



Repertoriul jurisprudenței

HOTĂRÂREA CURȚII (Camera a cincea)

11 septembrie 2014*

„Trimitere preliminară — Achiziții publice — Directiva 89/665/CEE — Articolul 2d alineatul (4) — Interpretare și validitate — Căi de atac în domeniul atribuirii contractelor de achiziții publice — Lipsa de efecte a contractului — Excludere”

În cauza C-19/13,

având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Consiglio di Stato (Italia), prin decizia din 14 decembrie 2012, primită de Curte la 15 ianuarie 2013, în procedura

Ministero dell’Interno

împotriva

Fastweb SpA,

cu participarea:

Telecom Italia SpA,

CURTEA (Camera a cincea),

compusă din domnul T. von Danwitz, președinte de cameră, și domnii E. Juhász, A. Rosas, D. Šváby și C. Vajda (raportor), judecători,

avocat general: domnul Y. Bot,

grefier: doamna L. Hewlett, administrator principal,

având în vedere procedura scrisă și în urma ședinței din 20 martie 2014,

luând în considerare observațiile prezentate:

- pentru Fastweb SpA, de P. Stella Richter și de G. L. Tosato, avocați;
- pentru Telecom Italia SpA, de F. Cardarelli, de F. Lattanzi și de F. S. Cantella, avocați;
- pentru guvernul italian, de G. Palmieri, în calitate de agent, asistată de G. Fiengo, avvocato dello Stato;
- pentru guvernul austriac, de M. Fruhmann, în calitate de agent;

* Limba de procedură: italiana.

- pentru guvernul polonez, de B. Majczyna, de M. Szwarc și de E. Gromnicka, în calitate de agenți;
 - pentru Parlamentul European, de J. Rodrigues și de L. Visaggio, în calitate de agenți;
 - pentru Consiliul Uniunii Europene, de P. Mahnič Bruni și de A. Vitro, în calitate de agenți;
 - pentru Comisia Europeană, de L. Pignataro-Nolin și de A. Tokár, în calitate de agenți,
- după ascultarea concluziilor avocatului general în ședința din 10 aprilie 2014,
- pronunță prezenta

Hotărâre

- 1 Cererea de decizie preliminară privește interpretarea și validitatea articolului 2d alineatul (4) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative referitoare la aplicarea procedurilor privind căile de atac în ceea ce privește atribuirea contractelor de achiziții publice de bunuri și de lucrări (JO L 395, p. 33, Ediție specială, 06/vol. 1, p. 237), astfel cum a fost modificată prin Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007 (JO L 335, p. 31, denumită în continuare „Directiva 89/665”).
- 2 Această cerere a fost formulată în cadrul unui litigiu între Ministero dell’Interno, Dipartimento di Pubblica Sicurezza (Ministerul de Interne, Departamentul de securitate publică, denumit în continuare „Ministero dell’Interno”), pe de o parte, și Fastweb SpA (denumită în continuare „Fastweb”), pe de altă parte, cu privire la atribuirea în favoarea Telecom Italia SpA (denumită în continuare „Telecom Italia”) a unui contract de achiziții publice referitor la prestarea de servicii de comunicații electronice în cadrul unei proceduri de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare.

Cadrul juridic

Dreptul Uniunii

Directiva 2007/66

- 3 Considerentele (3), (13), (14), (21), (26) și (36) ale Directivei 2007/66 au următorul cuprins:
„(3) [...] garanțiile de transparență și nediscriminare urmărite de [Directiva 89/665 și de Directiva 92/13/CEE a Consiliului din 25 februarie 1992 privind coordonarea actelor cu putere de lege și actelor administrative referitoare la aplicarea normelor comunitare cu privire la procedurile de achiziții publice ale entităților care desfășoară activități în sectoarele apei, energiei, transporturilor și telecomunicațiilor (JO L 76, p. 14, Ediție specială, 06/vol. 2, p. 43),] ar trebui să fie consolidate astfel încât să asigure că Comunitatea, în ansamblul său, beneficiază pe deplin de efectele pozitive ale Directivelor 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. 113),] și 2004/17/CE [a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale (JO L 134, p. 1, Ediție specială, 06/vol. 8, p. 3)], în sensul modernizării și

simplificării regulilor de atribuire a contractelor de achiziții publice. Directivele [89/665] și [92/13] ar trebui, prin urmare, să fie modificate prin adăugarea unor precizări esențiale care vor permite atingerea rezultatelor dorite de [legiuitorul] comunitar.

[...]

- (13) Pentru a combate atribuirea directă ilegală a contractelor, considerată de Curtea de Justiție drept cea mai gravă încălcare a dreptului comunitar în domeniul achizițiilor publice din partea unei autorități sau a unei entități contractante, ar trebui să se prevadă sancțiuni eficace, proporționate și descurajante. În consecință, un contract care este rezultatul unei atribuirii directe ilegale ar trebui să fie considerat, în principiu, lipsit de efecte. Absența efectelor nu ar trebui să fie automată, ci ar trebui să fie confirmată de un organism responsabil de soluționarea căilor de atac independent sau să decurgă din decizia luată de acesta.
- (14) Absența efectelor este cea mai eficientă cale de restabilire a concurenței și de creare a noi oportunități de afaceri pentru operatorii economici care au fost privați în mod ilegal de posibilitatea de a lua parte la competiție. Atribuirile directe în sensul prezentei directive ar trebui să includă orice atribuire de contracte fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* în înțelesul Directivei [2004/18]. Aceasta corespunde unei proceduri fără chemare la competiție în înțelesul Directivei [2004/17].

