

CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL

VERICA TRSTENJAK

prezentate la 4 iunie 2008¹

1. Cererea formulată de Conseil d'État (Belgia) vizează domeniul de aplicare al dreptului comunitar în materie de achiziții publice. Se pune întrebarea dacă aceste norme se aplică atunci când o colectivitate administrativ-teritorială, în speță o comună, atribuie gestiunea rețelei sale de difuzare prin cablu a programelor de televiziune unei autorități, reprezentând o cooperare pur intercomunală² cu implicarea comunei menționate, fără niciun aport de capital privat. În prezenta cauză, este avută în vedere o cooperare intercomunală sub forma unei societăți cooperative, iar întrebările instanței de trimitere privesc primul dintre cele două așa-numite criterii Teckal: „control analog celui pe care îl exercită asupra propriilor servicii”.

continuare și „comuna”), societatea cooperativă Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (denumită în continuare „Brutélé”), precum și Région de Bruxelles-Capitale, reprezentată de guvernul acesteia.

I — Cadrul juridic

A — Dreptul comunitar

2. În acțiunea principală, societatea belgiană de difuzare prin cablu a programelor de televiziune Coditel Brabant SPRL (denumită în continuare „Coditel”) se află în litigiu cu trei pârâte: Commune d'Uccle (denumită în

3. Articolul 12 alineatul (1) CE prevede:

1 — Limba originală: germana.

2 — Noțiunea „cooperare intercomunală”, respectiv „colaborare intercomunală”, include forme foarte variate de cooperare administrativă, de natură juridică atât informală, cât și formală (a se vedea Schmidt, T. O., *Kommunale Kooperation, Der Zweckverband als Nukleus des öffentlichen Gesellschaftsrechts*, Tübingen, 2005, p. 2 și următoarele), care include de la simplele consorții comunale până la forme cu structuri juridice extinse, de exemplu asociații de comune sau societăți cooperative. A se vedea și noțiunea „structură publică mixtă”, respectiv „entități publice mixte”, între altele Concluziile avocatului general Stix-Hackl prezentate la 12 ianuarie 2006 în cauza Carbotermo și Consorzio Alisei (C-340/04, Rec., p. I-4137), punctul 29 și următoarele, precum și Egger, A., *Europäisches Vergaberecht*, 2007, p. 167 și următoarele.

„În domeniul de aplicare al prezentului tratat și fără a aduce atingere dispozițiilor speciale pe care le prevede, se interzice orice discriminare exercitată pe motiv de cetățenie sau naționalitate.”

4. Articolul 43 CE prevede:

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

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

5. Articolul 49 alineatul (1) CE prevede:

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

B — *Dreptul național*

6. Articolul 162 din Constituția Belgiei instituie dreptul de asociere al comunelor.

7. Detaliile cu privire la cooperarea intercomunală sunt reglementate prin Legea privind asociațiile intercomunale (loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales). În sensul articolului 1 din această lege, mai multe comune pot, în condițiile prevăzute de prezenta lege, să formeze asociații cu obiecte bine determinate de interes comunal. Articolul 3 din această lege prevede că asociațiile intercomunale sunt persoane juridice de drept public. Oricare ar fi forma sau obiectul lor, acestea nu au un caracter comercial. Articolul 10 din această lege prevede că fiecare asociație intercomunală cuprinde o adunare generală, un consiliu de administrație și un colegiu al comisarilor. Reprezentanții adunării generale sunt desemnați, potrivit articolului 12 din lege, de consiliul comunal al fiecărei comune dintre consilieri, primar și consilierii comunali ai primarului. Este prevăzut de asemenea că fiecare comună dispune de un drept de vot în adunarea generală proporțional cu cota sa de participare.

II — Situația de fapt din acțiunea principală și întrebările preliminare

8. În perioada cuprinsă între 1969 și 1999, rețeaua de difuzare prin cablu a programelor de televiziune a Commune d'Uccle belgiene a fost gestionată pe bază de contracte de societatea belgiană de difuzare prin cablu a programelor de televiziune Coditel. La încheierea contractului la 31 decembrie 1999, comuna a valorificat dreptul conferit contractual de a cumpăra de la Coditel această rețea de difuzare prin cablu a programelor de televiziune aflată pe teritoriul său.

9. Pe de o parte, în octombrie 1999, consiliul comunal din Uccle a lansat o cerere de ofertă în vederea concesiunii către un viitor concesionar a exploatarei și îmbunătățirii rețelei comunale de difuzare prin cablu a programelor de televiziune pentru perioada cuprinsă între 1 iulie 2000 și 30 iunie 2009. Pe de altă parte, a fost aprobat proiectul unui act adițional suplimentar cu Coditel pentru asigurarea serviciului public de difuzare prin cablu a programelor de televiziune, până la desemnarea viitorului concesionar. În sfârșit, în baza actului adițional, a fost reglementată gestiunea de către Coditel până la 31 decembrie 2001.

10. La sfârșitul anului 1999, Coditel și-a prezentat candidatura pentru a prelua concesiunea de exploatare a rețelei de difuzare prin cablu a programelor de televiziune a

Commune d'Uccle. În plus, la cererea formulată de comună în aprilie 2000, Coditel a înaintat o ofertă de cumpărare a rețelei de difuzare prin cablu a programelor de televiziune³, la fel cum au procedat pe de altă parte și celelalte societăți care își prezentaseră candidatura la licitație.

11. În mai 2000, consiliul comunal din Uccle a decis că preferă mai degrabă să vândă rețeaua decât să atribuie concesiunea. În urma unei licitații corespunzătoare, în octombrie 2000, Coditel a prezentat o ofertă de cumpărare. Prețurile oferite la licitație erau cuprinse între 750 milioane și 1 miliard BEF; singura ofertă care respecta cerințele licitației și întrunea condițiile de admisibilitate – cea prezentată de Coditel – avea cel mai scăzut preț.

12. La licitația de vânzare a participat, printre altele, și Brutélé, care a prezentat nu o ofertă de cumpărare, ci o propunere de aderare.

13. Deoarece prețurile oferite Commune d'Uccle erau mult mai scăzute decât cele

3 — În urma cererii de ofertă formulate de Commune d'Uccle, Coditel s-a adresat acestuia pentru a afla dacă oferta de cumpărare a rețelei reprezintă un criteriu la evaluarea ofertelor înaintate în cadrul procedurii de licitație pentru atribuirea concesiunii pentru exploatarea rețelei, dacă această ofertă a înlocuit procedura curentă de licitație și dacă a fost adresată celorlalți candidați la licitație. La 28 aprilie 2000, Commune d'Uccle a răspuns că s-a adresat celor patru societăți care și-au prezentat candidatura în urma cererii de ofertă, că oferta de cumpărare a rețelei nu înlocuiește procedura de licitație și că aceasta nu reprezintă un criteriu de evaluare a ofertelor remise și, în cele din urmă, că „în urma primirii unei oferte de cumpărare (până în prezent condiționate), colegiul a ajuns la concluzia că această posibilitate nu ar putea fi exclusă *a priori*, putând fi luată în prezent în considerare în ceea ce privește viitorul rețelei; în plus, prin eforturile de asigurare a informării complete și a imparțialității față de candidați, colegiul a decis consultarea fiecăruia dintre aceștia înainte de a transmite consiliului o propunere de decizie cu privire la acordarea (sau neacordarea) unei concesiuni referitoare la exploatare”.

posibile menționate anterior⁴, prin decizia consiliului comunal din 23 noiembrie 2000, comuna a renunțat la punerea în vânzare a rețelei comunale de difuzare prin cablu a programelor de televiziune (prima decizie atacată în acțiunea principală).

14. Tot la 23 noiembrie 2000, consiliul comunal din Uccle a decis să se afilieze la Brutélé (cea de a doua decizie atacată în acțiunea principală). În respectiva decizie se menționează, printre altele, că Brutélé a prezentat Commune d'Uccle o propunere de afiliere care prevede constituirea cu titlu de aport în natură a rețelei comunei și subscrierea de părți sociale, plata unei redevențe anuale⁵, precum și propunerea adresată Commune d'Uccle ca, în cazul în care aceasta se afiliază, să constituie singură un subsector

de exploatare care să dispună de autonomie decizională⁶. Prin această decizie, consiliul comunal afirmă în plus că afilierea la Brutélé ar prezenta numeroase avantaje pentru Commune d'Uccle: autonomie decizională, venituri semnificative, menținerea dreptului de proprietate asupra rețelei, precum și adoptarea unei opțiuni de retragere facilă și rapidă în cazul unei oferte interesante de cumpărare în viitor.

15. La 30 noiembrie 2000, Coditel a formulat o reclamație motivată adresată premierului guvernului Région de Bruxelles-Capitale, prin care a solicitat anularea deciziei consiliului comunal din Uccle din 23 noiembrie cu privire la afilierea comunei la Brutélé.

16. La 7 decembrie 2000, adunarea generală extraordinară a Brutélé a aprobat afilierea Commune d'Uccle (cea de a treia decizie atacată în acțiunea principală).

4 — A se vedea în acest sens argumentele consiliului comunal din decizia din 23 noiembrie 2000: fără îndoială că această diferență ar fi explicabilă prin considerente de natură conjuncturală, deoarece cotațiile la bursă ale unora dintre cele mai importante societăți implicate în domeniul tehnologic înregistraseră în lunile anterioare un minim istoric, astfel încât condițiile erau temporar foarte nefavorabile.

5 — În sensul respectivei decizii a consiliului comunal din 23 noiembrie 2000, redevența anuală oferită este alcătuită după cum urmează:

- a) redevență fixă egală cu 10 % din încasările din abonamente de bază pentru difuzarea prin cablu a programelor de televiziune (pe baza a 31 000 de abonați și a 3 400 BEF ca abonament anual, fără TVA și drepturi de autor: 10 540 000 BEF pe an);
- b) plata a 5 % din cifra de afaceri a Canal + și din pachetul de programe;
- c) plata tuturor beneficiilor realizate din toate serviciile furnizate.

6 — În acest sens, în decizia consiliului comunal din 23 noiembrie 2000 se prevede:

- Având în vedere că această autonomie privește în special:
- alegerea programelor distribuite;
 - tarifele abonamentelor și de conectare;
 - politica de investiții și de lucrări;
 - reducerile sau avantajele care trebuie acordate anumitor categorii de persoane;
 - natura și modalitățile altor servicii care sunt furnizate prin rețea și posibilitatea de a încredința asociației intercomunale realizări de interes comunale care se încadrează în obiectul său definit în statute, cum ar fi, de exemplu, realizarea unei rețele intranet comunale, a unui website și formarea personalului în acest scop.

Având în vedere că în acest cadru:

- Brutélé ar întocmi un cont de profit și pierderi și un bilanț al activităților rețelei din Uccle;
- [Commune d'Uccle ar dispune de un administrator în consiliul de administrație al Brutélé și de trei administratori în consiliul sectorului de exploatare bruxellez, de un mandat de auditor și de un expert comunal.

