



Repertoriul jurisprudenței

CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL
DOMNUL MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
prezentate la 29 ianuarie 2020¹

Cauza C-796/18

**Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH
împotriva
Stadt Köln,
cu intervenția:
Land Berlin**

[cerere de decizie preliminară formulată de Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunalul Regional Superior din Düsseldorf, Germania)]

„Întrebare preliminară – Contracte de achiziții publice – Directiva 2014/24/UE – Noțiunea de contract oneros – Cooperare orizontală între autoritățile contractante – Punere la dispoziție a unui software de coordonare a operațiunilor pompierilor – Acord de cooperare pentru actualizarea și dezvoltarea software-ului – Activitate accesorie serviciului public – Interdicția de a plasa terți într-o poziție privilegiată”

1. Primele norme europene în domeniul achizițiilor publice datează din anii '70. De atunci, diverse dispoziții s-au succedat până la adoptarea, în anul 2014, a trei texte cu scopul de a reglementa acest domeniu sub toate aspectele sale: Directiva 2014/24/UE² (a cărei interpretare face obiectul prezentei trimiteri preliminare), Directiva 2014/23/UE³ și Directiva 2014/25/UE⁴.

2. Înainte de intrarea în vigoare a directivelor din 2014, Curtea admisesese deja că dispozițiile de drept al Uniunii în domeniul achizițiilor publice nu se aplicau, în principiu, atunci când, în anumite condiții:

- o autoritate contractantă încredința unei persoane juridice aflate sub controlul său realizarea anumitor sarcini, fără să apeleze la alte entități externe (cooperare *verticală* sau atribuire „*in-house*”), sau
- două autorități contractante cooperau pentru a garanta realizarea unei misiuni de serviciu public comune acestora (cooperare *orizontală*).

3. În ceea ce privește a doua modalitate de cooperare între autoritățile publice, jurisprudența Curții a generat o anumită incertitudine juridică⁵, pe care Directiva 2014/24 a încercat să o înlăture. Nu suntem convinși că această încercare a avut succesul așteptat.

1 Limba originală: spaniola.

2 Directiva Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65).

3 Directiva Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind atribuirea contractelor de concesiune (JO 2014, L 94, p. 1).

4 Directiva Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile efectuate de entitățile care își desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale și de abrogare a Directivei 2004/17/CE (JO 2014, L 94, p. 243).

5 Calificată drept „considerabilă” în considerentul (31) al Directivei 2014/24. În același considerent se arată că jurisprudența în domeniu „face obiectul unor interpretări divergente între statele membre și chiar între autoritățile contractante”.

4. În litigiul care dă naștere prezentei cereri de decizie preliminară, o societate (Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung, denumită în continuare „ISE”) atacă în fața instanței de trimitere acordurile încheiate între orașul Köln și landul Berlin, în temeiul cărora acesta din urmă cesionează primului un program informatic pentru gestionarea intervențiilor brigăzii sale de pompieri, contract la care este anexat un acord de cooperare între cele două administrații.

5. Instanța de trimitere solicită să se stabilească în principal dacă relația dintre autoritățile contractante aflată la originea acestui litigiu intră sau nu sub incidența normelor în domeniul achizițiilor publice din Directiva 2014/24. Astfel, Curții i se oferă oportunitatea să completeze jurisprudența sa anterioară, deși în lumina unei dispoziții recente [articolul 12 alineatul (4) din Directiva 2014/24] în legătură cu care, până în prezent, cu excepția cazului în care suntem în eroare, nu a fost pronunțată nicio hotărâre.

I. Cadrul juridic

A. Dreptul Uniunii. Directiva 2014/24

6. În considerentul (5) se arată că:

„[...] prezenta directivă nu obligă sub nicio formă statele membre să contracteze sau să externalizeze furnizarea de servicii pe care doresc să le pună la dispoziție ele însele sau să le organizeze prin alte mijloace decât prin contracte de achiziții publice în sensul prezentei directive [...]”.

7. Considerentul (31) are următorul cuprins:

„Există un nivel considerabil de incertitudine juridică cu privire la măsura în care contractele încheiate între entități din sectorul public ar trebui să facă obiectul normelor privind achizițiile publice. Jurisprudența relevantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene face obiectul unor interpretări divergente între statele membre și chiar între autoritățile contractante. Prin urmare, este necesar să se clarifice cazurile în care contractele încheiate în cadrul sectorului public nu sunt supuse aplicării normelor privind achizițiile publice.

Această clarificare ar trebui să fie ghidată de principiile stabilite în jurisprudența relevantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene. Simplul fapt că ambele părți la un acord sunt autorități publice nu exclude în sine aplicarea normelor privind achizițiile publice. Cu toate acestea, aplicarea normelor privind achizițiile publice nu ar trebui să interfereze cu libertatea autorităților publice de a-și îndeplini atribuțiile de serviciu public atribuite acestora prin utilizarea resurselor proprii, care include posibilitatea cooperării cu alte autorități publice.

Ar trebui garantat faptul că situațiile de cooperare public-public scutite nu au ca rezultat o denaturare a concurenței în raport cu operatorii economici privați în măsura în care situează un furnizor privat de servicii într-o poziție de avantaj față de concurenții săi.”

8. Conform considerentului (33):

„Autoritățile contractante ar trebui să poată opta să furnizeze în comun serviciile publice prin cooperare, fără să fie obligate să utilizeze o formă juridică anume. O astfel de cooperare ar putea cuprinde toate tipurile de activități legate de îndeplinirea serviciilor și a responsabilităților atribuite sau asumate de autoritățile participante, cum ar fi atribuțiile obligatorii sau voluntare ale autorităților locale sau regionale sau serviciile atribuite organismelor specifice de drept public. Serviciile furnizate de diferitele autorități participante nu trebuie să fie în mod obligatoriu identice; ele pot fi și complementare.

Contractele de furnizare comună de servicii publice nu ar trebui să facă obiectul aplicării normelor prevăzute de prezenta directivă, cu condiția să fie încheiate exclusiv între autorități contractante, cu condiția ca punerea în aplicare a respectivei cooperări să fie reglementată exclusiv în baza considerațiilor legate de interesul public și astfel încât niciun furnizor privat de servicii să nu se afle într-o poziție de avantaj față de concurenții săi.

În vederea îndeplinirii acestor condiții, cooperarea ar trebui să se bazeze pe un concept cooperatist. O astfel de cooperare nu obligă toate autoritățile participante să își asume îndeplinirea principalelor obligații contractuale, atât timp cât există angajamente de a contribui la îndeplinirea prin cooperare a serviciului public în cauză. În plus, punerea în aplicare a cooperării, inclusiv eventualele transferuri financiare între autoritățile contractante participante, ar trebui să fie reglementată exclusiv de considerații legate de interesul public.”

9. Articolul 1 alineatul (4) prevede:

„Prezenta directivă nu aduce atingere libertății statelor membre de a defini, în conformitate cu dreptul Uniunii, serviciile pe care acestea le consideră a fi servicii de interes economic general, modul în care aceste servicii ar trebui organizate și finanțate, în conformitate cu normele privind ajutoarele de stat, precum și obligațiile specifice la care aceste servicii ar trebui să se supună. În aceeași măsură, prezenta directivă nu afectează capacitatea autorităților publice de a decide dacă, în ce mod și în ce măsură doresc să exercite ele însele funcții publice în conformitate cu articolul 14 TFUE și cu Protocolul nr. 26.”

10. Articolul 2 alineatul (1) punctul 5 definește contractele de achiziții publice după cum urmează:

„[...] contracte cu titlu oneros încheiate în scris între unul sau mai mulți operatori economici și una sau mai multe autorități contractante și care au ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau servicii”.

11. Articolul 12 alineatul (4) („Contracte de achiziții publice încheiate între entități din sectorul public”) prevede:

„Un contract încheiat exclusiv între două sau mai multe autorități contractante nu intră în domeniul de aplicare al prezentei directive în cazul în care sunt îndeplinite toate condițiile următoare:

- (a) contractul instituie sau pune în aplicare o cooperare între autoritățile contractante participante, cu scopul de a asigura că prestarea serviciilor publice pe care trebuie să o efectueze se realizează în vederea îndeplinirii obiectivelor comune;
- (b) punerea în aplicare a respectivei cooperări este reglementată exclusiv în baza considerațiilor și a cerințelor legate de interesul public; și
- (c) autoritățile contractante participante desfășoară pe piața liberă sub 20 % din activitățile vizate de cooperare.”