[...]

- (21) La stabilirea de către statele membre a normelor conform cărora un contract este considerat ca lipsit de efecte, obiectivul urmărit este ca drepturile și obligațiile părților contractante să înceteze a fi exercitate și executate. Consecințele absenței efectelor unui contract ar trebui să fie stabilite prin dreptul intern. Dreptul intern ar putea, prin urmare, să prevadă anularea retroactivă a tuturor obligațiilor contractuale (*ex tunc*) sau, invers, să limiteze domeniul anulării la obligațiile care urmează să fie executate (*ex nunc*). Acest lucru nu ar trebui să ducă la absența unor sancțiuni eficiente, dacă obligațiile care decurg dintr-un contract au fost deja îndeplinite în totalitate sau în cvasitotalitate. În astfel de cazuri, statele membre ar trebui să prevadă, de asemenea, sancțiuni alternative, ținând seama în ce măsură un contract rămâne în vigoare în conformitate cu dreptul național. În mod similar, consecințele unei eventuale recuperări a oricăror sume care ar fi putut fi plătite, precum și toate celelalte forme de restituire posibile, inclusiv restituirea valorii atunci când o restituire în natură nu este posibilă, urmează să fie stabilite de dreptul intern.

[...]

- (26) Pentru a evita insecuritatea juridică ce poate decurge din absența efectelor, statele membre ar trebui să prevadă o derogare de la orice constatare a absenței efectelor în cazurile în care autoritatea contractantă sau entitatea contractantă consideră că atribuirea directă a unui contract fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* este permisă în conformitate cu Directivele [2004/18] și [2004/17] și aceasta a aplicat un termen suspensiv minim care permite exercitarea unei căi de atac efective. Publicarea voluntară care declanșează acest termen suspensiv nu implică prelungirea obligațiilor care decurg din Directiva [2004/18] sau Directiva [2004/17].

[...]

(36) Prezenta directivă respectă drepturile fundamentale și principiile recunoscute, în special, de Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene [denumită în continuare «carta»]. Prezenta directivă urmărește, în special, să asigure respectarea deplină a dreptului la o cale de atac eficace și la o audiere echitabilă [a se citi «la un proces echitabil»], în conformitate cu articolul 47 primul și al doilea paragraf din [c]artă.”

Directiva 89/665

4 Al treilea considerent al Directivei 89/665 este redactat după cum urmează:

„[...] deschiderea concurenței comunitare în domeniul achizițiilor publice necesită o creștere semnificativă a garanțiilor privind transparența și nediscriminarea; [...] pentru a avea efecte concrete, trebuie să existe căi de atac eficiente și rapide în cazurile de încălcare a legislației comunitare în domeniul achizițiilor publice sau a reglementărilor de drept intern privind punerea în aplicare a acestei legislații”.

5 Potrivit articolului 1 alineatul (1) al treilea paragraf din Directiva 89/665:

„Statele membre adoptă măsurile necesare pentru a garanta că, în ceea ce privește contractele circumscrise domeniului de aplicare al Directivei [2004/18], deciziile luate de autoritățile contractante pot fi supuse unor căi de atac efective și, în special, cât se poate de rapide, în conformitate cu condițiile stabilite la articolele 2-2f din prezenta directivă, în temeiul nerespectării, prin aceste decizii, a legislației comunitare în domeniul achizițiilor publice sau a normelor de drept intern de transpunere a acesteia.”

6 Articolul 2 din Directiva 89/665, intitulat „Cerințe referitoare la căile de atac”, prevede la alineatul (1):

„Statele membre garantează că măsurile luate în privința căilor de atac menționate la articolul 1 prevăd competențe care să permită:

[...]

(b) fie anularea, fie asigurarea anulării deciziilor luate în mod ilegal, inclusiv eliminarea specificațiilor tehnice, economice sau financiare discriminatorii din chemarea la competiție, din documentația de contract sau din orice alt document legat de procedura de atribuire a contractului;

(c) acordarea unor daune interese persoanelor prejudiciate printr-o încălcare.”

7 Articolul 2 alineatul (7) primul paragraf din Directiva 89/665/CEE prevede:

„Cu excepția cazurilor prevăzute la articolele 2d-2f, efectele exercitării competențelor menționate la alineatul (1) din prezentul articol asupra unui contract încheiat în urma atribuirii sale sunt stabilite prin dreptul intern.”

8 Articolul 2d din Directiva 89/665, intitulat „Absența efectelor”, prevede:

„(1) Statele membre garantează declararea absenței efectelor unui contract de către un organism responsabil de soluționarea căilor de atac independent de autoritatea contractantă sau faptul că absența efectelor contractului menționat intervine în urma deciziei unui astfel de organism în oricare dintre următoarele cazuri:

(a) în cazul în care autoritatea contractantă a atribuit un contract fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene*, fără ca acest lucru să fie permis în conformitate cu Directiva [2004/18];

[...]

(2) Efectele declarării absenței efectelor unui contract sunt prevăzute în dreptul intern.