17. La 19 decembrie 2000, premierul Région de Bruxelles-Capitale a informat Commune d'Uccle că nu există obiecții împotriva afilierii sale condiționate⁷ la Brutélé (cea de a patra decizie atacată în acțiunea principală). La 2 ianuarie 2001, premierul Région de Bruxelles-Capitale a informat Coditel că nu a formulat nicio obiecție față de afilierea Commune d'Uccle la Brutélé.

18. La 22 ianuarie 2001, Coditel a sesizat instanța de trimitere cu o acțiune în anulare a celor patru decizii menționate.

19. În acțiunea principală, instanța de trimitere – Conseil d'État – a respins deja ca fiind inadmisibilă acțiunea împotriva a două dintre aceste decizii (cea de a treia și cea de a patra decizie atacată). În măsura în care, în opinia sa, acțiunea este admisibilă, se impune în special aprecierea deciziei prin care consiliul comunal din Uccle a hotărât afilierea la Brutélé.

20. Prin decizia din 3 iulie 2007, Conseil d'État a adresat Curții următoarele întrebări preliminare:

„1) O comună poate, fără a asigura condiții concurențiale, să se afilieze la o societate cooperativă care regrupează exclusiv alte comune și asociații de comune (asociație

intercomunală denumită «pură») pentru a-i transfera atribuțiile privind administrarea rețelei sale de difuzare prin cablu a programelor de televiziune, în condițiile în care societatea desfășoară partea cea mai importantă a activităților sale doar cu afiliații săi și în interesul acestora, iar deciziile în legătură cu aceste activități sunt luate de consiliul de administrație și de consiliile de sector în limitele împuternicirilor pe care acesta li le acordă, organe statutare care sunt constituite din reprezentanți ai autorităților publice și care hotărăsc cu majoritatea voturilor acestora?

2) Capacitatea tuturor cooperatoarelor sau a unei părți dintre aceștia, în cazul sectoarelor sau al subsectoarelor de exploatare, de a influența astfel, prin intermediul organelor statutare, deciziile societății cooperative poate fi considerată ca având o asemenea natură încât să le permită să exercite asupra acesteia un control analog celui exercitat asupra propriilor servicii?

3) Această capacitate de a influența deciziile și acest control, pentru a fi considerate drept analoge, trebuie să fie exercitate individual de fiecare membru afiliat sau este suficient ca ele să fie exercitate de majoritatea membrilor afiliați?”

⁷ — Conform deciziei de afiliere din 23 noiembrie 2000, afilierea a fost condiționată de adoptarea de către adunarea generală a Brutélé a unei decizii prin care toți membrii afiliați să declare direct că nu vor formula obiecții față de o eventuală retragere a Commune d'Uccle din această asociație.

21. Instanța de trimitere susține că afilierea Commune d'Uccle la Brutélé nu intră în domeniul contractelor de achiziții publice de servicii, ci în domeniul concesiunilor de servicii publice. În această privință, nu ar fi aplicabile directivele comunitare în materie de achiziții publice, ci normele fundamentale ale dreptului comunitar în general și principiul nediscriminării pe motiv de cetățenie sau naționalitate în special, care presupun în special o obligație de transparență.

22. În opinia instanței de trimitere, există numeroase argumente potrivit cărora Commune d'Uccle, în calitate de autoritate contractantă, nu putea apela direct și imediat la modelul afilierii la Brutélé, fără să asigure condiții concurențiale sau fără o examinare comparativă a ofertelor prezentate. În concret, pentru a îndeplini cerințele dreptului comunitar, Commune d'Uccle ar fi trebuit să asigure condiții concurențiale pentru a analiza dacă o concesiune a serviciului său de difuzare prin cablu a programelor de televiziune către Coditel sau către alți operatori economici nu constituie o alternativă mai avantajoasă decât cea reținută în cele din urmă.

23. Pentru ca instanța de trimitere să poată totuși aprecia în cele din urmă împrejurările speței, ar fi necesare informații detaliate cu privire la criteriile care rezultă din Hotărârea Teckal⁸, în special referitoare la natura controlului exercitat de autoritatea concedentă asupra entității concesionare. Și aceasta

deoarece, în sensul acestei jurisprudențe, obligațiile comunitare privind transparența nu sunt aplicabile decât dacă ar fi întrunite două condiții cumulative și care necesită o interpretare restrictivă: pe de o parte, controlul exercitat de autoritatea publică concedentă asupra entității concesionare este analog celui pe care această autoritate îl exercită asupra propriilor servicii, iar pe de altă parte, această entitate desfășoară partea cea mai importantă a activității sale cu autoritatea care o deține.

24. Brutélé a susținut totuși că este o „asociație pur intercomunală” ale cărei activități sunt destinate și rezervate comunelor asociate și că statutele sale permit Commune d'Uccle să constituie singură un subsector de exploatare care să dispună de autonomie decizională, ceea ce îi oferă posibilitatea să exercite un control imediat și precis asupra activităților societății cooperative în acest subsector, analog celui pe care această comună îl exercită asupra propriilor servicii interne. Commune d' Uccle dispune de un administrator în consiliul de administrație al Brutélé și de trei administratori în consiliul sectorului de exploatare bruxellez, de un mandat de auditor și de un expert comunal. În plus, Commune d' Uccle se poate retrage în orice moment din asociație, ceea ce ar reprezenta o dovadă suplimentară a controlului complet exercitat de aceasta asupra exploatării rețelei sale de difuzare prin cablu a programelor de televiziune.

25. Conform instanței de trimitere, din statutul Brutélé rezultă că afiliații societății cooperative sunt comune, precum și o asociație intercomunală care grupează ea

8 — Hotărârea din 18 noiembrie 1999, Teckal (C-107/98, Rec., p. I-8121, punctul 50).

însăși exclusiv comune. Societatea nu este deschisă afiliaților privați. Consiliul său de administrație este compus din reprezentanți ai comunelor – cel mult trei pe comună – numiți de adunarea generală, ea însăși compusă din reprezentanții acestora. Consiliul de administrație exercită competențele cele mai întinse. Comunele sunt divizate în două sectoare, dintre care unul grupează comunele din regiunea bruxelleză, care pot fi subdivizate în subsectoare. În cadrul fiecărui sector, se formează un consiliu de sector constituit din administratori numiți de adunarea generală, reunită în grupuri distincte reprezentând titularii părților sociale pentru fiecare dintre aceste sectoare, la propunerea comunelor. Consiliul de administrație poate delega consiliilor de sector competențele pe care le deține în ceea ce privește, pe de o parte, problemele specifice subsectoarelor, în special modalitățile de aplicare a tarifelor, programul de lucrări și de investiții, finanțarea acestora, campaniile publicitare și, pe de altă parte, problemele comune diferitelor subsectoare care constituie sectorul de exploatare. Celelalte organe statutare ale societății cooperative sunt adunarea generală, ale cărei decizii se impun tuturor asociaților, directorul general, colegiul experților, care sunt funcționari comunali, și colegiul comisarilor-revizori. Directorul general, experții și comisarii sunt, după caz, numiți de consiliul de administrație sau de adunarea generală.

26. În temeiul acestor argumente, instanța de trimitere concluzionează că autonomia decizională a Commune d'Uccle nu este atât de extinsă pe cât susține Brutélé. De exemplu, consiliul de administrație exercită competențele cele mai întinse, respectiva comună fiind prezentă în această structură cu (numai) un reprezentant. Este adevărat că toate deciziile sunt adoptate de structurile societății coope-

rate alcătuite exclusiv din reprezentanți ai comunelor afiliate și ai asociațiilor intercomunale, dar această situație nu permite fiecărui membru să exercite, în raport cu societatea cooperativă, aceeași influență decisivă ca în cazul organizării autonome și interne a activității.

27. Cu privire la cea de a doua condiție rezultată din Hotărârea Teckal⁹ – „în ipoteza în care [...] această persoană desfășoară partea cea mai importantă a activității sale cu respectiva colectivitate sau colectivitățile care o dețin” –, instanța de trimitere afirmă că este necontestat că societatea cooperativă își desfășoară partea cea mai importantă a activității sale cu afiliații săi. Cu privire la această condiție, instanța de trimitere nu a adresat nicio întrebare preliminară.

III — Argumentele părților

28. Coditel, Commune d'Uccle, Brutélé, guvernele belgian, german și olandez, precum și Comisia Comunităților Europene au depus observații scrise potrivit articolului 23 din Statutul Curții. În ședința din 9 aprilie 2008 au avut loc dezbateri la care Commune d'Uccle nu a participat, nefiind reprezentată.

⁹ — Citată anterior la nota de subsol 8, punctul 50.

29. În urma analizei, toate părțile sunt de acord în principal că se pune problema domeniului concesiunii de servicii publice, care nu face obiectul directivelor privind procedurile de atribuire a contractelor, dar pentru care se aplică obligația generală de transparență¹⁰.

30. Cu excepția *Coditel*, toate părțile sunt de acord că *al doilea criteriu Teckal* este îndeplinit, conform informațiilor din cererea de pronunțare a unei hotărâri preliminare.

31. Cu privire la *primul criteriu Teckal*, pozițiile sunt controversate.

32. *Coditel* și *Comisia* susțin că acest criteriu nu este îndeplinit, deoarece afilierea directă a Commune d'Uccle la societatea cooperativă

Brutélé s-ar afla în conflict cu principiul transparenței.

33. *Coditel* subliniază că, anterior afilierii la Brutélé, Commune d'Uccle nu ar fi avut nicio relație cu aceasta, astfel încât jurisprudența Teckal nu prezintă nicio relevanță în speță. În plus, Commune d'Uccle deține numai 8,26 % din părțile sociale la Brutélé (76 de părți sociale din numărul total de 920). La acest argument se adaugă faptul că Brutélé oferă serviciile sale, de exemplu difuzarea prin cablu a programelor de televiziune, telefonie și internet, pe o bază comercială și în concurență cu alți furnizori din sectorul privat. Structura internă a Brutélé este în principal analogă structurii interne a unei întreprinderi private. Commune d'Uccle nu dispune de posibilitatea de control asupra Brutélé; pare discutabilă posibilitatea exercitării unui control colectiv efectiv de către afiliații societății cooperative, ca urmare a numărului mare de afiliați și a eventualelor conflicte de interese. În sensul Hotărârii Carbotermo¹¹ nu este decisivă deținerea unei cote de 100 % din capitalul Brutélé de către comune și entități administrative-teritoriale. În special crearea unui subsector de exploatare în beneficiul Commune d'Uccle nu reprezintă un argument suficient în acest sens.

34. Prin avizul său, *Comisia* examinează structurile decizionale interne ale Brutélé și susține că nu identifică posibilități decisive¹²

11 — Hotărârea din 11 mai 2006, Carbotermo și Consorzio Alisei (C-340/04, Rec., p. I-4137, punctul 37).

