valabilitatea contractului existent.

163. Referitor la un caz precum cel în speță, trebuie avut însă în vedere că termenul de prescripție absolut de șase luni, astfel cum este prevăzut la articolul 332 alineatele (2) și (3) din BVergG 2006 pentru cererile în constatare în sensul articolului 331 alineatul (1) din această lege, afectează nu numai acea persoană care urmărește în mod concret anularea unui contract existent, ci și persoana care intenționează doar să demareze o etapă procedurală indispensabilă pregătirii unei acțiuni în despăgubiri ulterioare în fața instanțelor civile austriece.

164. În consecință, dacă a luat cunoștință abia după șase luni de prejudiciul care i-a fost provocat din cauza unei atribuiri care contravine dreptului contractelor de achiziții publice și care a avut loc fără publicarea

85 — Jurisprudență constantă. A se vedea, de exemplu, Hotărârea Rewe-Zentralfinanz și Rewe-Zentral (citată la nota de subsol 82, punctul 5), Hotărârea Edis (citată la nota de subsol 84, punctele 20 și 35), precum și Hotărârea din 17 iunie 2004, Recheio — Cash & Carry (C-30/02, Rec., p. I-6051, punctul 18); în mod special, în legătură cu Directiva 89/665, a se vedea și Hotărârea Universale-Bau (citată la nota de subsol 74, punctul 76), Hotărârea din 27 februarie 2003, Santex (C-327/00, Rec., p. I-1877, punctul 50), și Hotărârea din 11 octombrie 2007, Lämmerzahl (C-241/06, Rep., p. I-8415, punctul 50).

86 — A se vedea de asemenea în legătură cu aceasta articolul 2f alineatul (1) litera (b) coroborat cu articolul 2d alineatul (1) din Directiva 89/665, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2007/66.

prealabilă a unui anunț de participare (atribuire directă sau atribuire *de facto*), persoana vizată nu mai poate nici măcar să ceară acordarea de daune interese în fața instanțelor civile, deoarece în acest scop, în temeiul articolului 341 alineatul (2) din BVergG 2006, ar fi fost imperativ ca în prealabil să fi introdus o cerere în constatare, cerere care totuși, în acest moment este deja prescrisă.

165. Prin urmare, dincolo de domeniul său de aplicare propriu-zis, termenul de prescripție prevăzut la articolul 332 alineatele (2) și (3) din BVergG 2006 produce efecte și asupra procedurilor subsecvente, în privința cărora este însă excesiv de restrictiv. Or, în ceea ce privește exclusiv acțiunile în despăgubiri, nu există pentru autoritatea contractantă aceeași nevoie de a se asigura securitatea juridică precum în cazul valabilității unui contract existent.

166. În cazul în care un stat membru se prevalează de posibilitatea prevăzută la articolul 2 alineatele (2) și (5) din Directiva 89/665 și condiționează posibilitatea de a formula cereri de despăgubire de desfășurarea prealabilă și cu succes a unor proceduri în constatare, trebuie ca termenele valabile într-un astfel de caz să fie astfel structurate și aplicate încât să nu facă practic imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea efectivă a unei acțiuni în despăgubiri [87].

167. În ansamblu, principiul efectivității impune ca termenul aplicabil unei acțiuni în constatare, prin care reclamantul nu urmărește decât să pregătească exercitarea unei acțiuni în despăgubiri, să nu înceapă să curgă înainte ca reclamantul să aibă sau să fi trebuit să aibă cunoștință de faptul că a fost lezat. În schimb, în măsura în care reclamantul urmărește ca prin intermediul unei astfel de cereri în constatare să obțină, în egală măsură, și declararea nulității unui contract încheiat de autoritatea contractantă, pot fi prevăzute termene mai riguroase, care să înceapă să curgă indiferent de cunoașterea sau de posibilitatea de a avea cunoștință de un eventual prejudiciu.

168. Instanța națională trebuie, pe cât posibil, să interpreteze dreptul național procedural de așa manieră încât să asigure respectarea principiului efectivității rezultat din Directiva 89/665 și trebuie, la nevoie, să nu aplice nicio prevedere a cărei aplicare ar putea, în speță, să conducă la un rezultat care încalcă dreptul comunitar [88].

169. Într-un caz precum cel în speță, în care este vorba despre o atribuire directă fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, acest lucru înseamnă că termenul aplicabil acțiunii în constatare nu poate începe să curgă înainte ca persoana vizată să cunoască sau să fi trebuit să cunoască pretinsa încălcare a dreptului contractelor de achiziții publice în măsura în care o astfel de cerere reprezintă o condiție imperativă pentru desfășurarea unui proces ulterior având ca obiect obținerea de daune interese.