Dreptul intern poate să prevadă anularea retroactivă a tuturor obligațiilor contractuale sau să anuleze numai acele obligații care urmează încă să fie executate. În acest ultim caz, statele membre prevăd aplicarea altor sancțiuni în sensul articolului 2e alineatul (2).

[...]

(4) Statele membre prevăd că alineatul (1) litera (a) din prezentul articol nu se aplică în cazul în care:

- autoritatea contractantă consideră că atribuirea unui contract fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* este permisă în conformitate cu Directiva [2004/18];
- autoritatea contractantă a publicat un anunț în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* conform articolului 3a din prezenta directivă, exprimându-și intenția de a încheia contractul; și
- contractul nu a fost încheiat înainte de expirarea unui termen de cel puțin 10 zile calendaristice începând cu ziua următoare publicării respectivului anunț.

[...]”

9 Potrivit articolului 3a din Directiva 89/665, intitulat „Conținutul unui anunț de transparență *ex ante* voluntară”, anunțul prevăzut la articolul 2d alineatul (4) a doua liniuță din această directivă conține numele și datele de contact ale autorității contractante, descrierea obiectului contractului, justificarea deciziei autorității contractante de atribuire a contractului fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, numele și datele de contact ale operatorului în favoarea căruia a fost luată o decizie de atribuire și, dacă este cazul, orice altă informație considerată utilă de autoritatea contractantă.

Directiva 2004/18

10 Articolul 2 din Directiva 2004/18, intitulat „Principii de atribuire a contractelor”, prevede:

„Autoritățile contractante tratează operatorii economici în mod egal și fără discriminare și acționează potrivit principiului transparenței.”

- 11 Potrivit articolului 31 din Directiva 2004/18, intitulat „Cazuri care justifică recurgerea la procedura de negociere fără publicarea unui anunț de participare”:

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

1. în cazul contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii:

[...]

- (b) în cazul în care, din motive tehnice, artistice sau referitoare la protecția drepturilor de exclusivitate, contractul nu poate fi atribuit decât unui anumit operator economic;

[...]”

Directiva 2009/81/CE

- 12 Potrivit articolului 28 din Directiva 2009/81/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 iulie 2009 privind coordonarea procedurilor privind atribuirea anumitor contracte de lucrări, de furnizare de bunuri și de prestare de servicii de către autoritățile sau entitățile contractante în domeniile apărării și securității și de modificare a Directivelor 2004/17/CE și 2004/18/CE (JO L 216, p. 76), intitulat „Cazuri care justifică recurgerea la procedura de negociere fără publicarea unui anunț de participare”:

„În cazurile următoare, autoritățile/entitățile contractante pot atribui contractele printr-o procedură de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare și justifică recurgerea la această procedură în anunțul de atribuire a contractului, în conformitate cu cerințele de la articolul 30 alineatul (3):

1. În cazul contractelor de lucrări, de furnizare de bunuri și de prestare de servicii:

[...]

- (e) în cazul în care, din motive tehnice sau referitoare la protecția drepturilor de exclusivitate, contractul nu poate fi atribuit decât unui anumit operator economic.

[...]”

- 13 Articolul 60 din această directivă, intitulat „Lipsa de efecte”, prevede:

„(1) Statele membre asigură că un contract este considerat lipsit de efecte de către un organism de soluționare a căilor de atac independent de autoritatea/entitatea contractantă sau că lipsa de efecte a contractului menționat intervine în urma deciziei unui astfel de organism de soluționare în oricare dintre următoarele cazuri:

- (a) în cazul în care autoritatea/entitatea contractantă a atribuit un contract fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene*, fără ca acest lucru să fie permis în conformitate cu prezenta directivă;

[...]

(4) Statele membre prevăd că alineatul (1) litera (a) nu se aplică în cazul în care:

- autoritatea/entitatea contractantă consideră că atribuirea unui contract fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* este permisă în conformitate cu prezenta directivă;
- autoritatea/entitatea contractantă a publicat un anunț în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* conform articolului 64 exprimându-și intenția de a încheia contractul și
- contractul nu a fost încheiat înainte de expirarea unui termen de cel puțin 10 zile calendaristice începând cu ziua următoare publicării respectivului anunț.

[...]"

Dreptul italian

- 14 Directiva 2007/66 a fost transpusă în ordinea juridică italiană prin Decretul legislativ nr. 53 din 20 martie 2010, al cărui conținut a fost integrat ulterior în articolele 120-125 din Decretul legislativ nr. 104 privind Codul de procedură administrativă (decreto legislativo n° 104 - Codice di procedura amministrativa) din 2 iulie 2010 (supliment ordinar al GURI nr. 158 din 7 iulie 2010, denumit în continuare „Codul de procedură administrativă”).
- 15 Rezultă din articolul 121 din Codul de procedură administrativă că, în cazul unor încălcări grave, precum o atribuire neautorizată a unui contract printr-o procedură de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, este necesar, cu excepția unor derogări și în pofida puterii de apreciere a instanței administrative, ca un contract încheiat în urma unei astfel de proceduri să fie lipsit de efecte.
- 16 Printre derogările de la această regulă, articolul 121 alineatul 5 din acest cod, care transpune articolul 2d alineatul (4) din Directiva 89/665, prevede că un contract își produce totuși efectele în cazul în care autoritatea contractantă, printr-un act motivat anterior inițierii procedurii de atribuire, a declarat că procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare este permisă de Codul de procedură administrativă, a publicat un anunț de transparență *ex ante* voluntară și nu a încheiat contractul în cauză înainte de expirarea unui termen de cel puțin zece zile calendaristice începând cu ziua următoare publicării acestui din urmă anunț.
- 17 Potrivit articolului 122 din Codul de procedură administrativă, referitor la celelalte cazuri de încălcări, instanța națională stabilește, în limitele prevăzute la acest articol, dacă trebuie să declare contractul lipsit de efecte.