12 — În acest sens, *Comisia* face referire la Hotărârea din 13 octombrie 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rec., p. I-8585, punctul 65), și la Hotărârea Carbotermo și Consorzio Alisei (citată la nota de subsol 11).

10 — Guvernul olandez declară că informațiile din cererea de pronunțare a unei hotărâri preliminare nu sunt suficient de detaliate pentru a putea aprecia cu adevărat acest aspect.

de exercitare a influenței de către comune individuale precum Commune d’Uccle. Consiliul de administrație al Brutélé exercită competențe extinse și stabilește în special și tarifele. În toate privințele, Commune d’Uccle dispune numai de o posibilitate „împărțită” de influență și nu își poate impune necondiționat voința proprie, aspect care reprezintă însă o condiție pentru îndeplinirea primului criteriu Teckal.

35. *Commune d’Uccle* și *Brutélé*, care consideră în schimb că este îndeplinit primul criteriu Teckal, subliniază aspectul caracterului pur intercomunal al societății cooperative, atât conform statutului, cât și al legii belgiene.

36. *Commune d’Uccle* subliniază că, prin afilierea sa, a menținut un „control analog” în sensul Hotărârii Teckal asupra rețelei comunale de difuzare prin cablu a programelor de televiziune. Trebuie subliniat că Curtea nu pune în discuție un control „identic”, ci unul „analog”. A impune un control integral și individual al unei comune asupra unei forme intercomunale de cooperare ar însemna imposibilitatea cooperării

respective care, prin definiție, implică o cooperare din partea mai multor structuri.

37. *Brutélé* face referire numai în subsidiar la îndeplinirea primului criteriu Teckal, în special în raport cu Hotărârea Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), punctul 57 și următoarele. În primul rând, *Brutélé* argumentează că articolele 43 CE și 49 CE, precum și principiile egalității, nediscriminării și transparenței trebuie să fie interpretate în sensul că nu s-ar opune în sine unei afilieri a unei comune la o formă de cooperare pur intercomunală, fără a asigura condiții concurențiale și fără niciun aport de capital privat, care a fost înființată în special pentru atingerea obiectivelor bine determinate ale interesului comunal și general. Din Hotărârea Stadt Halle și RPL Lochau, punctul 48, rezultă posibilitatea comunelor de a-și îndeplini prin propriile mijloace sarcinile de interes public care le revin. Cu toate acestea, aplicarea regulilor prevăzute de dreptul comunitar în materie de achiziții publice asupra cooperării intercomunale ar reprezenta constrângerea comunelor să externalizeze sarcinile care le revin, în condiții de piață. Legislația belgiană conferă comunelor în mod expres posibilitatea cooperărilor intercomunale¹³. Raportul dintre *Commune d’Uccle* și societatea cooperativă *Brutélé* nu este justificat contractual, ci în baza afilierii, reglementată prin intermediul prevederilor legale și a statutului *Brutélé*. *Brutélé*, conform statutului, se bazează pe cooperarea pur intercomunală, nu este deschisă afiliaților privați și îndeplinește sarcinile sale în interesul comunelor. Scopul cooperării este acela de a pune la dispoziția utilizatorilor o ofertă cât mai extinsă de programe de televiziune, în condiții optime,

13 — *Brutélé* face referire la Constituția belgiană, precum și la Legea belgiană privind asociațiile intercomunale (citată la punctele 6 și 7 din prezentele concluzii).

cu o eventuală extindere a ofertei la programe radio și la diferite structuri de comunicare. În cele din urmă, Brutélé susține în al treilea rând că, în cadrul cooperării, în special prin structura sa decizională internă și cu subsectorul său separat, Commune d'Uccle exercită controlul în discuție, analog celui exercitat asupra propriilor servicii interne.

în raport cu Commune d'Uccle. Concesiunea pentru rețeaua de difuzare prin cablu a programelor de televiziune nu a fost atribuită unui terț, ci și-a menținut caracterul intern.

38. *Guvernul belgian* este de părere că răspunsul la prima întrebare preliminară ar trebui să fie afirmativ. O comună poate, fără a asigura condiții concurențiale, să se afilieze la o societate cooperativă similară Brutélé care regroupează exclusiv alte comune și entități administrativ-teritoriale pentru a-i transfera atribuțiile privind gestionarea rețelei sale de difuzare prin cablu a programelor de televiziune, în condițiile în care societatea desfășoară partea cea mai importantă a activităților sale doar cu afiliații săi și în interesul acestora, iar deciziile în legătură cu aceste activități sunt luate de consiliul de administrație și de consiliile de sector, în limitele împuternicirilor acordate lor de acesta, organe statutare care sunt constituite din reprezentanți ai autorităților publice și care hotărăsc cu majoritatea voturilor acestora.

39. Brutélé, care nu este deschisă afiliaților privați, nu poate fi considerată ca fiind un terț

40. Celelalte întrebări preliminare sunt justificate exclusiv de împrejurarea că o cooperare intercomunală reprezintă o formă de colaborare care, prin natura sa, reunește diferite comune care cooperează. În această privință se subliniază că structurile administrative descentralizate au dreptul de a opta pentru cooperare cu scopul de a asigura o gestionare eficientă. În acest sens, este avută în vedere, între altele, cooperarea între entitățile administrativ-teritoriale mici și cele mai mari. Cu privire la entitățile administrativ-teritoriale mai mici, rezultă frecvent necesitatea inerentă de a coopera, pentru realizarea de sarcini extinse, în cadrul unei structuri mai ample. Organizarea internă și controlul în cadrul unor asemenea raporturi de cooperare între entitățile administrativ-teritoriale sunt decise de normele juridice aplicabile, competența în acest sens revenind structurilor administrative în cauză ale statelor membre. Astfel, există numeroase modele interne de organizare și de control. Un raport de cooperare care, cu privire la control, ține cont de dimensiunea diferită a entităților administrativ-teritoriale care cooperează, nu justifică o concluzie în sensul că nu ar fi exercitat un control analog celui realizat asupra propriilor servicii interne. În plus, din natura cooperării intercomunale rezultă că, în cadrul acesteia, o comună nu decide pe cont propriu, deciziile

fiind adoptate cu majoritate de voturi, din perspectiva obiectivului comun. În sensul jurisprudenței, un control prin deciziile adoptate cu majoritate de voturi ar putea fi calificat drept „control analog”. În ceea ce privește Commune d’Uccle, prezentă în structurile Brutélé prin reprezentanții săi, reiese din ansamblul celor prezentate că aceasta exercită asupra Brutélé un control analog celui pe care îl exercită asupra propriilor servicii.

41. *Guvernul german* este de părere că principiile și reglementările în materia contractelor de achiziții publice nu sunt aplicabile *a priori* într-o cauză de natura celei în speță, fiind îndeplinite ambele criterii Teckal. În cazul mai multor „autorități publice dominante”, aceste criterii trebuie interpretate în sensul că, în situația în care autoritatea contractantă publică deține, împreună cu alte persoane juridice de drept public, dreptul de proprietate asupra adjudecatarului, această influență exercitată împreună de diferite autorități publice nu ar reprezenta un indiciu pentru slăbirea controlului. De exemplu, există posibilitatea de înființare și de „exploatare” comună a serviciilor cu structură organizatorică unitară de către mai multe entități administrativ-teritoriale, situații în care ar fi eronat să se presupună lipsa controlului sau exercitarea unui control necorespunzător din partea entităților individuale. În dreptul german al organizării administrative există numeroase exemple în acest sens, de exemplu Oberfinanzdirektionen (administrațiile superioare de finanțe) reprezentă atât servicii federale, cât și servicii ale landului. În anumite landuri federale există autorități administrative districtuale care funcționează atât ca servicii ale districtului administrativ, cât și ca autorități de nivel inferior ale landului, iar anumite landuri, de exemplu Brandenburg și Berlin, dispun de o Oberverwaltungsgericht (curte administra-

tivă de apel) comună. Ar fi complet eronat să se considere că colectivitatea administrativ-teritorială nu exercită un control sau exercită un control necorespunzător asupra autorităților administrate de mai multe colectivități administrativ-teritoriale. Controlul asupra unui adjudecatar aflat în proprietatea mai multor persoane juridice de drept public este de asemenea „exercitat împreună”, fără a fi mai puțin eficient din acest motiv. Această situație este întâlnită cu privire la Brutélé, deoarece sunt implicate exclusiv comune care își exercită împreună competențele de control, control analog celui pe care îl exercită asupra unui serviciu (comun).

42. Dacă se dorește să se concluzioneze că se exercită un control „necorespunzător”, datorită faptului că autoritatea contractantă publică trebuie să exercite controlul asupra adjudecatarului împreună cu alte autorități publice, ceea ce ar justifica aplicabilitatea dreptului în materie de achiziții publice, s-ar produce efecte grave asupra marjei de apreciere necesare pentru cooperările intercomunale. Într-o asemenea situație, alegerea unei astfel de forme de cooperare intercomunală s-ar afla mereu sub rezerva procedurii de asigurare a unor condiții concurențiale. Astfel, cooperarea intercomunală, ca formă de organizare statală a atribuțiilor, ar fi în mod clar trecută pe un plan secund, optându-se pentru îndeplinirea sarcinilor în regie proprie, care nu presupune niciodată aplicarea dreptului în materie de achiziții publice. Într-o asemenea situație, dreptul în materie de achiziții publice ar exercita o presiune absurdă asupra comunelor pentru a le deter-

mina să renunțe, după caz, la cooperările cu alte comune. Acesta nu a fost niciodată scopul dreptului în materie de achiziții publice. Mai curând, dreptul în materie de achiziții publice se aplică atunci când o comună se adresează pieței pentru îndeplinirea sarcinilor sale.

43. În sfârșit, guvernul german menționează că dreptul la autonomia locală este consacrat la nivel european prin Carta europeană a autonomiei locale¹⁴. Aceasta prevede dreptul comunelor de a rezolva sarcinile în regie proprie, dar și de a realiza o cooperare intercomunală fără a necesita organizarea unei „licitații”.

44. *Guvernul olandez* propune un răspuns afirmativ la prima întrebare preliminară. Cu privire la cea de a doua întrebare, în contextul primului dintre cele două criterii ale Hotărârii Teckal și a jurisprudenței următoare, precum și a informațiilor din cererea de pronunțare a unei hotărâri preliminare, se reține că, în ceea ce privește Brutélé, comunele și asociațiile de comune implicate dispun de posibilitatea de a exercita o influență determinantă. Această afirmație ar fi justificată de faptul că acestea dețin împreună întregul capital, fiind exclus aportul de capital privat. Concluzia existenței unei influențe determinante este confirmată prin controlul deplin exercitat de către

comune și de către asociațiile de comune asupra organelor decizionale ale Brutélé, acestea fiind constituite din reprezentanții lor. Astfel, comunele și asociațiile de comune dispun de posibilitatea de a exercita o influență determinantă atât asupra obiectivelor strategice, cât și asupra deciziilor importante, de exemplu adoptarea tarifelor. Brutélé nu dispune sub nicio formă de independență, astfel încât nu ar putea fi considerată ca fiind un terț în raport cu comunele și asociațiile de comune. Cu privire la cea de a treia întrebare se menționează că, din perspectiva unui „control analog celui pe care îl exercită asupra propriilor servicii”, este suficientă exercitarea în comun a controlului de către comunele și asociațiile de comune vizate.