12. Articolul 18 alineatul (1) prevede:

„Autoritățile contractante îi tratează pe operatorii economici în mod egal și fără discriminare și acționează într-o manieră transparentă și proporționată.

Conceptul achiziției nu se poate face cu intenția de excludere a acestora din domeniul de aplicare al prezentei directive sau [de] restrângere artificială a concurenței. Se consideră că se restrânge artificial concurența în cazul în care conceptul achiziției este făcut cu intenția favorizării sau dezavantajării nejustificate a anumitor operatori economici.”

B. Dreptul național

13. Conform articolului 91c alineatul 1 din Constituția Germaniei, „fедераția și landurile pot coopera pentru planificarea, crearea și gestionarea sistemelor informatice necesare pentru realizarea sarcinilor acestora”.

14. Articolul 108 din Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Legea împotriva restricțiilor aduse concurenței, denumită în continuare „GWB”) reproduce articolul 12 din Directiva 2014/24.

15. Conform așa-numitelor „decizii de la Kiel”, adoptate în anul 1979, o administrație publică poate transfera un software dezvoltat sau achiziționat (de ea însăși sau în numele său) altor administrații publice din Germania, cu condiția să existe reciprocitate. Reciprocitatea există atunci când dispozițiile sau legile ori statutele privind bugetele entităților respective – proprietarul și beneficiarul software-ului – au ținut seama de normele bugetare recomandate de Conferința miniștrilor de finanțe din 1980. În general, existența reciprocității nu se apreciază în termeni comerciali, ci politici. Nu se are în vedere un schimb reciproc concret, ci posibilitatea de realizare a acestuia⁶.

II. Litigiul principal și întrebările preliminare

16. În luna septembrie a anului 2017, orașul Köln și landul Berlin au încheiat un contract de cesiune de software prin care al doilea cesiona primului, în mod gratuit și pe perioadă nedeterminată, dreptul de utilizare a unui software de control al intervențiilor pentru brigada de pompieri a acestuia.

17. Cesiunea trebuia să respecte condițiile prevăzute într-un acord de cooperare încheiat la aceeași dată, care conținea, printre altele, următoarele articole:

„Articolul 1: Scopul intenției de cooperare

[...] Părțile au decis să inițieze o cooperare echitabilă și să implementeze o soluție de compromis în vederea adaptării software-ului la necesitățile celeilalte părți în orice moment și a punerii sale la dispoziția acesteia [...].

Articolul 2. Obiectivul cooperării

[...] Sistemul informatic poate fi extins ca modul în vederea îndeplinirii altor funcționalități de specialitate și poate fi cesionat, fără ale costuri, altor colaboratori, în vederea utilizării gratuite a acestuia [...].

[...]

Articolul 5: Forma cooperării

[...] Cesiunea software-ului de bază este efectuată cu titlu gratuit. Modulele de specialitate suplimentare sunt oferite cu titlu gratuit celorlalți colaboratori.

[...]

⁶ Conform unui studiu din 2014, interpretarea comună în Germania a funcționării practice a deciziilor de la Kiel este următoarea: atunci când principiul reciprocității generale, menționat în deciziile respective, se aplică unei cooperări singulare, lipsește un element esențial al definiției noțiunii de contract de achiziții publice, în sensul GWB. Lipsa unei compensații pentru cesionarea software-ului susține ideea că cesionarea respectivă este gratuită, din perspectiva GWB. Prin aplicarea principiului reciprocității generale, destinatarul serviciului nu își asumă în mod specific obligația de a acorda o compensație financiară: acesta a prevăzut în mod abstract numai furnizarea gratuită a dezvoltărilor de software într-o situație comparabilă, dacă era necesar (Gutachten. Evaluierung der Kieler Besschlüsse II, 20.8.2014, p. 106).

Acordul de cooperare produce efecte obligatorii numai împreună cu contractul de cesiune a software-ului, în calitate de document unic.”

18. ISE, care are ca obiect de activitate dezvoltarea și vânzarea de software, a atacat la Vergabekammer Rheinland (Camera competentă în domeniul achizițiilor publice din Renania, Germania) contractele încheiate între landul Berlin și orașul Köln, solicitând anularea lor. Aceasta a invocat faptul că orașul Köln a atribuit un contract de achiziții publice de servicii care depășește valoarea scutită de obligația de aplicare a normelor privind achizițiile publice. În opinia sa, participarea orașului Köln la dezvoltarea ulterioară a software-ului cesionat reprezintă un avantaj economic suficient. În plus, achiziționarea software-ului de bază implica noi sarcini pentru producător: în cazul unui tert, dezvoltarea și suportul aceluși software ar presupune un cost economic de nesuportat.

19. Vergabekammer Rheinland (Camera competentă în domeniul achizițiilor publice din Renania) a respins acțiunea introdusă de ISE, infirmând faptul că acordurile dintre orașul Köln și landul Berlin pot fi calificate drept „contracte de achiziții publice” în sensul reglementării europene. În opinia sa, ambele părți s-au limitat să inițieze o cooperare echitabilă în cadrul căreia software-ul era cesionat în mod gratuit.

20. ISE a atacat această decizie la Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunalul Regional Superior din Düsseldorf, Germania). Orașul Köln s-a opus acțiunii respective, susținând că decizia atacată era corectă.

21. În acest context, instanța menționată a adresat următoarele întrebări preliminare:

- „1) Cesionarea unui software, convenită în scris, de la un organ al administrației publice către alt organ al administrației publice, care este legată de un acord de cooperare, constituie un «contract de achiziții publice» în sensul articolului 2 alineatul (1) punctul 5 din Directiva 2014/24/UE sau – în orice caz, în principiu, sub rezerva articolului 12 alineatul (4) literele (a)-(c) – un contract care intră în domeniul de aplicare al directivei, în sensul articolului 12 alineatul (4) din directivă, atunci când, deși cesionarul aceluși software nu trebuie nici să plătească un preț, nici să ramburseze costurile pentru software, acordul de cooperare legat de cesionarea aceluși software prevede totuși ca fiecare partener de cooperare – și astfel și cesionarul aceluși software – să pună la dispoziția celuilalt partener toate celelalte dezvoltări proprii ulterioare eventuale ale aceluși software, a căror realizare nu este însă obligatorie?
- 2) Potrivit articolului 12 alineatul (4) litera (a) din Directiva 2014/24/UE, obiectul cooperării dintre autoritățile contractante participante trebuie să conștie în serviciile publice proprii care trebuie furnizate în comun cetățenilor sau este suficient ca această cooperare să privească orice formă de activități destinate prestării serviciilor publice care trebuie furnizate în același mod, însă nu obligatoriu în comun?
- 3) În cadrul articolului 12 alineatul (4) din Directiva 2014/24/UE, se aplică o așa-numită interdicție nescrisă a plasării într-o poziție privilegiată și, în caz afirmativ, care este conținutul acesteia?”

22. Decizia de trimitere a fost înregistrată la grefa Curții la 19 decembrie 2018. Au formulat observații scrise orașul Köln, guvernul Austriei și Comisia.

23. La 6 noiembrie 2019 a avut loc o ședință, la care au participat reprezentanții ISE, orașul Köln, guvernul Austriei și Comisia.

III. Analiză

A. Abordare și observații preliminare

24. Prestarea de servicii prin cooperarea interadministrativă, cunoscută de asemenea drept cooperare „orizontală” sau „public-public”, a fost inclusă în mod expres în reglementarea Uniunii în secțiunea 3 („Excluderi”) din capitolul I din titlul I din Directiva 2014/24. Concret, la articolul 12 alineatul (4) din aceasta⁷.

25. Conform dispoziției respective, „[u]n contract încheiat exclusiv între două sau mai multe autorități contractante nu intră în domeniul de aplicare” al Directivei 2014/24 în cazul în care sunt îndeplinite toate condițiile enumerate în cuprinsul acesteia⁸.