Litigiul principal și întrebările preliminare

- 18 Rezultă din decizia de trimitere că Ministero dell'Interno a încheiat în anul 2003 o convenție cu Telecom Italia pentru administrarea și dezvoltarea serviciilor de telecomunicații.
- 19 Întrucât această convenție urma să înceteze la 31 decembrie 2011, Ministero dell'Interno a desemnat, printr-o decizie din 15 decembrie 2011, Telecom Italia drept furnizorul și partenerul său tehnologic pentru administrarea și dezvoltarea serviciilor respective.
- 20 În vederea atribuirii contractului privind comunicațiile electronice, Ministero dell'Interno a considerat că poate recurge la procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, prevăzută la articolul 28 alineatul (1) litera (e) din Directiva 2009/81 și la articolul 57 alineatul 2

litera b) din Decretul legislativ nr. 163 din 12 aprilie 2006 privind Codul achizițiilor publice de lucrări, de servicii și de bunuri în aplicarea Directivelor 2004/17/CE și 2004/18/CE (decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) din 12 aprilie 2006 (supliment ordinar la GURI nr. 100 din 2 mai 2006), astfel cum a fost modificat prin Decretul legislativ nr. 152 din 11 septembrie 2008 (supliment ordinar la GURI nr. 231 din 2 octombrie 2008, denumit în continuare „Decretul legislativ nr. 163/2006”).

- 21 Conform acestei ultime dispoziții, autoritatea contractantă poate atribui un contract prin recurgerea la o procedură de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare „în cazul în care, din motive tehnice sau referitoare la protecția drepturilor de exclusivitate, contractul nu poate fi atribuit decât unui anumit operator economic”.
- 22 În speță, Ministero dell’Interno a considerat că, din motive tehnice și referitoare la protecția anumitor drepturi exclusive, Telecom Italia era singurul operator economic în măsură să execute contractul în cauză.
- 23 După ce a obținut, la 20 decembrie 2011, avizul favorabil al Avvocatura Generale dello Stato în ceea ce privește procedura preconizată, Ministero dell’Interno a publicat în aceeași zi în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* un anunț în care și-a exprimat intenția de a atribui acest contract în favoarea Telecom Italia.
- 24 La 22 decembrie 2011, Ministero dell’Interno a invitat Telecom Italia să participe la negociere.
- 25 La încheierea acestei negocieri, părțile au semnat, la 31 decembrie 2011, o convenție-cadru având ca obiect „furnizarea în favoarea Departamentului de securitate publică și a Corpului carabinierilor a unor servicii de comunicații electronice, în special de telefonie vocală, de telefonie mobilă și de transfer de date”.
- 26 Anunțul de atribuire a contractului a fost publicat în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* la 16 februarie 2012.
- 27 Fastweb a introdus la Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunalul Administrativ Regional din Lazio) o acțiune având ca obiect anularea atribuirii contractului și declararea contractului încheiat ca fiind lipsit de efecte, pentru motivul că nu erau îndeplinite condițiile prevăzute la articolul 28 din Directiva 2009/81 și la articolul 57 din Decretul legislativ nr. 163/2006, care permit recurgerea la o procedură de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare.
- 28 Tribunale amministrativo regionale per il Lazio a admis acțiunea Fastweb. Acesta a considerat că motivele care justificau recurgerea la această procedură, invocate de Ministero dell’Interno, nu constituiau motive tehnice, în sensul articolului 57 alineatul 2 litera b) din Decretul legislativ nr. 163/2006, pentru care contractul nu putea fi atribuit decât unui anumit operator economic, ci mai degrabă motive de oportunitate. Anulând decizia de atribuire, Tribunale amministrativo regionale per il Lazio a considerat că nu putea să declare, în temeiul articolului 121 alineatul 5 din Codul de procedură administrativă, absența efectelor contractului încheiat la 31 decembrie 2011, întrucât condițiile prevăzute de această dispoziție care excludeau aplicarea principiului respectiv erau îndeplinite. Cu toate acestea, în temeiul articolului 122 din codul menționat, această instanță a declarat contractul ca fiind lipsit de efecte, începând cu data de 31 decembrie 2013.
- 29 Ministero dell’Interno și Telecom Italia au declarat apel împotriva acestei hotărâri la Consiglio di Stato.
- 30 Prin ordonanța din 8 ianuarie 2013, Consiglio di Stato a confirmat anularea atribuirii contractului pentru motivul că Ministero dell’Interno nu dovedise că condițiile care permit recurgerea la o procedură de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare erau îndeplinite. Astfel, acesta a considerat că din elementele dosarului nu rezulta o imposibilitate obiectivă de a atribui

contractul unor operatori economici diferiți, ci caracterul inoportun al unei astfel de soluții, în special pentru că, în opinia Ministero dell'Interno, această soluție presupunea schimbări și costuri și necesita o perioadă de adaptare.