IV — **Apreciere juridică**

45. Dat fiind că întrebările preliminare adresate vizează diferite aspecte ale aceleiași întrebări, acestea vor fi examinate împreună.

14 — Carta europeană a autonomiei locale, tratat deschis semnării de către statele membre ale Consiliului European la 15 octombrie 1985 la Strasbourg, este în vigoare din 1 septembrie 1988 (mai multe detalii la: <http://conventions.coe.int>).

46. Întrebarea este dacă, prin afilierea unei comune asemenea Commune d’Uccle la o societate cooperativă pur intercomunală

asemenea Brutélé și prin încredințarea aferentă a gestionării rețelei comunale de difuzare prin cablu a programelor de televiziune către aceste societăți cooperative, este atribuită o concesiune care intră sub incidența principiilor dreptului comunitar în materia contractelor de achiziții publice sau dacă se pune problema unei îndepliniri cvasiinterne a sarcinilor, fără a se impune asigurarea unor condiții concurențiale. Aspectele care preocupă instanța de trimitere privesc în special structurile decizionale interne: pe de o parte, decizii ale organelor statutare, de exemplu consiliul de administrație și consiliul de sector, iar pe de altă parte, decizii care nu prezintă în principal o natură individuală, fiind adoptate prin recurgerea la majoritate. Pot fi asemenea structuri decizionale conforme cu criteriul din jurisprudență al „controlului analog celui pe care îl exercită asupra propriilor servicii”?

47. Instanța de trimitere consideră că influențarea societății cooperative și a deciziilor acesteia de către entitățile administrativ-teritoriale este exercitată în mod colectiv, prin intermediul organelor statutare ale societății cooperative, care dispune astfel de o anumită autonomie în raport cu membrii săi. Aceasta nu constituie un „control analog celui pe care îl exercită asupra propriilor servicii”, iar din această cauză instanța de trimitere tinde să considere primul motiv ca fiind întemeiat.

48. Pentru clasificarea întrebării se pornește de la ideea că, în sensul afirmației întemeiate a instanței de trimitere, conform unei jurispru-

dente constante, nicio directivă comunitară în materia contractelor de achiziții publice¹⁵ nu ar fi aplicabilă procedurii de atribuire a concesiunilor de servicii publice^{16 17}. Faptul că situația din acțiunea principală reprezintă o concesiune de servicii publice și nu un contract de achiziții publice rezultă din aceea că prețul pentru prestația executată nu este achitat de colectivitatea administrativ-teritorială, contraprestația fiind reprezentată de dreptul de valorificare a propriei prestații¹⁸, ceea ce implică și asumarea riscului operațional¹⁹.

15 — Printre altele, Directiva 92/50/CEE a Consiliului din 18 iunie 1992 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de servicii (JO L 209, p. 1, Ediție specială, 06/vol. 2, p. 50). Obiectivul principal al normelor comunitare în materie de achiziții publice constă în asigurarea libertății de circulație a serviciilor și în deschiderea spre o concurență nedegradată în toate statele membre; a se vedea Hotărârea din 11 ianuarie 2005, Stadt Halle și RPL Lochau (C-26/03, Rec., p. I-1, punctul 44).

16 — Neergaard, „The Concept of Concession in EU Public Procurement Law versus EU Competition Law and National Law”, în Nielsen, R., și Treumer, S. (ed.), *The New EU Public Procurement Directives*, 2005, menționează că există concepții complet diferite asupra noțiunii de concesiune, în funcție de contextul juridic, iar conceptul de concesiune din normele comunitare în materie de achiziții publice diferă semnificativ de conceptul din dreptul concurenței și, în parte, de conceptul național.

17 — A se vedea, între altele, Hotărârea din 7 decembrie 2000, Telaustria și Telefonadress (C-324/98, Rec., p. I-10745, punctele 56 și 57), Hotărârea din 21 iulie 2005, Coname (C-231/03, Rec., p. I-7287, punctele 9 și 16), Hotărârea Parking Brixen (citată la nota de subsol 12, punctul 42) și Hotărârea din 18 iulie 2007, Comisia/Italia (C-382/05, Rep., p. I-6657, punctul 29).

18 — Cu privire la diferențierea criteriilor aplicate, a se vedea Hotărârea Telaustria și Telefonadress (citată la nota de subsol 17, punctul 58). A se vedea și definiția legală din articolul 1 alineatul (4) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii (JO L 134, p. 114, Ediție specială, 06/vol. 8, p. 116), neaplicabilă la data evenimentelor determinante în acțiunea principală: „[...] contracte care prezintă aceleași caracteristici ca un contract de achiziții publice de servicii, cu excepția compensației pentru serviciile prestate, care poate consta fie exclusiv în dreptul de exploatare a serviciilor, fie în dreptul de exploatare și o plată”. În acest context, sunt avute în vedere administrarea și menținerea structurilor existente; a se vedea Trepte, P., *Public Procurement in the EU, A Practitioner's Guide*, 2007, 4.42. În principiu trebuie avut în vedere că o calificare ca atribuire a unei concesiuni de servicii reprezintă o problemă evaluată conform dreptului comunitar; a se vedea Hotărârea Comisia/Italia (citată la nota de subsol 17, punctul 31).

19 — Hotărârea Parking Brixen (citată la nota de subsol 12, punctul 40). A se vedea în acest sens, în detaliu, și Arrowsmith, S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2005, 6.62 și 6.63.

49. Având în vedere că, pentru atribuirea serviciilor de către autoritățile publice, la data producerii evenimentelor determinante pentru acțiunea principală nu exista nicio directivă pentru coordonarea procedurilor²⁰, consecințele rezultate în temeiul dreptului comutar pentru acordarea unor asemenea concesiuni vor fi examinate în continuare exclusiv din perspectiva dreptului primar, în special din cea a libertăților fundamentale consacrate în Tratatul CE²¹.

50. Pentru concesionarea serviciilor publice, rezultă obligația tratamentului egal și a transparenței²², în special cu privire la interdicția discriminării indirecte pe motiv de cetățenie sau naționalitate în sensul articolelor 12 CE, 43 CE și 49 CE²³, care implică de regulă asigurarea de condiții concurențiale.

51. O excepție de la „îndeplinirea cvasiinternă a sarcinilor”²⁴ în sensul jurisprudenței

începute cu Hotărârea Teckal²⁵, detaliate ulterior²⁶ și aplicate pentru toate normele comunitare în materie de achiziții publice sau a concesiunilor de servicii publice²⁷, este reprezentată de existența unei operațiuni structurate astfel încât să reprezinte în același timp și o măsură administrativă internă²⁸. În concluzie, în sensul jurisprudenței constante a Curții, nu este obligatorie asigurarea condițiilor concurențiale – chiar dacă cocontractantul este o entitate distinctă din punct de vedere juridic de autoritatea contractantă – dacă sunt îndeplinite două condiții: pe de o parte, autoritatea publică, care este o autoritate contractantă, trebuie să exercite asupra entității distincte în cauză un control analog celui pe care îl exercită asupra propriilor servicii și, pe de altă parte, această entitate trebuie să desfășoare partea cea mai importantă a activității sale împreună cu colectivitatea sau colectivitățile publice care o dețin²⁹.

20 — Situația nu a fost modificată semnificativ după adoptarea ulterioară a Directivei 2004/18 (citată la nota de subsol 18), deoarece aceasta definește noțiunea de concesiuni de servicii, dar nu se aplică pentru astfel de concesiuni, conform prevederilor articolului 17 din această directivă. A se vedea pentru detalii Flamme, P., Flamme, M.-A., și Dardenne, C., *Les marchés publics européens et belges*, 2005, p. 19 și următoarele.

21 — Hotărârea Coname (citată la nota de subsol 17, punctul 16), Hotărârea Parking Brixen (citată la nota de subsol 12, punctul 46) și Hotărârea din 6 aprilie 2006, ANAV (C-410/04, Rec., p. I-3303, punctul 18 și următoarele). Broussy, E., Donnat, F., și Lambert, C., „Délégations de services publics”, în *L'actualité juridique – droit administratif* (AJDA), 2005, p. 2340 și următoarele, p. 2341, subliniază că, la aplicarea principiului nediscriminării, este inerent riscul extinderii în viitor a dreptului privind contractele de achiziții publice cu mult peste limitele directivelor aplicabile, fiind incluse și situațiile a căror valoare nu atinge pragul menționat pentru aplicarea directivelor.

22 — Trepte, P., „Transparency Requirements”, în Nielsen, R., și Treumer, S. (ed.), *The New EU Public Procurement Directives*, 2005, atrage atenția asupra caracterului limitat al conceptului de transparență în normele comunitare în materie de achiziții publice, în măsura în care se referă la egalitatea de tratament între ofertanții din statele membre și nu la o dimensiune suplimentară a transparenței.

23 — A se vedea, între altele, Hotărârea Telaustris și Telefonadress (citată la nota de subsol 17, punctul 60 și următoarele), Hotărârea Coname (citată la nota de subsol 17, punctul 18 și următoarele), precum și Hotărârea Parking Brixen (citată la nota de subsol 12, punctul 47 și următoarele).

24 — Denumirea nu este unitară, frecvent se vorbește despre (cvasi) „atribuire in-house” sau „tranzacție in-house” (în sens larg).

25 — Citată la nota de subsol 8.

26 — A se vedea în special Hotărârea Stadt Halle și RPL Lochau (citată la nota de subsol 15, punctul 49), Hotărârea Coname (citată la nota de subsol 17, punctele 23-26), Hotărârea Parking Brixen (citată la nota de subsol 12, punctul 56 și următoarele), Hotărârea ANAV (citată la nota de subsol 21, punctul 24), Hotărârea Carbotermo și Consorzio Alisei (citată la nota de subsol 11, punctele 36 și 37), Hotărârea din 19 aprilie 2007, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (C-295/05, Rep., p. I-2999, punctele 55-57), și Hotărârea din 18 decembrie 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (C-220/06, Rep., p. I-12175, punctul 58).

27 — În Hotărârea Parking Brixen (citată la nota de subsol 12, punctul 61), Curtea clarifică faptul că cele două criterii Teckal nu sunt aplicabile doar cu privire la directivele comunitare privind procedurile de atribuire a contractelor, ci, cu caracter general, în domeniul normelor comunitare în materie de achiziții publice.

28 — Flamme, P., Flamme, M.-A., și Dardenne, C., citată la nota de subsol 8), că la baza excepției pentru „îndeplinire cvasiinternă a sarcinilor” se află concepția simplă că nu ar fi posibilă încheierea unui „contract cu sine”.