26. Textul în vigoare reglementează cooperarea orizontală mai *detaliat* decât jurisprudența Curții anterioară directivelor din 2014. În jurisprudența respectivă⁹, la care face referire considerentul (31) al Directivei 2014/24¹⁰, au fost indicate anumite condiții pentru a confirma că prestarea serviciilor publice se putea realiza fără să se apeleze la piață, prin cooperarea dintre administrațiile publice.

27. Condițiile respective impuneau, în afară de calitatea de autoritate contractantă a entităților care acționează în comun, obligația ca acordul interadministrativ:

- să aibă drept obiect garantarea realizării unei misiuni de serviciu public comune acestora;
- să se încheie exclusiv de către entități publice, fără participarea unei întreprinderi private;
- să nu favorizeze niciun prestator privat în raport cu concurenții săi;
- să instituie o cooperare reglementată numai de considerații și cerințe specifice îndeplinirii obiectivelor de interes public.

28. Cu toate acestea, Directiva 2014/24 nu se limitează să reglementeze condiții deja existente, ci reformulează, explică, elimină și adaugă una sau mai multe dintre condițiile respective. Prin urmare, în contextul interpretării sale, nu va fi întotdeauna pertinent sau util să se revină pur și simplu la jurisprudența anterioară.

29. Textele relevante în prezenta cauză sunt articolul 12 alineatul (4) și considerentele (31) și (33) ale Directivei 2014/24. Coroborarea lor dă naștere unui regim juridic care sintetizează două obiective contradictorii: pe de o parte, acela de a nu interveni în organizarea de către statele membre a administrației lor naționale, pe de altă parte, acela de a evita ca excluderea să conducă la încălcarea principiilor dreptului Uniunii aplicabile achizițiilor publice.

⁷ O formulare similară figurează la articolul 17 din Directiva 2014/23 și la articolul 28 din Directiva 2014/25.

⁸ Statele membre decid în mod liber dacă aplică sau nu în privința raporturilor respective propriile norme privind achizițiile publice.

⁹ Hotărârea din 9 iunie 2009, Comisia/Germania (C-480/06, EU:C:2009:357, denumită în continuare „Hotărârea Comisia/Germania”), Hotărârea din 19 decembrie 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce y Università del Salento împotriva Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce și alții (C-159/11, EU:C:2012:817, denumită în continuare „Hotărârea ASL”), Ordonanța din 16 mai 2013, Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia și alții (C-564/11, nepublicată, EU:C:2013:307), Hotărârea din 13 iunie 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385, denumită în continuare „Hotărârea Piepenbrock”), Ordonanța din 20 iunie 2013, Consiglio Nazionale degli Ingegneri (C-352/12, nepublicată, EU:C:2013:416, denumită în continuare „Ordonanța Consiglio Nazionale”), și Hotărârea din 8 mai 2014, Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:303, denumită în continuare „Hotărârea Datenlotsen”). Există referiri la cooperarea orizontală și în alte hotărâri privind cooperarea verticală. Contractele încheiate în cadrul sectorului public nu sunt supuse aplicării normelor privind achizițiile publice.

¹⁰ Conform considerentului respectiv, clarificarea privind tipurile de contracte încheiate între entitățile din sectorul public care nu intră în domeniul de aplicare al Directivei 2014/24 „ar trebui să fie ghidată de principiile stabilite în jurisprudența relevantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene”.

30. Directiva 2014/24 insistă asupra faptului că statele membre nu au nicio obligație de a apela la piață pentru a se aproviziona sau pentru a obține serviciile necesare pentru a-și desfășura activitatea¹¹.

31. Or, eliminarea acestui tip de contracte interadministrative din procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice poate fi contrară obiectivului de a instaura o piață internă și în acest domeniu. Cu cât sunt excluse mai multe contracte, cu atât se acordă o marjă de apreciere mai mică pentru crearea și dezvoltarea pieței interne a achizițiilor publice.

32. Autoaprovizionarea entităților publice, fie sub formă de cooperare „*in-house*”, fie sub formă de cooperare „orizentală”, nu este lipsită de riscuri privind libera circulație a bunurilor și serviciilor¹². Îndoielile privind efectele sale asupra liberei concurențe sunt de asemenea legitime, dincolo de situația la care se face referire expresă în considerentul (33) al doilea paragraf *in fine* al Directivei 2014/24, care atrage atenția asupra unei cooperări care plasează operatorul economic într-o poziție privilegiată în raport cu alți concurenți.

33. O utilizare necorespunzătoare a acestor mecanisme de colaborare ar putea, în realitate, să provoace o „contractie” a pieței în ceea ce privește cererea și să determine reducerea numărului de furnizori pe care i-ar putea susține piața respectivă. Teoretic, este de asemenea posibil abuzul de poziție dominantă (colectivă) pe care ar putea să îl săvârșească autoritățile contractante.

34. Din altă perspectivă, este cert în egală măsură că flexibilitatea mai mare prevăzută de Directiva 2014/24 în cazul cooperării orizontale între autoritățile contractante (rezultatul unei decizii politice a legiuitorului european) poate avea de asemenea efecte pozitive asupra concurenței, în sensul că ar încuraja operatorii privați să ofere condiții contractuale mai bune.

35. Decizia unui stat membru cu privire la modalitatea de prestare a unui serviciu public (care poate consta chiar în decizia de a nu apela la piață, ci la cooperarea administrativă) trebuie să respecte normele fundamentale ale TFUE, în special pe cele privind libera circulație a mărfurilor, libertatea de stabilire și libera prestare a serviciilor, precum și principiile egalității de tratament, nediscriminării, recunoașterii reciproce, proporționalității și transparenței¹³. Aceste norme și principii trebuie analizate de asemenea cu ocazia interpretării articolului 12 din Directiva 2014/24.

36. Totalitatea acestor considerații explică existența articolului 12 din Directiva 2014/24 și justifică condițiile privind cooperarea „public-public”, menționate în mod explicit la alineatul (4) al dispoziției respective.

37. În sfârșit, trebuie subliniat că *excluderea* din domeniul de aplicare al Directivei 2014/24 a acestor mecanisme de colaborare între autoritățile contractante nu respectă logica binară regulă/exceptie, ci se bazează pe o interpretare diferită a domeniului de aplicare al directivei menționate.

11 Marja de apreciere privind decizia de a apela sau nu la piață a fost reiterată în jurisprudența Curții cu privire la cooperarea verticală: de exemplu, în Hotărârea din 11 ianuarie 2005, Stadt Halle și RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, punctul 48), în Hotărârea din 13 noiembrie 2008, Coditel Brabant (C-324/07, EU:C:2008:621, punctul 48), și, recent, în Hotărârea din 3 octombrie 2019, Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829, denumită în continuare „Hotărârea Irgita”, punctul 50 și punctul 2 din dispozitiv). În ceea ce privește cooperarea orizentală, a se vedea Hotărârea Comisia/Germania, punctul 45.

12 Riscurile sunt similare cu cele menționate de Directiva 2014/24 în legătură cu agregarea și centralizarea achizițiilor, operațiuni care, conform considerentului (59) al acesteia, „ar trebui monitorizate cu atenție, pentru a se evita concentrarea excesivă a puterii de cumpărare și înțelegerile anticoncurențiale și pentru a menține transparența și concurența, precum și posibilitățile de acces la piață pentru IMM-uri”.

13 Hotărârea Irgita, punctele 48 și 50 și punctul 2 din dispozitiv, cu privire la interpretarea articolului 12 alineatul (1) din Directiva 2014/24.

38. Astfel, faptul că relațiile de colaborare dintre autoritățile contractante, menționate la articolul 12 alineatul (4) din Directiva 2014/24, „nu intră”¹⁴ în domeniul de aplicare al acesteia are la bază intenția de a marca limitele sale, celelalte norme ale acesteia nefiind pur și simplu aplicabile relațiilor respective. Prin urmare, în sens strict, considerăm că, spre deosebire de norma generală, aspectele reținute în hotărârile anterioare cu privire la criteriul hermeneutic (restrictiv) aplicabil excepțiilor nu pot fi utilizate în mod automat pentru a interpreta această *excludere*¹⁵.