87 — Importanța modului în care sunt concret concepute și aplicate în practică regulile de stabilire a termenelor este subliniată și de Hotărârea Lämmerzahl (citată la nota de subsol 85, punctele 52, 56 și 61).

88 — Hotărârile Santex (punctele 62-64) și Lämmerzahl (punctele 62 și 63), citate la nota de subsol 85.

170. În cadrul ordonanței de trimitere, Bundesvergabeamt arată că, în opinia sa, în speță poate fi obținut în fapt un rezultat compatibil cu dreptul comunitar, prin aceea că, pe de o parte, nou-creata cale de atac prevăzută la articolul 331 alineatul (1) punctul (4) din BVergG 2006 se aplică evenimentelor care au avut loc înainte de intrarea sa în vigoare și, pe de altă parte, termenele în materie se calculează prin recurgerea la anumite prevederi din dreptul civil comun, astfel încât să nu înceapă să curgă înainte ca reclamantul să ia cunoștință de prejudiciu și să se prelungească cu intervalele de timp în care nu a existat nicio cale de atac eficace.

171. În ceea ce privește a șaptea întrebare, se poate rezuma:

Principiul efectivității impune ca articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665 să fie interpretat în sensul că, pentru formularea unei cereri în constatare care conform dreptului național, este o condiție imperativă pentru un proces ulterior având ca obiect obținerea de daune interese, să fie prevăzut un termen rezonabil, care nu poate începe să curgă înainte ca persoana în cauză sa cunoască sau să fi trebuit să cunoască pretinsa încălcare a dreptului comunitar și care să se prelungească cu intervalele de timp în care nu a existat nicio cale de atac eficace. Pe cât posibil, instanța națională trebuie să interpreteze dreptul național procedural de o manieră care să permită obținerea acestui rezultat și trebuie, la nevoie, să nu aplice nicio prevedere a cărei aplicare ar putea, în speță, să conducă la un rezultat care încalcă dreptul comunitar.

## VII — Concluzie

172. Având în vedere argumentele prezentate, propunem Curții să răspundă numai la primele trei întrebări preliminare pe care i le-a adresat Bundesvergabeamt, și aceasta după cum urmează:

„1) În general cu privire la prima, la a doua și la a treia întrebare:

Dacă un contract care este inclus în domeniul de aplicare al Directivei 92/50 este modificat în fond în perioada sa de valabilitate, nu este necesar să se desfășoare o

procedură de atribuire, cu excepția cazului în care este vorba despre o modificare substanțială a contractului.

2) În special cu privire la prima întrebare:

a) Nu se poate reține existența unei modificări substanțiale a contractului atunci când autoritatea contractantă acceptă ca executarea unei părți a contractului de achiziții publice să fie transferată către o filială a adjudecatarului, ale cărei părți sociale îi aparțin în totalitate acestuia din urmă și care este controlată de adjudecatar într-o manieră asemănătoare cu cea în care sunt controlate propriile departamente. Acestei concluzii nu i se poate opune faptul că adjudecatarul ar putea ulterior, în mod teoretic, să cesioneze către terți părți sociale aparținând filialei.

b) Dacă adjudecatarul este o persoană juridică, eventualele modificări survenite în perioada de valabilitate a contractului în rândul asociaților acesteia nu reprezintă o modificare substanțială a contractului.

3) În mod special cu privire la doua și la a treia întrebare:

a) Nu se poate reține existența unei modificări substanțiale a contractului în cazul în care au avut loc adaptări pur tehnice ale contractului la circumstanțe externe modificate; acestea includ conversia remunerațiilor exprimate în mod inițial în moneda națională în remunerații exprimate în euro și raportarea la un nou indice de indexare, care îl înlocuiește pe cel utilizat până atunci și este echivalent cu acesta.

b) Nu se poate reține existența unei modificări substanțiale de contract nici în cazul în care, în legătură cu un contract de achiziții publice de servicii pe durată nedeterminată, a fost convenită o clauză de renunțare la reziliere limitată la o perioadă de trei ani, cu excepția cazului în care există elemente concrete în sensul că, în caz contrar, autoritatea contractantă ar fi renunțat la contractul existent încă în perioada de valabilitate a clauzei de renunțare la reziliere, din motive de natură legală sau economică.

c) Aspectul dacă modificarea de fond a remunerațiilor pentru o parte a serviciilor ce urmează a fi furnizate constituie o modificare substanțială a contractului depinde de importanța modificărilor remunerației în cauză, atât în ceea ce privește serviciul parțial în cauză, cât și în ceea ce privește contractul de achiziții publice în totalitatea sa."