31 În această privință, deși Consiglio di Stato subliniază că Directiva 2009/81 conține, în privința căilor de atac, un regim aproape identic cu cel al Directivei 89/665, acesta își concentrează totuși observațiile asupra Directivei 89/665.

32 Având totuși îndoieli cu privire la consecințele care trebuie deduse dintr-o astfel de anulare în ceea ce privește efectele contractului în cauză, ținând seama de prevederile articolului 2d alineatul (4) din Directiva 89/665, Consiglio di Stato a hotărât să suspende judecarea cauzei și să adreseze Curții următoarele întrebări preliminare:

„1) Articolul 2d alineatul (4) din Directiva [89/665] trebuie interpretat în sensul că, în cazul în care o autoritate contractantă, înainte de a atribui contractul direct unui anumit operator economic, ales fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, a publicat în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* anunțul de transparență *ex ante* voluntară și a așteptat cel puțin zece zile înainte de a încheia contractul, instanței naționale îi este în mod automat interzis, totdeauna și în orice situație, să pronunțe absența efectelor contractului, chiar dacă se constată încălcarea normelor care permit, în anumite condiții, atribuirea contractului fără desfășurarea unei proceduri de cerere de ofertă?

2) Articolul 2d alineatul (4) din Directiva [89/665], dacă este interpretat în sensul că exclude posibilitatea ca, în temeiul dreptului național (articolul 122 din [Codul de procedură administrativă]), să fie pronunțată absența efectelor contractului, chiar dacă instanța a constatat o încălcare a normelor care permit, în anumite condiții, atribuirea contractului fără desfășurarea unei proceduri de cerere de ofertă, este conform cu principiile egalității părților, nediscriminării și protecției concurenței și garantează dreptul la o cale de atac efectivă conform articolului 47 din [cartă]?”

Cu privire la întrebările preliminare

Cu privire la prima întrebare

33 Prin intermediul primei întrebări, instanța de trimitere solicită, în esență, să se stabilească dacă articolul 2d alineatul (4) din Directiva 89/665 trebuie interpretat în sensul că, în cazul în care un contract de achiziții publice este atribuit fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare fără să fie îndeplinite condițiile prevăzute de Directiva 2004/18 pentru recurgerea la această procedură, această dispoziție exclude declararea respectivului contract ca fiind lipsit de efecte în cazul în care autoritatea contractantă a publicat în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* un anunț de transparență *ex ante* și a respectat, înainte de încheierea contractului, termenul suspensiv minim de zece zile începând cu ziua următoare publicării acestui anunț.

34 Cu titlu introductiv, trebuie amintit că dispozițiile Directivei 89/665, destinate să protejeze ofertanții împotriva arbitrarului autorității contractante, urmăresc să consolideze mecanismele existente pentru asigurarea aplicării efective a normelor Uniunii în domeniul atribuirii contractelor de achiziții publice, în special într-un stadiu în care încălcările încă pot fi corectate (Hotărârea Comisia/Austria, C-212/02, EU:C:2004:386, punctul 20 și jurisprudența citată).