B. Prima întrebare preliminară. Cesionarea unui software și domeniul de aplicare al Directivei 2014/24/UE

1. Situația de fapt descrisă la articolul 12

39. Instanța de trimitere solicită să se stabilească, în primul rând, dacă cesionarea unui software precum cea realizată între landul Berlin și orașul Köln este inclusă în domeniul de aplicare al Directivei 2014/24: fie sub forma unui „contract de achiziții publice” [în temeiul articolului 2 alineatul (1) punctul 5], fie a unui simplu „contract” [în sensul articolului 12 alineatul (4)].

40. Întrebarea, astfel cum a fost formulată, a luat naștere ca urmare a lipsei (aparente) a caracterului oneros al cesionării. Din cuprinsul acesteia rezultă că, în opinia instanței de trimitere, domeniul de aplicare al Directivei 2014/24 nu este definit doar la articolul 2. Faptul că la articolul 12 alineatul (4) lipsește adjectivul „publice” de lângă termenul „contract (de achiziții)” ar putea presupune că anumite contracte care nu se încadrează în definiția de la articolul 2 alineatul (1) punctul 5 ar fi supuse de asemenea normelor Uniunii în materia achizițiilor publice.

41. În loc să efectuăm o analiză detaliată cu privire la diversele accepțiuni ale termenului „contract” și ale calificativelor care îl însoțesc, în funcție de diferitele dispoziții ale Directivei 2014/24, ne vom concentra pe interpretarea articolului 12 alineatul (4)¹⁶, pentru a determina dacă acesta este aplicabil unei relații precum cea dintre landul Berlin și orașul Köln. Prin urmare, vom aborda prima întrebare preliminară în lumina specificității acestei dispoziții.

42. Termenul „contract” de la articolul 12 alineatul (4) se explică nu atât din perspectiva relației sale sistematice cu articolul 2 din Directiva 2014/24, cât din cea a relației sale cu celelalte alineate ale articolului 12. În acest context, termenul menționat reflectă diferența față de cooperarea verticală [alineatele (1)-(3) ale dispoziției respective], în cadrul căreia relațiile dintre participanți sunt structurate pe baza unui control intern. În realitate, acesta este utilizat pentru a reda faptul că trebuie să existe un acord sau o convenție care să stabilească baza și cadrul juridic ale raporturilor dintre părți, obiectivul cooperării și acțiunile (contribuțiile) fiecăreia dintre acestea¹⁷.

14 Aceasta este expresia utilizată la articolul 12 alineatul (4) primul paragraf din Directiva 2014/24.

15 În ceea ce privește cooperarea verticală, a se vedea Concluziile avocatului general Hogan prezentate în cauza Irgita (C-285/18, EU:C:2019:369, punctul 45). Aceeași idee este redată și în Hotărârea din 11 ianuarie 2005, Stadt Halle și RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, punctul 46), în Hotărârea din 13 octombrie 2005, Parking Brixen (C-458/03, EU:C:2005:605, punctul 63), în Hotărârea din 11 mai 2006, Carbotermo și Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308, punctul 45), și în Hotărârea Datenlotsen, punctul 23.

16 Există argumente pentru a susține o definiție unitară a termenului „contract”: titlul articolului 12 („Contracte de achiziții publice încheiate între entități din sectorul public”), faptul că acest termen apare în diferite dispoziții ale Directivei 2014/24 și ale altor directive, ca formă abreviată a termenului „contract de achiziții publice”, adăugarea adjectivului „publice”, drept calificativ al substantivului „achiziții”, variază în funcție de versiunea lingvistică a textului consultată: astfel, acesta apare în cuprinsul articolului 12 [concret, la alineatul (1)] în diferite versiuni, precum cea în limba germană, cea în limba engleză și cea în limba italiană, însă nu și în altele, precum cea în limba spaniolă.

17 Articolul 11 alineatul (4) din propunerea de directivă din 20 decembrie 2011, COM(2011) 896 final, utiliza următoarea formulare: „Un acord încheiat între două sau mai multe autorități contractante *nu se consideră a fi un contract de achiziție publică în sensul articolului 2 alineatul (6) al prezentei directive* [...]” (sublinierea noastră).

43. Această interpretare este susținută și de considerentul (33) al doilea paragraf al Directivei 2014/24, atunci când menționează „[c]ontractele de furnizare comună de servicii publice” și, apoi, în al treilea paragraf, „angajamente[le] de a contribui la îndeplinirea prin cooperare a serviciului public în cauză”, care nu trebuie să se materializeze neapărat în executarea de către toate părțile a principalelor obligații contractuale.

44. Plecând de la această premisă, articolul 12 din Directiva 2014/24 prevede două tipuri de situații în care accepțiunea obișnuită a noțiunii de „contract de achiziții publice” probabil că nu este cea mai adecvată, deoarece acestea sunt, mai degrabă, alternative la categoria respectivă.

45. Pe de o parte, dispoziția respectivă admite „cooperarea verticală” [alineatele (1), (2) și (3) ale dispoziției], în care, astfel cum am arătat în alte concluzii, „în cadrul regimului *in-house*, autoritatea contractantă nu tranzacționează, din perspectivă funcțională, cu o altă entitate, ci, în fapt, cu ea însăși, având în vedere legătura dintre aceasta și entitatea distinctă din punct de vedere formal. În realitate, nu este vorba despre atribuirea unui contract, ci despre o simplă însărcinare sau încredințare, care nu poate fi refuzată de cealaltă «parte», indiferent de forma în care se concretizează oricare dintre acestea”¹⁸.

46. Pe de altă parte, dispoziția respectivă admite de asemenea „cooperarea orizontală”, și anume cea dintre autoritățile contractante care apelează la forma contractuală în vederea concretizării sale, astfel încât prestarea serviciilor publice care le revin să se concentreze pe îndeplinirea unui obiectiv comun, într-un cadru ghidat numai de interesul public, cu respectarea liberei concurențe [articolul 12 alineatul (4) din Directiva 2014/24].

47. Desigur, este exclus de asemenea din domeniul de aplicare al Directivei 2014/24, chiar dacă nu este menționat în mod expres în textul său, un alt tip de relații interadministrative, precum cele rezultate dintr-un transfer sau dintr-o delegare de competențe¹⁹, inclusiv prin crearea unui consorțiu de entități cu personalitate juridică de drept public. Aceste situații sunt considerate, în principiu, „străine dreptului achizițiilor publice”²⁰.

48. În cadrul cooperării orizontale, o autoritate contractantă care și-ar putea satisface necesitățile (de bunuri, de lucrări sau de servicii) apelând, prin intermediul unei proceduri de cerere de ofertă, la antreprenori privați, alege să renunțe la această variantă și să o înlocuiască cu colaborarea cu o altă entitate publică aptă să îi satisfacă necesitățile respective.

49. Din punct de vedere obiectiv, caracterul special al acestui tip de colaborare între entitățile publice constă în trei elemente: noțiunea de cooperare care reglementează relația *interpartes*, obiectivul comun pe care îl urmărește această relație și obiectivul de interes public care trebuie să ghideze cooperarea.

50. Colaborarea implică, în general, aportul tuturor părților, cu cheltuielile publice subsecvente. Totuși, relația dintre aceste părți nu se epuizează în *do ut des*-ul specific contractului sinalagmatic, care, potrivit jurisprudenței Curtții, caracterizează contractul de achiziții publice supus directivelor în acest domeniu²¹.

51. Astfel, va exista un act juridic care implică prestații ale tuturor părților, solicitate de acestea, în măsura în care contribuțiile lor urmăresc îndeplinirea unui obiectiv comun ulterior. *Cauza* contribuțiilor este tocmai acest obiectiv comun, care trebuie să fie de interes public.

18 Concluziile prezentate în cauza LitSpecMe (C-567/15, EU:C:2017:319, punctul 70).

19 În ceea ce privește condițiile în care un transfer de competențe referitoare la executarea funcțiilor publice este exclus din domeniul de aplicare al normelor privind achizițiile publice (la momentul respectiv, din Directiva 2004/18), a se vedea Hotărârea din 21 decembrie 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, denumită în continuare „Hotărârea Remondis”, punctul 41 și următoarele).

20 Hotărârea Remondis, punctul 53.

21 *Ibidem*, punctul 43.

2. Caracterul oneros sau gratuit în relația dintre landul Berlin și orașul Köln

52. Pentru a stabili dacă relația dintre orașul Köln și landul Berlin era reglementată de dispozițiile Directivei 2014/24, trebuie să se ia în considerare nu numai contractul de cesiune (prin care software-ul este pus la dispoziția orașului respectiv), ci și acordul de cooperare care îl însoțește²².