29 — A se vedea Hotărârea Teckal (citată la nota de subsol 8, punctul 50), Hotărârea Stadt Halle și RPL Lochau (citată la nota de subsol 15, punctul 49), Hotărârea din 13 ianuarie 2005, Comisia/Spania (C-84/03, Rec., p. I-139, punctul 38), Hotărârea din 10 noiembrie 2005, Comisia/Austria (C-29/04, Rec., p. I-9705, punctul 34), Hotărârea Carbotermo și Consorzio Alisei (citată la nota de subsol 11, punctul 33) și Hotărârea Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (citată la nota de subsol 26, punctul 55).

A — *Primul criteriu Teckal*

52. Se impune însă analizarea primei condiții, în speță exercitarea unui „control analog celui pe care îl exercită asupra propriilor servicii”.

1. Excluderea întreprinderilor cu capital mixt

53. Din jurisprudența constantă începând cu Hotărârea Stadt Halle și RPL Lochau³⁰ rezultă fără echivoc că întreprinderile cu capital mixt nu pot fi considerate în niciun caz o entitate asupra căreia este exercitat un control analog

30 — În Hotărârea Stadt Halle și RPL Lochau (citată la nota de subsol 15), frecvent menționată, se specifică la punctul 49: „Potrivit jurisprudenței Curții, nu este exclusă posibilitatea existenței de împrejurări suplimentare, în temeiul cărora asigurarea condițiilor concurențiale nu este obligatorie, nici în cazul în care cocontractantul este o entitate distinctă din punct de vedere juridic de autoritatea contractantă. Această concluzie se aplică dacă autoritatea publică, ce este o autoritate contractantă, exercită asupra entității distincte în cauză un control similar celui pe care îl exercită asupra propriilor servicii și această entitate își desfășoară partea cea mai importantă a activității împreună cu colectivitatea sau cu colectivitățile publice care o dețin (a se vedea în acest sens Hotărârea Teckal, [citată la nota de subsol 8.] punctul 50). Se reamintește că, în situația anterior menționată, entitatea era deținută în pondere de 100 % de autorități publice. În schimb, participarea, fie și minoritară, a unei întreprinderi private la capitalul unei societăți la care participă de asemenea autoritatea contractantă respectivă exclude în orice caz ca această autoritate contractantă să poată exercita asupra acestei societăți un control similar celui pe care îl exercită asupra propriilor servicii.” Belorgey, J.-M., Gervasoni, S., și Lambert, C., „Qualification de marché public”, în *AIDA*, 2005, p. 1113 și următoarele, p. 1114, cu referire la Hotărârea din 22 mai 2003, Korhonen și alții (C-18/01, Rec., p. I-5321), pornesc de la ideea că Hotărârea Stadt Halle și RPL Lochau confirmă *expressis verbis* ceea ce exista până atunci implicit ca jurisprudență.

celui pe care îl exercită asupra propriilor servicii, oricât de redusă ar fi participația de capital privat³¹. În acest sens este suficientă deschiderea la capitalul privat, chiar dacă acesta nu este (încă) implicat efectiv³². Și cesionarea, la scurt timp după atribuire, de cote de capital către societăți private va fi luată în calcul pentru apreciere³³.

54. În împrejurări de natura celor din acțiunea principală, răspunsul cu privire la aspectul capitalului privat este fără echivoc negativ. Nu există niciun aport de capital privat, în plus Brutélé nu este nici deschisă afiliaților privați.

2. Alte împrejurări relevante

55. Potrivit jurisprudenței, rezultă însă că o concluzie conform căreia nu este implicat sau permis capital privat nu este suficientă în orice caz pentru a îndeplini criteriul Teckal „exer-

31 — A se vedea numai Hotărârea Coname (citată la nota de subsol 17, punctul 26), Hotărârea Comisia/Austria (citată la nota de subsol 29, punctul 46), Hotărârea ANAV (citată la nota de subsol 21, punctul 31) și Hotărârea din 18 ianuarie 2007, Aurox și alții (C-220/05, Rep., p. I-385, punctul 64). Nu este clarificată modalitatea în care este evaluată participarea persoanelor private sau a organizațiilor nonprofit, de exemplu în domeniul social sau cultural (a se vedea în acest sens Egger, A., citat la nota de subsol 2, p. 170, punctul 637).

32 — A se vedea în acest sens Hotărârea Coname (citată la nota de subsol 17, punctul 26) și Hotărârea ANAV (citată la nota de subsol 21, punctele 30-32).

33 — Hotărârea Comisia/Austria (citată la nota de subsol 29), punctele 38-42: într-o asemenea situație, atribuirea unui contract va fi apreciată ținând cont de ansamblul etapelor (atribuire și restructurare a capitalului), precum și de obiectivele urmărite.

citarea unui control analog celui pe care îl exercită asupra propriilor servicii”³⁴. În acest context trebuie să fie explicate în mod evident și întrebările instanței de trimitere.

autonomie care ar exclude ca o autoritate publică concedentă să poată exercita asupra unei entități concesionare un control analog celui pe care îl exercită asupra propriilor servicii³⁷.

56. Din anumite hotărâri care au ca obiect primul dintre cele două criterii Teckal, rezultă că „trebuie să se țină seama de ansamblul dispozițiilor legislative și de împrejurările relevante”³⁵. „Trebuie să rezulte din această examinare că entitatea căreia i se atribuie contractul în cauză este supusă unui control care permite autorității publice concedente să influențeze deciziile entității respective. Trebuie să fie vorba despre o posibilitate de influență determinantă atât asupra obiectivelor strategice, cât și asupra deciziilor importante ale acestei entități”³⁶.

58. Pentru evaluarea aspectelor relevante în cauza Parking Brixen, două categorii fundamentale au prezentat fără echivoc relevanță: atât marja orientării spre piață, cât și cea de autonomie³⁸ a entității concesionare. Aceste categorii coincid cu cele din Hotărârea Teckal, punctul 51, în care se menționează cu titlu de criteriu și existența, respectiv absența unei autonomii proprii de decizie a entității respective în raport cu colectivitatea sau cu colectivitățile publice³⁹.

57. În special din Hotărârea Parking Brixen rezultă varietatea criteriilor care pot prezenta relevanță în acest sens: transformarea într-o societate comercială pe acțiuni, extinderea obiectului de activitate, o deschidere a societății la capital extern, prevăzută în scurt timp, o extindere semnificativă a domeniului geografic de activitate, precum și atribuții semnificative încredințate consiliului de administrație au condus în această hotărâre, în ansamblu, la atingerea de către societatea respectivă, din perspectiva Curții, a unei orientări spre piață și a unei marje de

59. Or, în jurisprudența precedentă cu privire la criteriile Teckal, Curtea a atras atenția asupra unor astfel de împrejurări suplimentare doar într-un număr redus de cazuri. În cele două cauze menționate, Parking Brixen și

34 — A se vedea, printre altele, și Probst, P., și Wurzel, G., „Zulässigkeit von In-house-Vergaben und Rechtsfolgen des Abschlusses von vergaberechtswidrigen Verträgen”, în *European Law Reporter*, 2007, p. 257 și următoarele, p. 261.

35 — Hotărârea Parking Brixen (citată la nota de subsol 12, punctul 65) și Hotărârea Carbotermo și Consorzio Alisei (citată la nota de subsol 11, punctul 36).

36 — *Ibidem*.

37 — Hotărârea Parking Brixen (citată la nota de subsol 12, punctele 67-70). Pentru o opinie critică cu privire la temeinicia criteriilor care ar putea conduce în final la stabilirea anumitor forme juridice pentru entitățile desemnate de autoritățile publice pentru îndeplinirea atribuțiilor acestora, a se vedea Kotschy, B., „Arrêts «Stadt Halle», «Coname» et «Parking Brixen»”, în *Revue du droit de l'Union européenne*, 2005, punctul 4, p. 845 și următoarele, p. 853.

38 — Cu cât mai apropiată este legătura cu autoritatea contractantă, respectiv cu concedentul și cu cât mai limitate sunt posibilitățile adjudecatarului, respectiv concesionarului, de a desfășura o activitate comercială pe piață pentru terți, cu atât mai facilă este justificarea existenței unei tranzacții in-house, subliniază Probst, P., și Wurzel, G. (citată la nota de subsol 34, p. 261).

39 — Hotărârea Teckal (citată la nota de subsol 8, punctul 51).

Carbotermo și Consorzio Alisei, au fost prezente mai multe asemenea împrejurări, numai una dintre acestea fiind reprezentată de acordarea de competențe întinse, respectiv atribuirea semnificative în beneficiul consiliului de administrație.

șura activității nonprofit, prin intermediul unei societăți holding intermediare⁴². În acest context, Curtea a apreciat că, în funcție de împrejurările situației individuale, apelarea la un asemenea intermediar ar putea slăbi controlul exercitat de autoritatea contractantă asupra unei societăți comerciale pe acțiuni în baza participației sale la capital la acesta⁴³.

60. În Hotărârea Parking Brixen, Curtea a apreciat că Stadtwerke Brixen AG ar fi ajuns la o orientare spre piață care crea dificultăți de control din partea comunei, menționând în acest sens în total cinci motive⁴⁰, printre care deschiderea societății la capital extern, prevăzută în scurt timp, și extinderea domeniului geografic de activitate al societății în întreaga Italie și în străinătate⁴¹.

62. Se reține astfel că în aceste situații au fost prezente mai multe împrejurări speciale care au justificat o examinare de ansamblu⁴⁴.

61. În Hotărârea Carbotermo și Consorzio Alisei, o împrejurare relevantă a fost exercitarea unei eventuale influențe de către comuna italiană Busto Arsizio asupra deciziilor întreprinderii AGESP SpA care desfăș

3. Cooperarea pur intercomunală nu implică obligatoriu renunțarea la licitație, dar conduce de regulă la o asemenea procedură

63. Cu toate acestea, există numeroase argumente care demonstrează că situațiile aflate la baza Hotărârilor Parking Brixen și Carbotermo și Consorzio Alisei caracterizează situații individuale în care Curtea a apreciat depășirea unei limite, iar o externalizare a

40 — Ferrari menționează în acest sens indicii pentru o independență care nu ar prezenta compatibilitate cu conceptul de control analog celui exercitat asupra propriilor servicii (Ferrari, E., „Parking Brixen: Teckal da totem a tabù?“, în *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, p. 271 și următoarele, în special p. 273).

41 — Hotărârea Parking Brixen (citată la nota de subsol 12, punctul 67). Jennert, C., „Das Urteil «Parking Brixen»“, în *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht* (NZBau), 2005, p. 623 și următoarele, p. 626, observă că nu se pune problema protecției pieței interne prin atribuirea in-house fără licitație, în condițiile participării concomitente la concurență prin extindere supralocală.