- 35 În plus, astfel cum rezultă din considerentele (3) și (4) ale Directivei 2007/66, aceasta vizează ameliorarea garanțiilor privind transparența și nediscriminarea pe care Directiva 89/665 urmărește să le asigure în vederea consolidării eficacității căilor de atac introduse în statele membre de persoanele care au un interes să obțină un contract.
- 36 Articolul 1 alineatul (1) al treilea paragraf din Directiva 89/665 impune statelor membre să adopte măsuri pentru a garanta că deciziile luate de autoritățile contractante pot fi supuse unor căi de atac efective și, în special, cât se poate de rapide, în conformitate cu condițiile stabilite la articolele 2-2f din directiva menționată.
- 37 În acest scop, articolul 2 din Directiva 89/665, intitulat „Cerințe referitoare la căile de atac”, prevede la alineatul (1) litera (b) că statele membre sunt ținute să atribuie organismului responsabil cu soluționarea căilor de atac competența de a anula sau de a asigura anularea deciziilor nelegale.
- 38 Articolul 2d alineatul (1) litera (a) din Directiva 89/665 impune în această privință ca organismul responsabil cu soluționarea căii de atac să declare că contractul este lipsit de efecte în cazul în care autoritatea contractantă a atribuit un contract fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* și fără ca acest lucru să fie permis în conformitate cu Directiva 2004/18.
- 39 Cu toate acestea, legiuitorul Uniunii a prevăzut la articolul 2d alineatul (4) din Directiva 89/665 o excepție de la această regulă a lipsei de efecte a contractului. Potrivit acestei dispoziții, această regulă nu se aplică în cazul în care, în primul rând, autoritatea contractantă consideră că atribuirea unui contract fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* este permisă în conformitate cu Directiva 2004/18, în al doilea rând, autoritatea contractantă a publicat un anunț în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* conform articolului 3a din Directiva 89/665, exprimându-și intenția de a încheia contractul, și, în al treilea rând, contractul nu a fost încheiat înainte de expirarea unui termen de cel puțin zece zile calendaristice începând cu ziua următoare publicării respectivului anunț.
- 40 Întrucât articolul 2d alineatul (4) din Directiva 89/665 constituie o excepție de la regula lipsei de efecte a contractului în sensul articolului 2d alineatul (1) din directiva menționată, acesta trebuie să facă obiectul unei interpretări stricte (a se vedea prin analogie Hotărârea Comisia/Germania, C-275/08, EU:C:2009:632, punctul 55 și jurisprudența citată). Totuși, interpretarea acestei excepții trebuie să fie conformă cu obiectivele pe care le urmărește. Astfel, acest principiu de strictă interpretare nu înseamnă că termenii utilizați pentru a defini excepția prevăzută la articolul 2d alineatul (4) din Directiva 89/665 trebuie să fie interpretați într-un mod care ar priva această excepție de efecte (a se vedea prin analogie Hotărârea Future Health Technologies, C-86/09, EU:C:2010:334, punctul 30 și jurisprudența citată).
- 41 Fastweb arată că, în conformitate cu obiectivele Directivei 89/665, precum și cu normele referitoare la libertatea de stabilire și la concurență pe care urmărește să le realizeze dreptul Uniunii în domeniul atribuirii contractelor de achiziții publice, această excepție este doar facultativă. În această privință, Fastweb susține că rezultă din considerentele (20)-(22) ale Directivei 2007/66 că articolul 2d alineatul (4) din Directiva 89/665 nu exclude aplicarea unor sancțiuni mai severe în temeiul dreptului național și, așadar, posibilitatea instanței naționale de a decide, după o evaluare comparativă a intereselor generale și individuale în cauză, dacă este necesar să declare lipsa efectelor contractului.
- 42 În această privință, trebuie arătat că, în temeiul articolului 2 alineatul (7) din Directiva 89/665, cu excepția cazurilor prevăzute la articolele 2d-2f din această directivă, efectele exercitării competențelor menționate la alineatul (1) al articolului 2 menționat asupra unui contract încheiat în urma atribuirii acestuia sunt stabilite de dreptul intern. Rezultă că, pentru situațiile prevăzute, printre altele, la articolul 2d din directiva menționată, măsurile care pot fi luate în scopul căilor de atac îndreptate împotriva autorităților contractante nu sunt stabilite decât potrivit normelor prevăzute de această

directivă. În această privință, trebuie arătat că, potrivit articolului 2 alineatul (7) din Directiva 89/665, cazurile prevăzute la articolele 2d-2f din această directivă nu se încadrează în regula generală, în temeiul căreia efectele unei încălcări a dreptului Uniunii în domeniul achizițiilor publice sunt stabilite de dreptul național. În consecință, statele membre nu sunt autorizate să prevadă în dreptul lor național dispoziții privind efectele încălcărilor dreptului Uniunii în domeniul achizițiilor publice în împrejurări precum cele prevăzute la articolul 2d alineatul (4) din aceeași directivă.

- 43 Deși reiese din considerentele (13) și (14) ale Directivei 2007/66 că atribuirea directă ilegală a contractelor constituie cea mai gravă încălcare a dreptului Uniunii în domeniul achizițiilor publice, cu privire la care trebuie să se prevadă, în principiu, sancțiunea lipirii de efecte a contractului, considerentul (26) al acestei directive pune accentul pe necesitatea evitării insecurității juridice care ar putea rezulta dintr-o astfel de lipsire de efecte în cazul special al articolului 2d alineatul (4) din Directiva 89/665.
- 44 Astfel cum a arătat avocatul general în cuprinsul punctului 57 din concluzii, prin introducerea, la articolul 2d alineatul (4) din Directiva 89/665, această excepție de la regula lipirii de efecte a contractului, legiuitorul Uniunii urmărește să concilieze diferitele interese în discuție, și anume pe cele ale întreprinderii prejudiciate căreia trebuie să i se acorde posibilitatea de a iniția o procedură privind măsuri provizorii precontractuală și de a obține anularea contractului încheiat în mod nelegal, precum și pe cele ale autorității contractante și ale întreprinderii selecționate care implică evitarea insecurității juridice susceptibile să decurgă din lipsa efectelor contractului.
- 45 Având în vedere cele ce precedă, trebuie să se constate că ar fi contrar atât textului, cât și obiectivului articolului 2d alineatul (4) din Directiva 89/665 să se permită instanțelor naționale să declare că contractul este lipsit de efecte în cazul în care cele trei condiții prevăzute de această dispoziție sunt îndeplinite.
- 46 Cu toate acestea, pentru a atinge obiectivele prevăzute la articolul 1 alineatul (1) al treilea paragraf din Directiva 89/665, în special instituirea unor căi de atac efective împotriva deciziilor luate de autoritățile contractante cu încălcarea dreptului achizițiilor publice, trebuie ca organismul responsabil cu soluționarea căii de atac să exercite un control efectiv atunci când verifică dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute la articolul 2d alineatul (4) din Directiva 89/665.
- 47 În special, condiția prevăzută la respectivul articol 2d alineatul (4) prima liniuță privește faptul că autoritatea contractantă apreciază că atribuirea contractului fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* este permisă în conformitate cu Directiva 2004/18. În plus, condiția care figurează la a doua liniuță a articolului 2d alineatul (4) din Directiva 89/665 prevede că autoritatea contractantă publică un anunț în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* conform articolului 3a din directiva menționată, exprimându-și intenția de a încheia contractul. În conformitate cu acest articol 3a litera (c), anunțul trebuie să conțină justificarea deciziei autorității contractante de atribuire a contractului fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare.
- 48 În această ultimă privință, justificarea respectivă trebuie să menționeze în mod clar și neechivoc motivele care au determinat autoritatea contractantă să considere că poate atribui contractul fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, pentru a permite persoanelor interesate să decidă în deplină cunoștință de cauză dacă apreciază util să sesizeze organismul responsabil cu soluționarea căii de atac, iar acestuia din urmă să exercite un control efectiv.
- 49 Astfel cum reiese din decizia de trimitere, în cauza principală, autoritatea contractantă a recurs la procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în temeiul articolului 31 alineatul (1) litera (b) din Directiva 2004/18. În această privință, trebuie amintit că nu se poate recurge la procedura de negociere decât în împrejurările limitativ prevăzute la articolele 30 și 31 din Directiva 2004/18 și că această procedură are, în raport cu procedurile deschise și restrânse, un caracter excepțional (Hotărârea Comisia/Belgia, C-292/07, EU:C:2009:246, punctul 106 și jurisprudența citată).