53. Cele două părți au configurat relația respectivă în mod unitar, menționând explicit la articolul 5 din acordul de cooperare că acesta era inseparabil de contractul de cesiune de software²³.

54. Astfel cum am arătat, îndoielile instanței de trimitere iau naștere ca urmare a lipsei aparente a caracterului oneros al relației dintre landul Berlin și orașul Köln.

55. Caracterul oneros face parte din definiția noțiunii de „contract de achiziții publice” de la articolul 2 alineatul (1) punctul 5 din Directiva 2014/24. În opinia noastră, acesta poate fi considerat de asemenea un element caracteristic al relației dintre autoritățile contractante la care se referă articolul 12 alineatul (4), care, astfel cum am explicat, nu se identifică în mod obligatoriu cu acțiunea obișnuită a noțiunii de „contract de achiziții publice”.

56. În ceea ce privește semnificația sa, amintim că, în jurisprudența Curții, noțiunea de caracter oneros a făcut obiectul unei interpretări extensive²⁴.

57. În ceea ce privește relația dintre landul Berlin și orașul Köln, punerea la dispoziție a programului informatic este prezentată ca fiind gratuită și ca instrument de cooperare, în vederea dezvoltării și a adaptării sale la necesitățile de gestionare a serviciilor pompierilor.

58. Astfel cum subliniază instanța de trimitere²⁵, această dezvoltare ulterioară are o valoare economică, care poate fi foarte mare²⁶. În descrierea situației de fapt, orașul Köln arată că programul este pus la dispoziția sa pentru a putea lua parte la cooperare. Anterior, acesta a recunoscut că prestarea serviciului de pompieri – care, astfel cum s-a arătat în ședință, îi este impusă prin lege – nu este posibilă în lipsa unui sistem optim de gestionare a intervențiilor, care trebuie adaptat în mod permanent necesităților de prestare a serviciului, ceea ce necesită un software eficient.

59. Prin urmare, este legitim să se considere, în acord cu Comisia, că inclusiv atunci când acordul nu prevede o obligație *stricto sensu* de a dezvolta software-ul, nu este verosimil ca astfel de dezvoltări și, dacă este cazul, adaptările subsecvente ale programului informatic să nu aibă loc. După cum s-a arătat în ședință, actualizarea programului respectiv, pe termen scurt și în viitor, este practic inevitabilă²⁷.

22 A se vedea în același sens Hotărârea Remondis, punctul 37: „În vederea unei posibile calificări drept contract de achiziții publice [...] a unei operațiuni care cuprinde mai multe faze, operațiunea respectivă trebuie să fie examinată în globalitatea sa și ținând seama de finalitatea acesteia”.

23 Ar fi fost posibilă și o altă configurație, astfel cum a susținut orașul Köln în ședință, atunci când a făcut referire la un contract de cesiune încheiat între landul Berlin și orașul Hamburg care nu avea atașat un acord de cooperare.

24 Ordonanța Consiglio Nazionale, punctul 38, Hotărârea Remondis, punctul 43, Hotărârea din 18 octombrie 2018, IBA Molecular Italy (C-606/17, EU:C:2018:843, punctul 31). În Concluziile prezentate în cauza Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce și alții (C-159/11, EU:C:2012:303, punctul 32), avocatul general Trstenjak arată că „se poate susține într-adevăr că doar o interpretare în sens larg a noțiunii «caracter oneros» îndeplinește obiectivul directivelor privind contractele de achiziții publice, și anume deschiderea piețelor pentru o concurență reală”, și făcea referire în mod special la alte forme de plată, cum ar fi vânzările prin troc sau renunțarea la pretenții reciproce existente între partenerii contractuali.

25 Punctul 29 din decizia de trimitere.

26 Și care poate depăși valoarea software-ului însuși. ISE a insistat în ședință asupra acestei informații, în legătură cu cea de a treia întrebare preliminară.

27 Reprezentantul orașului Köln a efectuat o diferențiere între actualizările importante și altele nesemnificative. Primele sunt obligatorii de trei sau de patru ori pe an și se realizează după consultarea celeilalte (sau a celorlalte) părți cu care cooperează, cu scopul de a avea în vedere pe cât posibil necesităților acestora. Celelalte, care constau în remedierea micilor erori, nu necesită o astfel de consultare.

60. Așadar, există o așteptare rezonabilă ca orașul Köln să dezvolte și să adauge module la software. Acest factor acționează drept contraprestație pentru punerea la dispoziție a programului de către landul Berlin, deoarece, în caz contrar, contractul de cesiune nu ar fi fost însoțit de un acord de cooperare.

61. În definitiv, din perspectiva orașului Köln, contravaloarea care permite să se discute despre caracterul oneros în relația sa cu landul Berlin este participarea sa la o cooperare aptă să aducă beneficii acestuia din urmă, sub forma unor adaptări ale software-ului (articolul 1 din acordul de cooperare) și a unor module specializate suplimentare (articolul 5 din acordul respectiv). Aceste adaptări, cu un anumit cost economic, vor exista fără îndoială, întrucât centrele operaționale ale pompierilor nu pot funcționa altfel.

62. Contraprestația nu depinde, prin urmare, de o condiție pur facultativă: existența sa este doar o chestiune de timp. Nu ne confruntăm cu o simplă proclamare a intenției de cooperare, ci cu un angajament obligatoriu, care depinde de un *când* (când se realizează actualizarea), iar nu de un *dacă* (dacă se realizează actualizarea).

63. Acordul de cooperare prevede, desigur, posibilitatea dezvoltării software-ului de către ambele părți și că, teoretic, oricare dintre ele ar putea să rămână inactivă și să aștepte pur și simplu aportul celeilalte. Totuși, astfel cum am menționat, este puțin probabil să se întâmple acest lucru, deoarece aceasta ar presupune punerea în pericol a prestării serviciului public care îi revine fiecăreia. Acest comportament ar lipsi de obiect acordul de cooperare încheiat în mod voluntar între cele două părți.

64. În concluzie, relația contractuală dintre autoritățile contractante care au convenit cesionarea programului informatic și condițiile cooperării dintre ele în vederea dezvoltării sale intră în domeniul de aplicare al articolului 12 alineatul (4) din Directiva 2014/24.

C. A doua întrebare preliminară. Obiectul cooperării

1. Introducere

65. Prestarea serviciului public de pompieri, care revine în sarcina entităților părți la cooperare din prezenta cauză, nu se realizează în comun: acest lucru este imposibil, chiar și ca urmare a distanței geografice dintre teritoriile în care își desfășoară activitatea fiecare dintre părți.

66. Pentru acest motiv, instanța de trimitere are îndoieli că respectiva cooperare intră în domeniul de aplicare al articolului 12 alineatul (4) litera (a) din Directiva 2014/24 și solicită să se stabilească dacă, pentru a fi inclusă în domeniul respectiv, „este suficient ca această cooperare să privească orice formă de activități destinate prestării serviciilor publice care trebuie furnizate în același mod, însă nu obligatoriu în comun”.

67. Pentru a răspunde, este necesară analizarea în mod separat a două elemente: a) exploatarea în comun a serviciului public care face obiectul cooperării și b) natura de „serviciu public” a activității prin care se concretizează cooperarea.

a) Cu privire la prestarea în comun a serviciului public. De la „misiunea comună de serviciu public” la „obiectivele comune de interes public”

68. Potrivit jurisprudenței Curții anterioare Directivei 2014/24, caracterul viabil al cooperării orizontale era condiționat, printre altele, de realizarea de către părți a unei misiuni *comune* de serviciu public. Cu toate acestea, Curtea nu a trebuit să analizeze dacă acest *caracter comun* exista și în cazul furnizării înseși a serviciului.

69. Exemplul-tip de cooperare orizontală exclusă de la aplicarea normelor dreptului Uniunii în materia achizițiilor publice a fost cauza C-480/06, Comisia/Germania, în care cooperarea respectivă, materializată prin acțiuni și angajamente de natură și întindere diferite, garanta în ultimă instanță realizarea unei misiuni de serviciu public în vederea căreia erau competente toate autoritățile contractante. Cauza respectivă se referea la eliminarea reziduurilor, activitate la care participau toți intervenienții, deoarece exploatau instalația de tratare a reziduurilor respective.