42 — În Concluziile avocatului general Stix-Hackl prezentate la 12 ianuarie 2006 în cauza Carbotermo și Consorzio Alisei (citată la nota de subsol 11), se menționează la punctele 22 și 23 că elementul determinant în această cauză, asemenea cauzei Stadt Halle și RPL Lochau, ar fi acela că „atribuirea” nu s-a realizat direct către entitatea la care colectivitatea administrativ-teritorială deținea participații în mod direct, fiind întrunite condițiile unei participări indirecte.

43 — Hotărârea Carbotermo și Consorzio Alisei (citată la nota de subsol 11, punctul 39).

44 — La o „examinare de ansamblu” face referire în mod intemeiat Jennert, C. (citată la nota de subsol 41, p. 625).

atribuțiilor de interes general în cadrul unei entități de cooperare pur intercomunală între colectivități publice, fără deschidere la afiliați privați, nu implică obligatoriu renunțarea la o licitație⁴⁵, dar justifică de regulă o asemenea procedură. Această concluzie este justificată de aspectele și evoluțiile jurisprudenței Curții, prezentate în cele ce urmează.

64. În Hotărârea Carbotermo și Consorzio Alisei, citată anterior, în care împrejurări suplimentare au prezentat relevanță pentru imposibilitatea de a caracteriza situația în speță ca fiind scutită de procedura de licitație, se precizează exact: „Faptul că autoritatea contractantă deține singură sau cu alte autorități publice totalitatea capitalului unei societăți desemnate câștigătoare sugerează, fără a avea un caracter decisiv, că această autoritate contractantă exercită asupra acestei societăți un control similar celui pe care îl exercită asupra propriilor servicii, în sensul punctului 50 din Hotărârea Teckal”⁴⁶.

65. La punctele următoare ale Hotărârii Carbotermo se constată că, prin această limitare „– fără a avea un caracter decisiv –” sunt avute în vedere împrejurările suplimentare respective, în speță, slăbirea controlului prin implicarea unei societăți holding, deși

capitalul acesteia este deținut în pondere de 99,98 % de colectivitatea administrativ-teritorială în cauză, precum și competențele prea întinse ale consiliilor de administrație, atât cel al societății holding, cât și cel al societății comerciale pe acțiuni înființată de holding, desemnată să exercite atribuțiile⁴⁷. În opinia Curții, statutele respective nu confereau comunei o putere de control și un drept de vot special pentru a limita libertatea de acțiune conferită acestor consilii de administrație. Controlul exercitat de comună asupra acestor două societăți este reprezentat în principal de libertățile conferite majorității asociaților prin dreptul societăților comerciale, ceea ce reprezintă o limitare semnificativă a posibilității lor de a influența deciziile acestor societăți⁴⁸.

66. În schimb, Hotărârea Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), pronunțată mai recent, arată că, în cazul unei cooperări pur intercomunale, s-ar considera îndeplinit de regulă primul criteriu Teckal, „exercitarea unui control analog celui pe care îl exercită asupra propriilor servicii”, astfel încât nu s-ar impune în mod normal o analiză a structurilor decizionale interne și a raporturilor majoritare. Și aceasta deoarece pasajul reprodus mai sus⁴⁹ din Hotărârea Carbotermo și Consorzio Alisei a fost repetat în Hotărârea Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) pronunțată ulterior, la punctul 57, dar cu mici modificări. Sintagma utilizată în

⁴⁷ — *Ibidem*, punctele 38-40.

⁴⁸ — *Ibidem*, punctul 38.

⁴⁹ — Hotărârea Carbotermo și Consorzio Alisei (citată la nota de subsol 11, punctul 37). „Faptul că autoritatea contractantă deține singură sau cu alte autorități publice totalitatea capitalului unei societăți desemnate câștigătoare sugerează, în principiu, că această autoritate contractantă exercită asupra acestei societăți un control similar celui pe care îl exercită asupra propriilor servicii, în sensul punctului 50 din Hotărârea Teckal”.

⁴⁵ — Hotărârea Comisia/Spania (citată la nota de subsol 29, punctul 40).

⁴⁶ — Hotărârea Carbotermo și Consorzio Alisei (citată la nota de subsol 11, punctul 37).

Hotărârea Carbotermo și Consorzio Alisei „fără a fi decisiv” a fost înlocuită în Hotărârea Asemfo cu „în principiu”. Astfel, „[...] sugerează, fără a fi decisiv, [...]” a devenit „[...] sugerează, în principiu, [...]”.

cadrul cooperărilor pure între entitățile publice joacă un rol în jurisprudența Curții cu relevanță în speță, se pot deduce următoarele.

67. Există astfel numeroase argumente pentru a susține concluzia că, în cazul în care autoritatea contractantă sau autoritatea publică concedentă deține singură sau cu alte autorități publice⁵⁰ totalitatea capitalului unei societăți desemnate câștigătoare, respectiv al unei societăți concesiunare, arată, de regulă, că această autoritate contractantă exercită asupra acestei societăți un control similar celui pe care îl exercită asupra propriilor servicii, în sensul punctului 50 din Hotărârea Teckal. Această regulă poate fi infirmată⁵¹, dar, astfel cum s-a arătat mai sus⁵², numai în prezența unor împrejurări speciale.

4. Criterii pentru analiza detaliată a puterii de control

68. În măsura în care aspectul puterii de control a entităților publice individuale în

69. Cauza Teckal a avut ca obiect situația unei cooperări intercomunale⁵³, în care a fost abordată problema controlului în contextul volumului părților sociale: cauza avea ca obiect un consorțiu alcătuit din 45 de comune din Reggio Emilia, la care comuna Viano vizată în speță deținea o cotă de participare de 0,9 %. În acest context, avocatul general Cosmas a afirmat că „s-ar susține cu dificultate concluzia exercitării de către comuna Viano a unui control asupra consorțiului care să corespundă celui exercitat de o entitate asupra unei structuri interne”⁵⁴. Hotărârea în sine nu se pronunță cu privire la acest punct, în special formularea criteriului de control de la punctul 50⁵⁵ nu abordează acest aspect. Se reține totuși că, în cadrul acestei hotărâri, la întrebarea cu privire la dreptul de control al unei comune cu o cotă de participare și de vot relativ redusă, Curtea nu a

50 — Dat fiind că un control exercitat de majoritate nu poate fi exclus *a priori*, a se vedea și Fenoyl, E., „Contrats «in house» – État des lieux après l'arrêt Asemfo”, în *AJDA*, 2007, p. 1759 și următoarele, p. 1761.

51 — Egger, A. (citată la nota de subsol 2, p. 169, punctul 626), vorbește în mod intemeiat despre o prezumție relativă.

52 — A se vedea mai sus punctul 55 și următoarele din prezentele concluzii.

53 — La acest aspect se referă și Pape, U.-D., și Holz, H., „Vergabefreie In-house-Geschäfte”, în *NJW*, 2005, p. 2264 și următoarele, p. 2265. Aceștia sunt de părere că, în contextul unei examinări de natură pur formală, o cooperare între mai multe colectivități publice nu ar fi considerată o atribuire in-house deoarece, ca urmare a drepturilor de influență care revin celorlalți asociați, nu se poate determina în mod automat dacă fiecare asociat ar putea exercita asupra entității un control analog celui pe care îl exercită asupra propriilor servicii, dar că, în contextul unei examinări de natură funcțională, ar fi justificată aprecierea acestei proceduri ca atribuire in-house.

54 — Concluziile avocatului general Cosmas prezentate la 1 iulie 1999 în cauza Teckal (citată la nota de subsol 8), punctul 61.

55 — Hotărârea Teckal (citată la nota de subsol 8).

răspuns în orice caz de la bun început în mod negativ, ceea ce a oferit instanței de trimitere posibilitatea de a aprecia dacă criteriul de control în cauză a fost îndeplinit.

70. Între timp, la acest aspect a fost formulat un răspuns contrar prin Hotărârea Coname în anul 2005, o cotă de participare de 0,97 % din capitalul social fiind apreciată ca fiind insuficientă⁵⁶.

71. Or, prin Hotărârea Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) s-a evidențiat că volumul părților sociale ale unei colectivități publice individuale în cadrul unei cooperări de colectivități publice nu (mai) reprezintă criteriul de evaluare a posibilității de control. Curtea a clarificat în mod expres că și o cotă de participare redusă, de exemplu de 0,25 % din capital, în cadrul unei astfel de cooperări (1 % din capital era deținut de patru comunități autonome, fiecare având o acțiune) nu exclude posibilitatea de a presupune o „îndeplinire cvasiinternă a sarcini-

nilor” cu privire la entitățile administrativ-teritoriale implicate⁵⁷.

72. În plus, cu privire la acțiunea care a dat naștere la Hotărârea Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), citată mai sus, este de menționat că puterea de control asupra entităților însărcinate cu realizarea atribuțiilor în cauză revine fără echivoc autorităților administrative centrale, în calitate de acționar majoritar, și nu celor patru comunități autonome a căror cotă de participare reprezintă împreună 1 % din capital⁵⁸. Această împrejurare nu a împiedicat Curtea să

57 — Hotărârea Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (citată la nota de subsol 26), punctele 58-60. La punctul 59 se afirmă: „În acest sens, nu va fi reținută teza potrivit căreia condiția menționată nu ar fi îndeplinită decât pentru achizițiile realizate la comanda statului spaniol, excluzând pe cele care fac obiectul unei comenzi din partea comunităților autonome, față de care Tragsa ar trebui considerată un terț.” La punctul 61 se clarifică faptul că această concluzie nu se aplică asupra tuturor comunităților spaniole, deși Tragsa își desfășoară activitatea pentru toate acestea (a se vedea Concluziile avocatului general Geelhoed prezentate la 28 septembrie 2006 în cauza Asociación Nacional de Empresas Forestales [Asemfo], citată la nota de subsol 26, punctele 13 și 14), fiind valabilă numai asupra celor care dețin o parte din capitalul Tragsa.

58 — În Hotărârea Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) [citată la nota de subsol 26, punctul 13, alineatul 5] rezultă cu privire la dreptul național: „[...] Funcțiile de organizare, de tutelă și de control legate de Tragsa și de filialele acesteia sunt îndeplinite de Ministerul Agriculturii, Pescuitului și Alimentației, precum și de Ministerul Mediului.” Într-o asemenea situație, puterea de control revine administrației centrale și nu comunităților autonome. Astfel, și avocatul general Geelhoed susține în Concluziile prezentate la 28 septembrie 2006 în cauza Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (citată la nota de subsol 26, punctul 51) că respectivele comunități autonome nu pot să exercite în sine nicio competență de control și nici nu pot să deducă această competență din calitatea lor de acționari. Toate competențele de control ar reveni acționarului majoritar, și anume statului spaniol, ceea ce înseamnă administrației centrale. În hotărâre se menționează, la punctul 51: „În sfârșit, potrivit articolului 3 alineatul (6) din decretul regal menționat, raporturile Tragsa cu respectivele colectivități publice, în măsura în care această societate constituie un instrument propriu și un serviciu tehnic al acestora, nu sunt de natură contractuală, ci, sub toate aspectele, au o natură internă, de dependență și subordonare.” În plus, la punctele 59-61, cu privire la prerogativa de control a comunităților autonome, sunt folosite argumente complet diferite de structurile decizionale interne: în speță obligația legală de îndeplinire a comenzilor, faptul că tarifele sunt stabilite de către stat și că raporturile nu sunt de natură contractuală.