- 50 În cadrul controlului său, organismul responsabil cu soluționarea căii de atac trebuie să aprecieze dacă, atunci când a luat decizia de a atribui un contract prin recurgerea la o procedură de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, autoritatea contractantă a acționat în mod diligent și dacă putea considera că condițiile prevăzute la articolul 31 alineatul (1) litera (b) din Directiva 2004/18 erau efectiv îndeplinite.
- 51 Printre elementele pe care organismul respectiv trebuie să le ia în considerare în această privință figurează împrejurările și motivele, menționate în anunțul prevăzut la articolul 2d alineatul (4) a doua liniuță din Directiva 89/665, care au determinat autoritatea contractantă să recurgă la procedura de negociere prevăzută la articolul 31 din Directiva 2004/18.
- 52 În cazul în care, în urma controlului, organismul responsabil cu soluționarea căii de atac constată că nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute la articolul 2d alineatul (4) din Directiva 89/665, acesta trebuie atunci să declare că contractul este lipsit de efecte în conformitate cu regula prevăzută la alineatul (1) litera (a) al acestui articol. Acest organism stabilește consecințele declarării lipsei efectelor contractului în temeiul articolului 2d alineatul (2) din Directiva 89/665, în conformitate cu dreptul național.
- 53 În schimb, în cazul în care organismul menționat constată că aceste condiții sunt îndeplinite, el este obligat să mențină efectele contractului în conformitate cu articolul 2d alineatul (4) din Directiva 89/665.
- 54 În consecință, trebuie să se răspundă la prima întrebare că articolul 2d alineatul (4) din Directiva 89/665 trebuie interpretat în sensul că, în cazul în care un contract de achiziții publice este atribuit fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene*, deși acest lucru nu era permis în temeiul Directivei 2004/18, această dispoziție exclude declararea respectivului contract ca fiind lipsit de efecte în cazul în care condițiile prevăzute de dispoziția menționată sunt îndeplinite, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere.

Cu privire la a doua întrebare

- 55 Prin intermediul celei de a doua întrebări, instanța de trimitere solicită, în esență, să se stabilească dacă, în ipoteza în care s-ar răspunde în mod afirmativ la prima întrebare, articolul 2d alineatul (4) din Directiva 89/665 este valid în raport cu principiul nediscriminării și cu dreptul la o cale de atac efectivă în sensul articolului 47 din cartă.
- 56 În această privință, Fastweb susține că publicarea unui anunț de transparență *ex ante* voluntară în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* și respectarea termenului suspensiv minim de zece zile între această publicare și încheierea contractului nu respectă principiul protecției jurisdicționale efective. Astfel, o asemenea publicare nu garantează că potențialii concurenți sunt informați cu privire la atribuirea unui contract unui anumit operator economic, în special în cazul în care publicarea intervine într-o perioadă în care activitățile sunt reduse sau întrerupte.
- 57 În ceea ce privește dreptul fundamental la protecție jurisdicțională efectivă, articolul 47 primul paragraf din cartă prevede că orice persoană ale cărei drepturi și libertăți garantate de dreptul Uniunii sunt încălcate are dreptul la o cale de atac efectivă în fața unei instanțe judecătorești, în conformitate cu condițiile stabilite la articolul menționat.
- 58 Rezultă dintr-o jurisprudență constantă că stabilirea unor termene rezonabile de introducere a acțiunilor, sub sancțiunea decăderii, în vederea asigurării securității juridice, care protejează deopotrivă particularul și administrația în cauză, este compatibilă cu dreptul fundamental la protecție jurisdicțională efectivă. Astfel de termene nu trebuie să fie de natură să facă practic imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea drepturilor conferite de ordinea juridică a Uniunii (a se vedea în acest sens Hotărârea Pelati, C-603/10, EU:C:2012:639, punctul 30 și jurisprudența citată).