70. Problema în discuție în prezenta cauză nu a făcut obiectul unei analize speciale în hotărârea respectivă sau în altele ulterioare, în care lipsea ideea de *caracter comun* al misiunii de serviciu public drept condiție pentru furnizarea sa în comun²⁸.

71. Conform articolului 12 alineatul (4) litera (a) din Directiva 2014/24, pentru a exclude o cooperare interadministrativă din domeniul de aplicare al acestei directive, contractul trebuie să acopere obiective comune ale autorităților contractante participante. Fiecare dintre acestea se va asigura că prestarea „serviciilor publice pe care trebuie să o efectueze”²⁹ se realizează „în vederea îndeplinirii obiectivelor comune”. Contractul sau acordul trebuie să indice forma prestației în vederea garantării sale. Literalmente, în acest caz, *comunitatea* se întemeiază pe obiective, iar nu pe o misiune concretă de serviciu public.

72. Lucrările pregătitoare ale textului dovedesc faptul că intenția legiuitorului a fost de a flexibiliza cooperarea din punctul de vedere al obiectului său³⁰.

73. Propunerea de directivă a Comisiei făcea referire încă la „desfășurarea în comun a sarcinilor de serviciu public [ale autorităților contractante]”. După discutarea sa în Consiliu și în Parlament, textul a suferit diferite modificări până la versiunea sa actuală. Actualul considerent (33) a fost modificat de asemenea, în paralel cu integrarea sa în textul articolului, având aceeași introducere.

74. În cadrul negocierilor finale, s-a înlăturat din cuprinsul articolului 12 alineatul (4) din Directiva 2014/24 referirea la desfășurarea în comun a sarcinilor, care totuși figurează în continuare în considerentul (33) în forma sa actuală. Mențiunea cu privire la obiectivele comune a fost introdusă la sugestia Parlamentului, în același timp cu eliminarea din considerentul corelativ [considerentul (14), la momentul respectiv] a descrierii noțiunii de cooperare care includea „gestionarea și luarea deciziilor în comun cu partajarea responsabilităților în materie de riscuri și de efecte de sinergie”³¹.

75. Precizarea de la considerentul (33) primul paragraf *in fine* privind faptul că serviciile publice furnizate de entitățile care cooperează nu trebuie să fie în mod obligatoriu identice, putând fi complementare, confirmă eliminarea condiției privind misiunea comună de serviciu public.

76. În acest context, referirea la furnizarea *în comun* a serviciilor, care apare de mai multe ori în același considerent, implică, probabil, că serviciile publice, fie identice, fie complementare, care revin în sarcina uneia dintre autoritățile participante, trebuie furnizate „prin cooperare”, cu alte cuvinte de către fiecare autoritate publică, cu sprijinul celeilalte sau în mod coordonat.

28 Hotărârea ASL, punctul 37. Hotărârile ulterioare ale Curții au aplicat jurisprudența stabilită prin Hotărârea ASL în cauze aproape identice în ceea ce privește natura autorilor și problema de fond: a se vedea Ordonanța din 16 mai 2013, Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia (C-564/11, nepublicată, EU:C:2013:307), și Ordonanța Consiglio Nazionale. Această jurisprudență s-a aplicat de asemenea în alte domenii în Hotărârea Piepenbrock, punctul 39, și în Hotărârea Datenlotsen, punctul 35.

29 În opinia noastră, principiul *asumării* presupune ca autoritățile contractante să își asume prestarea serviciilor anterior încheierii acordului de cooperare. Expresia ar putea include de asemenea serviciul public care trebuie prestat în cadrul unei cooperări specifice.

30 Această flexibilitate se constată și în ceea ce privește subiecții de drept: a se vedea considerentul (32), referitor la cooperarea orizontală între autoritățile contractante cu participare privată la capitalul lor. În schimb, propunerea Comisiei excludea această posibilitate la articolul 11 alineatul (4) litera (e).

31 A se vedea Nota Consiliului Uniunii Europene din 26 iunie 2013, nr. 11644/13.

77. Aceste considerații ar putea părea de natură semantică, însă, în drept, este firesc ca consecințele juridice ale alegerii termenilor să difere în mod semnificativ. Astfel cum am menționat, ceea ce este relevant este că norma (nouă) face referire la obiectivele comune ale autorităților contractante care cooperează între ele.

b) „Serviciu public” și „activități cu caracter auxiliar unui serviciu public”

78. A doua întrebare preliminară ne determină de asemenea să analizăm natura activității în cadrul căreia cooperează autoritățile contractante: dacă aceasta trebuie să reprezinte ea însăși un „serviciu public”³² sau dacă poate fi vorba despre o activitate auxiliară, cu alte cuvinte accesorie unui serviciu public³³.

79. În jurisprudența anterioară Directivei 2014/24, Hotărârea Comisia/Germania clarifica într-o oarecare măsură tipul de activități care pot ține de o cooperare „public-public”, exclusă de la aplicarea normelor în materia achizițiilor publice³⁴.

80. Lectura hotărârii respective permitea acceptarea, drept obiect al cooperării, a activităților care nu erau specifice, în sine sau ca atare, serviciului public, dar care erau direct legate de serviciul pentru furnizarea cărui autoritățile contractante conveneau să coopereze.

81. Cele de mai sus nu clarifică totuși întrebarea dacă cooperarea se poate referi *exclusiv* la o activitate care nu constituie, în sine sau ca atare, un serviciu public într-un context precum cel din acest litigiu. Amintim faptul că, în prezenta cauză, autoritățile contractante participante prestează fiecare, în numele său și în mod separat, același serviciu public (cel specific serviciilor de pompieri), în timp ce cooperarea vizează o activitate auxiliară (gestionarea informatică a centrului de intervenții de urgență).

82. În cadrul Directivei 2014/24, considerentul (33) este în favoarea unui răspuns afirmativ la întrebarea respectivă, atunci când arată că cooperarea poate cuprinde „toate tipurile de activități legate de îndeplinirea serviciilor și a responsabilităților atribuite sau asumate de autoritățile participante [...]”³⁵. Astfel cum am menționat, lucrările legislative dovedesc faptul că a existat intenția de a sublinia acest aspect, care nu figura în propunerea inițială a Comisiei³⁶.

83. Flexibilitatea pe care am menționat-o drept caracteristică a cooperării orizontale în Directiva 2014/24, care poate fi apreciată prin compararea acesteia cu situația normativă anterioară, cu jurisprudența anterioară a Curții și cu propunerea Comisiei, confirmă caracterul adecvat al acestui răspuns afirmativ.

32 Amintim că articolul 12 alineatul (4) litera (a) din Directiva 2014/24 menționează în mod expres prestarea „serviciilor publice pe care trebuie să o efectueze [autoritățile contractante]”. Această categorie este utilizată numai la articolul 93 TFUE. În mare măsură, echivalentul serviciilor respective este „serviciul de interes general” (SIG), care poate avea conținut economic sau nu. Libertatea statelor membre de a defini, organiza și finanța serviciile de interes economic general (SIEG) este reglementată la articolul 1 alineatul (4) din Directiva 2014/24, care face trimitere la rândul său la articolul 14 TFUE și la Protocolul nr. 26 anexat la TFUE și la TUE. A se vedea în acest sens Concluziile avocatului general Hogan prezentate în cauza Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:769).

33 În Directiva 2014/24 nu se stabilește entitatea, calitatea sau natura (principală sau auxiliară, obligatorie sau facultativă, cu conținut economic sau fără) a *serviciilor publice* pe care le poate include cooperarea orizontală. Considerentul (33) propune o flexibilitate mare în acest sens. Astfel, se elimină ideea conform căreia cooperarea trebuie să se limiteze la activitățile aferente unei competențe centrale (principale) a autorității contractante, astfel cum părea să rezulte din Hotărârea ASL, punctul 37 prima teză.