56 — Hotărârea Coname (citată la nota de subsol 17), punctele 23 și 24. În cauză s-a adăugat faptul că societatea în speță era deschisă – cel puțin parțial – afiliaților privați, a se vedea punctul 26 din Hotărârea Coname.

considere îndeplinit primul criteriu Teckal, nu pentru statul spaniol, ci în mod expres și pentru comunitățile autonome care dețin o parte din capital⁵⁹. Cu privire la aspectul controlului exercitat de comunitățile autonome, nu rezultă totuși din hotărâre dacă se urmărește o modificare a jurisprudenței sau dacă împrejurările speciale ale situației individuale au prezentat importanță decisivă, aspect care trebuie prezumat⁶⁰. În orice caz, este evident că, în cadrul cooperărilor pure ale colectivităților publice, nu este admisă supraaprecierea importanței puterii interne de control și a celei decizionale.

73. Putem deduce în mod sistematic, pornind de la clarificarea oferită în jurisprudență cu privire la volumul părților sociale⁶¹, precum și din punct de vedere gramatical, prin utilizarea pluralului la cel de al doilea criteriu Teckal – „în ipoteza în care [...] această persoană desfășoară partea cea mai importantă a activității sale cu respectiva colectivitate sau colectivitățile care o dețin”⁶² –, că nu este

necesară exercitarea unei puteri individuale complete de control a colectivității respective, fiind suficientă o putere colectivă de control, exercitată cu votul majorității⁶³.

74. Ar trebui să fie decisivă împrejurarea dacă exercitarea controlului asupra persoanei în cauză, în speță societatea cooperativă Brutélé, se realizează în ansamblu de către colectivitățile publice implicate sau dacă societatea cooperativă în cauză acționează independent de acest control comun.

5. Concluzie intermediară

75. Analiza juridică a demonstrat că o cooperare pur intercomunală ar putea fi realizată de regulă fără a necesita să se asigure condiții concurențiale dacă nu există mai multe împrejurări speciale care să demonstreze că marja orientării spre piață, cât și cea de autonomie a entității intercomunale a depășit limitele cooperării intercomunale, fără relevanță pentru dreptul aplicabil contractelor de achiziții publice, în scopul îndeplinirii atribuțiilor de interes general.

59 — Concluziile avocatului general Geelhoed prezentate la 28 septembrie 2006 în cauza Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (citată la nota de subsol 26), abordează expres și detaliat acest aspect și constată lipsa în toate cazurile a unei influențe directe a regiunilor (punctele 98-101). Această problemă este abordată și de Broussy, E., Donnat, F., și Lambert, C., „Actualité du droit communautaire, Marché in house”, în *AJDA*, 2007 p. 1125 și următoarele, p. 1126.

60 — Astfel cum susține în mod intemeiat Müller, T., „Interkommunale Zusammenarbeit im Weg der In-House-Vergabe?”, în *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis (ZVB)*, 2007, p. 197, p. 202, au existat împrejurări speciale reprezentate, printre altele, de obligația de acceptare și de executare a comenzilor, precum și de stabilirea taxelor de către stat. A se vedea și Piazzoni, D., „Précisions jurisprudentielles sur les contrats «in house»”, în *Revue Lamy de la Concurrence: droit, économie, régulation*, 2007, punctul 12, p. 56 și următoarele, p. 58, și Mok, M.R., „Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen C-295/05”, în *Nederlandse jurisprudentie; Uitspraken in burgerlijke en strafzaken*, 2007, punctul 417, p. 4413 și următoarele, p. 4423.

61 — Cu privire la interpretarea sistematică, a se vedea în special Riesenhuber, K., *Europäische Methodenlehre*, 2006, p. 253 și următoarele.

62 — Cu privire la interpretarea gramaticală, a se vedea în special Riesenhuber, K., citat la nota de subsol 61, p. 250 și următoarele.

63 — A se vedea între altele și Dreher, M., „Das In-house-Geschäft”, în *NzBau*, 2004, p. 14 și următoarele, p. 17, care accentuează că aspectul principal este reprezentat de lipsa capacității decizionale a adjudecatarului. A se vedea Dischendorfer, M., „The Compatibility of Contracts Awarded Directly to «Joint Executive Services» with the Community Rules on Public Procurement and Fair Competition: A Note on Case C-295/05, Asemfo v Tragsa”, în *Public Procurement Law Review*, 2007, p. NA123 și următoarele, p. NA129.

76. Chiar dacă nu a fost atinsă până în prezent o securitate juridică⁶⁴ cu privire la limitele precise pentru criteriile precum „marja orientării spre piață” și „marja de autonomie”, astfel încât nu poate fi determinată cu exactitate limita pentru cooperarea intercomunală fără relevanță pentru dreptul aplicabil contractelor de achiziții publice, în scopul îndeplinirii atribuțiilor de interes general, nu există argumente care să justifice că raporturile de cooperare în cadrul Brutélé ar depăși aceste limite.

77. Aprecierea împrejurărilor din situația concretă este de competența instanțelor naționale, în speță a instanței de trimitere. În prezenta cauză, în urma unei asemenea aprecieri, nu ar trebui să se constate o depășire a limitelor de natura celor prezentate mai sus, deoarece structurile decizionale interne ale Brutélé sunt caracterizate de influența colectivă a entităților administrativ-teritoriale implicate, cu adoptarea deciziilor prin recurgerea la majoritate. Acestea își exercită influența nu doar în adunarea generală, ci și în consiliul de administrație, alcătuit din reprezentanți ai comunelor. Astfel este oferit un răspuns suficient și pozitiv la problema

prerogativelor de control. Se adaugă faptul că, în ceea ce privește subsectoarele, este recunoscută o importanță sporită a deciziilor comunelor individuale. Orientarea spre piață a Brutélé privește atribuțiile de interes general, de exemplu difuzarea prin cablu a programelor de televiziune, telefonie și internet, și nu oferă argumente pentru a susține depășirea unei limite fără relevanță pentru dreptul aplicabil contractelor de achiziții publice – în ciuda neclarităților existente cu privire la aceste criterii.

78. Toate argumentele în prezenta cauză susțin că, într-o cauză similară celei în speță, este practicată o cooperare a autorităților publice fără a necesita asigurarea de condiții concurențiale.

64 — Cu privire la lipsa generală a securității juridice referitoare la o serie de noțiuni juridice generice și la problemele de delimitare cu privire la criteriile Teckal, a se vedea, printre altele, și Jennert, C. (citată la nota de subsol 41, p. 625 și 626), care apreciază îmbunătățirea prin această hotărâre a securității juridice prin criterii concrete și cu relevanță practică și atrage în același timp atenția asupra neclarităților existente, în special cu privire la cedarea ulterioară a unor părți sociale către persoane private, părți deținute de către o societate comunală însărcinată cu mult timp în urmă, cu aplicarea jurisprudenței „in-house”, considerând că cedarea de părți sociale este supusă principiului egalității de tratament și obligației de transparență; Concluziile avocatului general Stix-Hackl prezentate la 12 ianuarie 2006 în cauza Carbotermo și Consorzio Alisei (citată la nota de subsol 11), punctul 17; Söbbeke, M., „Zur Konzeption des Kontrollerfordernisses bei vergabefreien Eigengeschäften”, în *Die Öffentliche Verwaltung*, 2006, p. 996 și următoarele, p. 997, constată că neclaritățile care ar fi îngreunat, începând cu Hotărârea Teckal, aplicarea figurii juridice a tranzacțiilor in-house, ca excepție de la obligația de asigurare a condițiilor concurențiale, ar fi fost reduse succesiv prin Hotărârile Stadt Halle și RPL Lochau și Carbotermo și Consorzio Alisei.

79. Contrar argumentului susținut de Coditel, în acest context nu prezintă importanță că Brutélé oferă beneficiarilor serviciile sale pe o bază comercială și se află astfel automat în concurență⁶⁵ cu alți furnizori din sectorul privat.

65 — De asemenea, nu prezintă relevanță pentru apreciere faptul că, printr-o asemenea îndeplinire cvasiinternă a sarcinilor, este eliminat dreptul de concurență al altor întreprinderi care ar fi dispuse să realizeze sarcinile respective, pentru că acest efect este inerent îndeplinirii cvasiinterne a sarcinilor (Egger, A., citată la nota de subsol 2, p. 163, punctul 600).

6. Cu privire la valoarea cooperării intercomunale

80. Chiar dacă, în opinia noastră, întrebările preliminare au primit un răspuns, dorim să subliniem pe scurt rezultatul, examinând în același timp contraargumentele prezentate de Coditel și de Comisie.

81. Dreptul aplicabil contractelor de achiziții publice este și rămâne unul dintre cele mai influente instrumente politice ale statelor membre și ale instituțiilor UE în procesul de integrare europeană⁶⁶. Nu este admisă valorificarea necontrolată a acestui potențial, fiind necesară concilierea scopului său cu valorile altor sectoare politice.

82. În cazul în care, asemenea instanței de trimitere, Coditel și Comisia ar solicita o „autonomie decizională extinsă” a comunei respective, în sensul că respectiva comună să „influențeze” cooperarea intercomunală în cauză (în speță, influența asupra societății cooperative), ar însemna că, în viitor, cooperarea intercomunală ar fi imposibilă din punct de vedere practic. Și aceasta deoarece o caracteristică importantă a unei cooperări autentice este reprezentată de adoptarea paritară a deciziilor și nu de influența exercitată exclusiv de un partener al cooperării respective. Astfel, din observațiile Coditel și ale Comisiei prezentate în cadrul procedurii și în ședință, rezultă că aceste

criterii impuse de cele două părți au ca scop crearea obligației ca o colectivitate administrativ-teritorială individuală să exercite astfel controlul *exclusiv* asupra unei cooperări. Este evident că o asemenea situație nu poate fi considerată în mod efectiv o cooperare, respectiv o colaborare.

83. În acest sens, astfel cum am arătat, chiar o cooperare pur intercomunală ar deveni practic imposibilă. Entitățile administrativ-teritoriale care cooperează intercomunal ar trebui să ia în calcul în toate cazurile posibilitatea de a încredința exercitarea sarcinilor care le revin terților privați cu posibile oferte mai bune, situație similară privatizării forțate a atribuțiilor de interes general, cu mijloacele oferite de dreptul aplicabil contractelor de achiziții publice⁶⁷.

84. În cazul în care s-ar dori o asemenea interpretare restrictivă a primului criteriu Teckal, s-ar acorda o importanță exagerată

66 — Bovis, C., „Public Procurement in the European Union”, 2005, p. 240.