- 59 În plus, dispozițiile Directivei 89/665, destinate să protejeze ofertanții împotriva arbitrarului autorității contractante, urmăresc să consolideze mecanismele existente pentru asigurarea aplicării efective a normelor Uniunii în domeniul atribuirii contractelor de achiziții publice, în special într-un stadiu în care încălcările încă pot fi corectate. O astfel de protecție nu poate fi efectivă dacă persoana interesată nu este în măsură să invoce aceste norme față de autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens Hotărârea Comisia/Austria, EU:C:2004:386, punctul 20).
- 60 Astfel, o protecție jurisdicțională efectivă impune ca persoanele interesate să fie informate despre decizia de atribuire cu o anumită perioadă înainte de încheierea contractului, pentru ca acestea să dispună de o posibilitate reală de a formula o acțiune, în special o cerere de măsuri provizorii, până la încheierea menționată a contractului (a se vedea în acest sens Hotărârea Comisia/Spania, C-444/06, EU:C:2008:190, punctele 38 și 39, precum și Hotărârea Comisia/Irlanda, C-456/08, EU:C:2010:46, punctul 33).
- 61 Articolul 2d alineatul (4) a doua liniuță din Directiva 89/665 garantează, prin prevederea publicării în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* a unui anunț în care se exprimă intenția de a încheia un contract, în sensul articolului 3a din Directiva 89/665, transparența atribuirii unui contract. Această dispoziție urmărește, așadar, să asigure ca toți candidații potențial interesați să fie în măsură să ia cunoștință de decizia autorității contractante de atribuire a contractului fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare. În plus, în conformitate cu a treia liniuță a acestei dispoziții, autoritatea contractantă este obligată să respecte un termen suspensiv de zece zile. Astfel, persoanele interesate sunt în măsură să atace în justiție atribuirea unui contract înainte de încheierea acestuia.
- 62 În plus, trebuie subliniat de asemenea că, chiar în cazul în care termenul suspensiv de cel puțin zece zile calendaristice, prevăzut la articolul 2d alineatul (4) din Directiva 89/665, s-a împlinit, operatorii prejudiciați pot introduce o acțiune în despăgubire în temeiul articolului 2 alineatul (1) litera (c) din Directiva 89/665.
- 63 În această privință, astfel cum reiese din cuprinsul punctului 44 din prezenta hotărâre, trebuie să se țină seama de faptul că, prin excepția prevăzută la articolul 2d alineatul (4) din Directiva 89/665, legiuitorul Uniunii urmărește să concilieze interese diferite, și anume pe cele ale întreprinderii prejudiciate, prin acordarea în favoarea acesteia a dreptului de a iniția o procedură privind măsuri provizorii precontractuală și de a obține anularea contractului încheiat în mod nelegal, precum și pe cele ale autorității contractante și ale întreprinderii selecționate, prin limitarea insecurității juridice care ar putea rezulta din lipsa efectelor contractului.
- 64 Având în vedere cele ce precedă, trebuie să se constate că articolul 2d alineatul (4) din Directiva 89/665, în măsura în care prevede menținerea efectelor unui contract, nu este contrar cerințelor care rezultă din articolul 47 din cartă.
- 65 Situația este aceeași în ceea ce privește principiul nediscriminării care urmărește, în domeniul achizițiilor publice, aceleași obiective de a asigura printre altele libera circulație a serviciilor și deschiderea spre o concurență nedenaturată în toate statele membre (a se vedea printre altele Hotărârea Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, punctul 48, și Hotărârea Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 28). Astfel, după cum s-a constatat deja la punctul 61 din prezenta hotărâre, articolul 2d alineatul (4) a doua liniuță din Directiva 89/665 urmărește să asigure ca toți candidații potențial interesați să fie în măsură să ia cunoștință de decizia autorității contractante de atribuire a contractului fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare și, prin urmare, să introducă o acțiune împotriva unei asemenea decizii având ca obiect verificarea legalității acesteia.
- 66 Având în vedere considerațiile care precedă, trebuie să se răspundă la a doua întrebare că examinarea acesteia nu a evidențiat niciun element de natură să afecteze validitatea articolului 2d alineatul (4) din Directiva 89/665.

Cu privire la cheltuielile de judecată

- ⁶⁷ Întrucât, în privința părților din litigiul principal, procedura are caracterul unui incident survenit la instanța de trimitere, este de competența acesteia să se pronunțe cu privire la cheltuielile de judecată. Cheltuielile efectuate pentru a prezenta observații Curții, altele decât cele ale părților menționate, nu pot face obiectul unei rambursări.

Pentru aceste motive, Curtea (Camera a cincea) declară:

- 1) **Articolul 2d alineatul (4) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative referitoare la aplicarea procedurilor privind căile de atac în ceea ce privește atribuirea contractelor de achiziții publice de bunuri și de lucrări, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007, trebuie interpretat în sensul că, în cazul în care un contract de achiziții publice este atribuit fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene*, deși acest lucru nu era permis în temeiul Directivei 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, această dispoziție exclude declararea respectivului contract ca fiind lipsit de efecte în cazul în care condițiile prevăzute de dispoziția menționată sunt îndeplinite, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere.**
- 2) **Examinarea celei de a doua întrebări nu a evidențiat niciun element de natură să afecteze validitatea articolului 2d alineatul (4) din Directiva 89/665, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2007/66.**

Semnături