34 În cauza respectivă, una dintre contribuții consta în punerea la dispoziție a unei infrastructuri, în cadrul căreia s-ar realiza valorificarea reziduurilor colectate de fiecare participant în zona geografică ce intră în competența sa. În cadrul cooperării era inclusă și punerea la dispoziție a excedentelor: capacitățile de depozitare a deșeurilor neutilizate de unele dintre părți puteau atenua lipsa capacităților de depozitare ale altele. O altă contribuție consta în angajamentul asumat de serviciile de întreținere a drumurilor publice ale uneia dintre autoritățile contractante de a proteja drepturile celorlalți în raport cu titularul instalației, în cazul în care aceasta le cauzează un prejudiciu.

35 Sublinierea noastră.

36 A se vedea în scop comparativ documentul interinstituțional nr. 12167/13.

84. Totuși, aceasta nu presupune că cooperarea orizontală astfel recunoscută este nelimitată. Reiterăm faptul că este menținută cerința ca aceasta să vizeze prestarea de servicii publice care sunt de competența părților³⁷. În cazul în care obiectul cooperării nu este serviciul public în sine, ci o activitate „legată” de el, această legătură trebuie să conștă în orientarea funcțională a activității către executarea serviciului.

85. Echilibrul dintre obiectivele contradictorii, pe care l-am analizat mai sus³⁸, determină, în plus, depășirea legăturii respective prin efectuarea unei distincții între diversele activități în funcție de gradul lor de legătură cu serviciul la prestarea căruia contribuie. În opinia noastră, pot intra în sfera articolului 12 alineatul (4) din Directiva 2014/24, printre altele, activitățile auxiliare legate în mod direct și inseparabil de serviciul public, cu alte cuvinte acele activități care au un caracter instrumental atât de pronunțat, încât serviciul însuși depinde de ele pentru a fi prestat ca serviciu public.

86. De altfel, cooperarea trebuie să întrunească celelalte condiții prevăzute la articolul 12 alineatul (4) (în ceea ce privește părțile, scopul cooperării și principiile după care trebuie să se ghideze), pe care le-am menționat anterior.

2. Cooperarea dintre landul Berlin și orașul Köln

87. Cele două autorități contractante din prezenta cauză nu realizează în comun, astfel cum am menționat deja, activitatea principală de serviciu public, și anume cea specifică serviciului de pompieri. Cooperarea dintre ele urmărește, în schimb, instalarea și suportul unui software necesar pentru ca fiecare dintre acestea să gestioneze în mod optim intervențiile brigăzilor de pompieri aferente în propriile zone geografice.

88. Conform descrierii software-ului și a actualizării sale, furnizată în dosar, completată cu declarațiile concordante prezentate în ședință, programul informatic era și este indispensabil pentru prestarea aceluși serviciu public.

89. Prin urmare, cooperarea dintre landul Berlin și orașul Köln, în măsura în care vizează o activitate indispensabilă pentru furnizarea eficientă a unui serviciu public pe care ambele autorități contractante trebuie să îl presteze, respectă condiția prevăzută la articolul 12 alineatul (4) litera (a) din Directiva 2014/24.

D. A treia întrebare preliminară. Cu privire la plasarea terților într-o situație privilegiată

90. În privința acordului dintre landul Berlin și orașul Köln au fost formulate alte obiecții, bazate pe conflictul dintre cooperarea orizontală și dreptul concurenței. Instanța de trimitere abordează aceste obiecții în cuprinsul celei de a treia întrebări preliminare, atunci când solicită să se stabilească dacă articolul 12 alineatul (4) din Directiva 2014/24 conține o interdicție implicită nescrisă a plasării într-o poziție privilegiată și, în caz afirmativ, care este conținutul său.

37 În jurisprudența anterioară, și anume în Hotărârea *Datenlotsen*, punctul 16 (prin trimiterea de la punctul 34), se statuau următoarele: „[...] nici universitatea, nici HIS nu sunt autorități publice, iar HIS nu este în mod direct responsabilă cu executarea unei misiuni de serviciu public”.

38 *Supra*, punctul 29 și următoarele: dorința de a nu interveni în organizarea de către statele membre a administrației lor interne trebuie conciliată cu cerința ca excluderea din domeniul de aplicare al dreptului Uniunii să nu determine încălcarea principiilor achiziției publice sau liberei concurențe.

1. Cooperarea orizontală și dreptul concurenței

91. Condiția ca niciun operator privat să nu fie plasat într-o situație privilegiată în raport cu concurenții săi, ca urmare a cooperării orizontale, nu este menționată în mod expres și separat la articolul 12 din Directiva 2014/24. În schimb, condiția respectivă figura în jurisprudența anterioară³⁹.

92. Pentru a aborda aspectul dacă, în pofida lipsei menționării sale, condiția rămâne valabilă, amintim de la bun început că statele membre beneficiază de o marjă largă de apreciere pentru a decide dacă prestează ele însele serviciile sau dacă le externalizează.

93. În prima dintre cele două ipoteze (autoaprovizionarea, în sens amplu) și sub rezerva îndeplinirii anumitor condiții, statele membre nu sunt obligate să respecte normele și procedurile dreptului Uniunii în domeniul achizițiilor publice. Totuși, acestea sunt supuse în continuare altor norme⁴⁰, printre care figurează cele referitoare la libera concurență, prevăzute la articolul 106 alineatul (2) TFUE.

94. Pentru acest motiv, articolul 18 alineatul (1) al doilea paragraf din Directiva 2014/24 prevede, într-un domeniu conexe, că „[c]onceptul achiziției nu se poate face cu intenția de excludere a acesteia din domeniul de aplicare al prezentei directive sau [de] restrângere artificială a concurenței”.

95. Limitarea impusă de normele privind libera concurență afectează, așadar, și cooperarea orizontală dintre autoritățile contractante, cel puțin în două moduri:

- pe de o parte, aceasta guvernează relația cu operatorii privați, în ansamblul lor, în calitate de concurenți pe piață.
- pe de altă parte, determină modul în care trebuie să acționeze autoritățile publice astfel încât cooperarea dintre ele, în cazul în care implică în vreun mod și operatori privați, să nu denatureze concurența dintre ei.

96. Articolul 12 alineatul (4) din Directiva 2014/24 urmărește să evite denaturarea liberei concurențe din primul punct de vedere, atunci când prevede că acordul de colaborare trebuie încheiat exclusiv între autorități contractante⁴¹. Și, în același timp, acesta indică anumite măsuri de prevenție bazate pe același obiectiv:

- cooperarea trebuie să se limiteze la prestarea serviciilor publice care revin autorităților contractante participante, cu alte cuvinte nu trebuie să vizeze desfășurarea activităților economice obișnuite [litera (a)].
- cooperarea trebuie să aibă la bază numai considerații de interes public, iar nu unele referitoare la piață [litera (b)].
- dacă entitățile care cooperează între ele acționează de asemenea pe „piața liberă”, activitățile respective nu pot depăși 20 % din activitățile vizate de cooperare.

97. Nu trebuie să se considere, astfel cum susține orașul Köln, că obligația de a respecta libera concurență se limitează la situația în care autoritățile contractante concurează pe piață cu toți operatorii privați.

39 Hotărârea Comisia/Germania, punctul 47, Hotărârea ASL, punctele 35 și 38 și dispozitivul, și Ordonanța Consiglio Nazionale, punctul 44 și dispozitivul.

40 *Supra*, punctele 30-35.

41 Cu toate că, în ceea ce privește regimul de cooperare *in-house*, Directiva 2014/24 acceptă o anumită participație a capitalului privat în cadrul entităților publice. A se vedea nota de subsol 30 din aceste concluzii.

98. Dimpotrivă, astfel cum am arătat deja, obligația generală de a nu denatura concurența figurează în dreptul primar [articolul 106 alineatul (2) TFUE] și, în cadrul specific al achizițiilor publice, la articolul 18 alineatul (1) al doilea paragraf din Directiva 2014/24.

2. Contractarea cu terții

a) Considerații generale

99. Considerentele (31) și (33) ale Directivei 2014/24 confirmă faptul că cooperarea dintre autoritățile contractante nu poate „[avea] ca rezultat o denaturare a concurenței” prin situarea unui furnizor privat de servicii într-o poziție de avantaj față de concurenții săi⁴². Trebuie insistat asupra faptului că aceste considerente nu adaugă, în realitate, noi elemente normative textului directivei: ele ajută numai la interpretarea articolului 12 alineatul (4) din aceasta.