67 — A se vedea și Concluziile avocatului general Kokott prezentate la 1 martie 2005 în cauza Parking Brixen (citată la nota de subsol 12), punctul 68. În acest sens, și Calsolaro afirmă, la aprecierea Hotărârii Parking Brixen, că jurisprudența Curții nu trebuie interpretată în sensul unei obligații de externalizare [Calsolaro, O.-M., „S.p.a. in mano pubblica e in house providing. La Corte di giustizia CE torna sul controllo analogo: un'occasione perduta?”, în *Foro Amministrativo (Consiglio di Stato)*, 2006, p. 1670 și următoarele, în special p. 1674].

obiectivelor specifice dreptului concurenței, ceea ce ar reprezenta o restrângere a drepturilor la autonomie locală și, prin aceasta, a competenței statelor membre⁶⁸.

85. Acest aspect este subliniat în mod întemeiat și de guvernele participante la procedura în fața Curții. Dreptul la autonomie locală nu este consacrat doar în dispozițiile legale ale statelor membre, ci și, astfel cum a subliniat în mod întemeiat guvernul german, și în Carta europeană a autonomiei locale, semnată de toate statele membre ale Uniunii în cadrul Consiliului Europei și ratificată de majoritatea acestora⁶⁹. În Tratatul CE, în temeiul articolului 263, este constituit Comitetul Regiunilor, format din reprezentanți ai

comunităților regionale și locale. Această dispoziție, prin instituirea posibilității de valorificare instituționalizată a perspectivelor regionale și locale, oferă și o anumită recunoaștere a dreptului la autodeterminare. În sfârșit, Tratatul de la Lisabona⁷⁰ subliniază rolul autonomiei regionale și locale pentru identitatea națională în cauză, care trebuie respectată.

86. Comunele sunt cele care trebuie să decidă dacă doresc să îndeplinească sarcinile de interes public care le revin prin propriile mijloace, administrative, tehnice și de altă natură, fără a fi obligate să apeleze la entități externe care nu aparțin serviciilor sale⁷¹, sau dacă doresc îndeplinirea acestora cu ajutorul unei entități distincte din punct de vedere juridic de acestea, în calitate de autoritate contractantă, respectiv concedent. Dacă optează pentru cea de a doua posibilitate, acestea dispun din nou de libertatea de executare, pe cont propriu, respectiv în cooperare „pură” cu alte autorități, a acestor sarcini în principal proprii⁷², „cu un control analog celui pe care îl exercită asupra propriilor servicii”, cu suspendarea în mare

68 — A se vedea de asemenea Concluziile avocatului general Kokott prezentate la 1 martie 2005 în cauza Parking Brixen (citată la nota de subsol 12), punctul 71. Nu se aduce atingere acestor drepturi la autonomie prin aplicarea cu caracter general a dreptului în materie de achiziții publice asupra entităților publice mixte (a se vedea în acest sens Egger, A., citat la nota de subsol 2, p. 168, punctul 621), ci în urma unei aplicări excesive. A se vedea și Frenz, W., „Rekommunalisierung und Europarecht nach dem Vertrag von Lissabon”, în *Wettbewerb in Recht und Praxis* (WRP), 2008, p. 73 și următoarele, p. 85: autonomia locală trebuie respectată prin structurile fundamentale ale acesteia, fără a oferi posibilitatea de încălcare a libertăților fundamentale europene.

69 — Citată la nota de subsol 14. Articolul 6 alineatul (1) din această carte prevede că, fără a aduce atingere dispozițiilor generale prevăzute de lege, autoritățile administrației publice locale trebuie să poată stabili, ele însele, structurile lor administrative interne, în vederea adaptării acestora la nevoile lor specifice și asigurării unei gestiuni eficiente.

70 — Tratatul de la Lisabona de modificare a Tratatului privind Uniunea Europeană și a Tratatului de instituire a Comunității Europene, semnat la Lisabona la 13 decembrie 2007 (JO 2007, C 306, p. 1), articolul 3a din viitorul Tratat privind Uniunea Europeană, care nu a intrat încă în vigoare. În versiunea consolidată a Tratatului privind Uniunea Europeană și a Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene (JO 2008, C 115, p. 1), în prezent articolul 4 din Tratatul UE, care nu a intrat încă în vigoare.

71 — Hotărârea Stadt Halle și RPL Lochau (citată la nota de subsol 15), punctul 48.

72 — Context în care cel de al doilea criteriu Teckal (desfășurarea părții celei mai importante a activității împreună cu colectivitatea sau cu colectivitățile publice care o dețin) permite o anumită preluare de atribuții de către terți. Este avută în vedere, pe de o parte, rata de utilizare (temporară) a capacității, dar și, astfel cum arată, de exemplu, Hotărârea Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (citată la nota de subsol 26), la o preluare (reglementată legal) a sarcinilor pentru alte autorități (în situația respectivă pentru toate comunitățile autonome din Spania, numai patru dintre acestea deținând cote reduse de participare).

parte a dreptului privind ajutoarele de stat și a dreptului privind contractele de achiziții publice⁷³ sau cu aportul de capital privat⁷⁴ și/sau cu o marjă extinsă de orientare spre piață, cu participarea proprie la concurență, ceea ce conduce la pierderea privilegiilor⁷⁵. În sfârșit, acestea dispun de alternativele suplimentare reprezentate de atribuirea clasică în beneficiul terților sau de privatizare, pentru care nu este aplicabil niciun privilegiu din perspectiva dreptului concurenței.

perioade cu bugete mai reduse, în special pentru cele mai mici⁷⁸ dintre acestea. În plus, numeroase sarcini, în special în sectorul protecției mediului și al transporturilor, nu sunt limitate la comune⁷⁹. Pe de altă parte, datorită efectelor de sinergie, cooperarea intercomunală fără aportul de capital privat reprezintă o modalitate utilizată frecvent în numeroase state membre pentru îndeplinirea eficientă și economică a sarcinilor publice⁸⁰.

87. Numeroasele sarcini tradiționale⁷⁶ și noi⁷⁷ pe care trebuie să le soluționeze în general comunele și entitățile administrativ-teritoriale creează dificultăți în special în

B — Al doilea criteriu Teckal

73 — Jennert, C. (citată la nota de subsol 41), p. 626.

74 — Și, prin aceasta, eventual cu apelarea la know-how-ul extern necesar.

75 — Jennert, C. (citată la nota de subsol 41), p. 626.

76 — Din categoria sarcinilor mai mult sau mai puțin tradiționale ale comunelor și ale entităților administrativ-teritoriale ar trebui menționată, între altele, asigurarea așa-numitei furnizări de servicii universale, de exemplu organizarea și administrarea furnizării energiei și a apei, a transportului public și a eliminării deșeurilor, a instituțiilor educaționale și culturale, precum și a spitalelor [pentru exemple a se vedea, printre altele, Frenz, W., citată la nota de subsol 68, precum și Papier, H.-J., „Kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht”, în *Deutsche Verwaltungsblätter* (DVBl), 2003, p. 686 și următoarele].

77 — Definierea „statică” a sarcinilor publice de interes general ar omite în mod nejustificat că drepturile cetățenilor din comunități sunt supuse transformării, în special în timp. Se adaugă argumentul că noțiunea „atribuții de interes general” în dreptul comunitar în materie de achiziții publice nu poate fi echivalată numai cu „serviciu de interes general”. Astfel, Curtea a concluzionat, de exemplu, în Hotărârea din 10 mai 2001, *Agorà și Excelsior* (C-223/99 și C-260/99, Rec., p. I-3605, punctul 33 și următoarele), că organizarea de târguri și expoziții reprezintă o activitate de interes general, deoarece nu este vorba doar despre interesul expozanților și distribuitorilor, ci și despre un impuls pentru activitatea comercială, rezultat prin informarea consumatorilor [în contextul interpretării articolului 1 litera (b) din Directiva 92/50, citată la nota de subsol 15; subiectul a fost reprezentat de calificarea drept „persoană juridică de drept public”, condiție neîndeplinită în cazul *Agorà și Excelsior*, deoarece sarcina nu a fost apreciată ca fiind „lipsită de natură comercială”].

88. În speță nu se impune o abordare mai detaliată a celui de al doilea criteriu deoarece, în sensul informațiilor instanței de trimitere, nu există întrebări în acest sens⁸¹.

78 — A se vedea în acest sens și Kotschy, B., citată la nota de subsol 37, p. 853.

79 — Numeroase entități administrativ-teritoriale se confruntă cu sarcini extinse cu dimensiune supraregională, de exemplu în domeniul precum transportul public local, dezvoltarea agriculturii și protecția mediului, care, prin natura lor, necesită o cooperare pentru a putea fi soluționate. Un exemplu pentru o asemenea cooperare este prezentat de Hotărârea Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (citată la nota de subsol 26).

80 — În plus față de punctele de vedere exprimate de guvernele participante, a se vedea în acest scop de exemplu și Söbbeke, M., citată la nota de subsol 64, p. 999, Flömer, V., și Tomerius, S., „Interkommunale Zusammenarbeit unter Vergaberechtsvorbehalt?”, în *NZBau*, 2004, p. 660 și următoarele, p. 661.

81 — Instanța națională căreia îi revine aprecierea cazului poate identifica fără echivoc toate informațiile necesare în Hotărârea *Carbotermo și Consorzio Alisei* (citată la nota de subsol 11, punctul 70): „În cazul în care mai multe colectivități dețin o întreprindere, condiția poate fi îndeplinită dacă această întreprindere desfășoară partea cea mai importantă a activității nu neapărat cu una sau cu alta dintre aceste colectivități, ci cu acestea din urmă în general”.

V — Concluzie

89. Pentru aceste motive, propunem Curții să răspundă la cele trei întrebări preliminare adresate de Conseil d'État după cum urmează:

„Articolele 12 CE, 43 CE și 49 CE, precum și principiile egalității de tratament, al nediscriminării și al transparenței nu se opun afilierii unei comune la o societate cooperativă, inclusiv transferului dreptului de gestionare a unei rețele comunale de difuzare prin cablu a programelor de televiziune fără a asigura condiții concurențiale, în măsura în care comuna în cauză exercită asupra acestei societăți cooperative un control analog celui pe care îl exercită asupra propriilor servicii, iar societatea cooperativă desfășoară partea cea mai importantă a activității sale cu afiliații săi. Faptul că această societate cooperativă este constituită exclusiv din comune și asociații de comune (respectiv colectivități publice) – fără niciun aport de capital privat – sugerează în principiu că este îndeplinită condiția exercitării unui control analog celui exercitat asupra propriilor servicii. În condiții precum cele în cauză, un control exercitat prin organele statutare ale societății cooperative, constituite din reprezentanți ai comunelor și asociațiilor de comune, prin recurgerea la majoritate, este considerat un control analog celui exercitat asupra propriilor servicii.”