100. Prin urmare, nu sunt conforme cu Directiva 2014/24 comportamentele autorităților contractante care denaturează concurența prin dezavantajarea unui furnizor privat de servicii față de concurenții săi. „Plasarea într-o poziție privilegiată” la care face referire instanța de trimitere este, prin urmare, interzisă, întrucât favorizează un operator privat în detrimentul celorlalți operatori.

101. În acest sens, pot exista două situații care nu sunt perfect echivalente:

- o cooperare orizontală, în cadrul căreia o autoritate contractantă pune la dispoziția alteia anumite bunuri sau servicii pe care prima, la rândul său, le-a achiziționat de la un operator privat fără a fi supusă normelor privind achizițiile publice. În măsura în care aceste norme ar fi aplicabile (ca urmare a obiectului, a valorii contractului etc.), operatorii terți ar fi supuși unui *nou* și, cu alte cuvinte, unui *dublu* tratament dezavantajos, rezultat din omiterea lor inițială și succesivă.
- o cooperare orizontală care necesită, pentru dezvoltarea sa ulterioară, participarea unor alți operatori economici decât autoritățile contractante. În cazul în care anumiți operatori privați sunt lipsiți în mod discriminatoriu sau arbitrar de posibilitatea de a se integra în mecanismul de furnizare viitoare de bunuri și servicii, aceștia ar fi plasați într-o situație dezavantajoasă.

102. În cea de a doua ipoteză, în cazul inițierii unei proceduri de atribuire în vederea completării sau a continuării cooperării, nu există motive pentru a susține că un particular se află în mod inevitabil, *de iure* sau *de facto*, într-o poziție mai favorabilă decât concurenții săi, ca urmare a contribuției lui la sarcinile în care constă cooperarea interadministrativă.

b) Încheierea de contracte cu terții în contextul cooperării dintre landul Berlin și orașul Köln

103. Nu există informații suficiente în dosarul cauzei pentru a afla în ce condiții a avut loc achiziționarea inițială, de către landul Berlin, a software-ului pe care îl va cesa ulterior orașului Köln. De asemenea, nu există certitudinea deplină că landul Berlin achiziționează noi module de software, în afara cooperării cu orașul Köln, prin sustragerea achiziției de la piață sau prin apelarea la aceasta⁴³. Revine instanței de trimitere sarcina de a verifica aceste elemente de fapt.

⁴² Astfel cum am menționat, există alte modalități de denaturare posibile: de exemplu, în cazul în care achiziționarea software-ului și operațiunile subsecvente de suport sau de completare ar face obiectul unor contracte izolate, cu scopul de a evita un contract unic a cărui valoare depășește pragul începând cu care devine obligatorie organizarea unei proceduri publice de cerere de ofertă. A se vedea Hotărârea din 18 ianuarie 2007, Auroux și alții (C-220/05, EU:C:2007:31, punctul 67), și Hotărârea Comisia/Germania, în care Curtea menționează un „montaj pentru eludarea reglementării în domeniul achizițiilor publice” (punctul 48).

⁴³ În ședință, reprezentantul ISE a susținut că, în luna iulie a anului 2018, landul Berlin a publicat un anunț prealabil de cerere de ofertă pentru dezvoltarea programului, pentru o sumă de 3 500 000 de euro.

104. Dimpotrivă, dezvoltarea ulterioară a cooperării pare să necesite participarea terților, astfel încât orașul Köln a publicat un anunț de cerere de ofertă (restrânsă) pentru adaptarea, instalarea și suportul software-ului cesionat de landul Berlin⁴⁴.

105. Extinderile și actualizările software-ului cesionat de landul Berlin orașului Köln în scopul cooperării se caracterizează printr-o valoare economică mare. Prin urmare, este logic ca interesul operatorilor de pe piață⁴⁵ să se concentreze pe contractele subsecvente încheiate pentru adaptarea, suportul și dezvoltarea acestuia.

106. În opinia ISE, complexitatea tehnică a acestor operațiuni nu permite realizarea lor de către altcineva decât producătorul software-ului. În acest caz, decizia privind achiziționarea inițială a software-ului ar putea fi extrem de importantă în atribuirea contractelor de achiziții publice ulterioare, blocând *de facto* intervenția altor operatori decât creatorul programului.

107. În acest context (care trebuie verificat de instanța de trimitere), condiția privind interdicția de a plasa operatorii de pe piață într-o poziție privilegiată față de concurenții lor⁴⁶ ar necesita o atenție specială la momentul organizării procedurii de cerere de ofertă referitoare la prestațiile viitoare. În special, ar trebui să se furnizeze tuturor părților potențial interesate informațiile indispensabile pentru a putea participa la procedură⁴⁷.

108. Totuși, această măsură s-ar putea dovedi insuficientă, ceea ce ar indica faptul că problema se situează într-un moment anterior, și anume chiar în cel al achiziționării software-ului. Revine instanței de trimitere sarcina de a stabili dacă achiziția inițială rezultă dintr-o situație de exclusivitate, pentru motive tehnice, care predetermină procedurile de achiziții publice ulterioare și, în acest caz, de a adopta măsurile relevante pentru corectarea efectelor sale⁴⁸.

IV. Concluzie

109. Având în vedere considerațiile anterioare, propunem să se răspundă la întrebările preliminare adresate de Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunalul Regional Superior din Düsseldorf, Germania) după cum urmează:

„1) Articolul 12 alineatul (4) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE trebuie interpretat în sensul că cesionarea unui software, convenită în scris de două autorități contractante și care este legată de un acord de cooperare încheiate între acestea, constituie un «contract» în sensul dispoziției menționate.

44 În ședință s-a clarificat că anunțul (număr de referință: 2019-0040-37-3) a fost publicat în JO 2019/S 160-394603 și că valoarea economică a ofertei era de 2 000 000 de euro.

45 În ședință, reprezentantul ISE a declarat că interesul economic nu consta în achiziționarea software-ului de bază sau în vânzarea sa, ci în operațiunile subsecvente de adaptare, suport și dezvoltare a programului informatic.

46 Dar și obiectivul potrivit căruia contractul trebuie atribuit ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic.

47 În ședință s-a dezbătut aspectul dacă era suficient să se menționeze, în procedurile de cerere de ofertă ulterioare, faptul că ofertantul câștigător ar avea acces la codul-sursă al software-ului. Orașul Köln a insistat asupra faptului că a procedat astfel, cu toate că, potrivit ISE, acest lucru nu era suficient, având în vedere dificultățile practice privind dezvoltarea fără riscuri a adaptărilor pornind de la programul de bază.

48 Posibilitatea producerii unui efect de blocare după achiziționarea software-ului original ar fi trebuit apreciată în mod ideal la momentul achiziționării acestuia. În caz contrar, această apreciere nu ar mai fi posibilă în contextul actual, iar remediile ar putea fi numai paliative. În ședință, Comisia a sugerat să se solicite producătorului software-ului să încheie un acord de cooperare cu ofertanții câștigători ai prestațiilor viitoare.

Caracterul oneros al acestui raport contractual există inclusiv atunci când entitatea cesionară nu trebuie să plătească și nici să compenseze costurile software-ului, dacă fiecare parte (prin urmare și cesionara) se obligă să pună la dispoziția celeilalte părți adaptările și dezvoltările subsecvente ale software-ului respectiv, iar acestea sunt indispensabile pentru prestarea unui serviciu public care revine în sarcina ambelor autorități contractante, astfel încât realizarea lor este inevitabilă.

- 2) Cooperarea dintre autoritățile contractante, în sensul articolului 12 alineatul (4) litera (a) din Directiva 2014/24, nu trebuie să vizeze în mod obligatoriu serviciile publice care trebuie furnizate cetățenilor. O cooperare al cărei obiect îl constituie activitățile auxiliare acestor servicii intră sub incidența articolului 12 alineatul (4) din Directiva 2014/24, printre altele, atunci când activitatea auxiliară reprezintă un instrument indispensabil pentru serviciul public, astfel încât acesta depinde de activitatea respectivă pentru a fi prestat.
- 3) Cooperarea dintre autoritățile contractante care situează un operator privat într-o poziție privilegiată în raport cu concurenții săi de pe piață nu poate intra sub incidența articolului 12 alineatul (4) din Directiva 2014/24.”