

ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ
της 26ης Μαρτίου 1996 *

Στην υπόθεση C-392/93,

που έχει ως αντικείμενο αίτηση του High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, προς το Δικαστήριο, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 177 της Συνθήκης ΕΟΚ, με την οποία ζητείται, στο πλαίσιο της διαφοράς που εκκρεμεί ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου μεταξύ

The Queen

και

H. M. Treasury,

ex parte: **British Telecommunications plc,**

η έκδοση προδικαστικής αποφάσεως ως προς την ερμηνεία του άρθρου 8, παράγραφος 1, της οδηγίας 90/531/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 17ης Σεπτεμβρίου 1990, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (ΕΕ 1990, L 297, σ. 1),

* Γλώσσα διαδικασίας: η αγγλική.

ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ,

συγκείμενο από τους G. C. Rodríguez Iglesias, Πρόεδρο, K. N. Κακούρη, D. A. O. Edward και J.-P. Puissochet, προέδρους τμήματος, G. F. Mancini, F. A. Schockweiler, J. C. Moitinho de Almeida (εισηγητή), C. Gulmann και J. L. Murray, δικαστές,

γενικός εισαγγελέας: G. Tesauro

γραμματέας: L. Hewlett, υπάλληλος διοικήσεως,

λαμβάνοντας υπόψη τις γραπτές παρατηρήσεις που κατέθεσαν:

— η British Telecommunications plc, εκπροσωπούμενη από τον G. Barling, QC, τον T. Sharpe και την H. Davies, barristers, εντεταλμένους από τον C. Green, solicitor και Chief Legal adviser,

— η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου, εκπροσωπούμενη από τους J. Collins, Assistant Treasury Solicitor, και J. Beloff, QC,

— η Γαλλική Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από τις H. Duchène, γραμματέα εξωτερικών υποθέσεων στο Υπουργείο Εξωτερικών, και C. de Salins, σύμβουλο εξωτερικών υποθέσεων στο ίδιο υπουργείο,

— η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, εκπροσωπούμενη από τους H. van Lier, νομικό σύμβουλο, και D. McIntyre, δημόσιο υπάλληλο κράτους μέλους απεσπασμένο στη Νομική Υπηρεσία,

έχοντας υπόψη την έκθεση ακροατηρίου,

αφού άκουσε τις προφορικές παρατηρήσεις της British Telecommunications plc, εκπροσωπούμενης από τους G. Barling, T. Sharpe και την H. Davies, της Κυβερνήσεως του Ηνωμένου Βασιλείου, εκπροσωπούμενης από τους J. Collins,

K. P. E. Lasok, QC, και S. Richards, barrister, της Γερμανικής Κυβερνήσεως, εκπροσωπούμενης από τον E. Röder, Ministerialrat στο Ομοσπονδιακό Υπουργείο Εθνικής Οικονομίας, της Ιταλικής Κυβερνήσεως, εκπροσωπούμενης από τον I. Braguglia, avvocato dello Stato, καθώς και της Επιτροπής, εκπροσωπούμενης από τους H. van Lier και D. McIntyre, κατά τη συνεδρίαση της 26ης Οκτωβρίου 1994,

αφού άκουσε τον γενικό εισαγγελέα που ανέπτυξε τις προτάσεις του κατά τη συνεδρίαση της 28ης Νοεμβρίου 1995,

εκδίδει την ακόλουθη

Απόφαση

- 1 Με διάταξη της 28ης Ιουλίου 1993, που περιήλθε στο Δικαστήριο στις 23 Αυγούστου 1993, το High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court (στο εξής: Divisional Court), υπέβαλε, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 177 της Συνθήκης ΕΟΚ, τέσσερα ερωτήματα ως προς την ερμηνεία του άρθρου 8, παράγραφος 1, της οδηγίας 90/531/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 17ης Σεπτεμβρίου 1990, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (ΕΕ 1990, L 297, σ. 1, στο εξής: οδηγία).
- 2 Τα ερωτήματα αυτά ανέκυψαν στο πλαίσιο προσφυγής, την οποία άσκησε η British Telecommunications plc (στο εξής: BT) κατά της Κυβερνήσεως του Ηνωμένου Βασιλείου προς ακύρωση του παραρτήματος 2 των Utilities Supply and Works Contracts Regulations 1992 (στο εξής: Regulations 1992), με τους οποίους τέθηκε σε εφαρμογή το άρθρο 8, παράγραφος 1, της οδηγίας.
- 3 Κατά το άρθρο 2, παράγραφος 2, στοιχείο δ', μεταξύ των δραστηριοτήτων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας περιλαμβάνεται «η διάθεση ή εκμετάλλευση δημοσίων τηλεπικοινωνιακών δικτύων ή η παροχή μιας ή περισσότερων τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών προς το κοινό».

- 4 Κατά το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', η οδηγία εφαρμόζεται στους αναθέτοντες φορείς οι οποίοι, «εάν δεν είναι δημόσιες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις, ασκούν, μεταξύ των δραστηριοτήτων τους, δραστηριότητα αναφερόμενη στην παράγραφο 2 ή πολλές από τις δραστηριότητες αυτές και απολαύουν ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων χορηγούμενων από αρμόδια αρχή ενός κράτους μέλους». Το άρθρο 2, παράγραφος 3, στοιχείο α', διευκρινίζει, περαιτέρω, ότι, για την εφαρμογή της παραγράφου 1, στοιχείο β', ένας αναθέτων φορέας θεωρείται ότι απολαύει ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων ιδίως όταν, «για τις ανάγκες της κατασκευής των δικτύων [ή] της τοποθέτησης των εγκαταστάσεων κατά την έννοια της παραγράφου 2, ο εν λόγω φορέας μπορεί να κινήσει διαδικασία απαλλοτρίωσης υπέρ του δημοσίου ή σύσταση δουλειάς ή να χρησιμοποιήσει το έδαφος, το υπέδαφος και τον χώρο τον υπερκείμενο της δημοσίας οδού, προκειμένου να τοποθετήσει τον εξοπλισμό του δικτύου».
- 5 Κατά το άρθρο 2, παράγραφος 6, «οι αναθέτοντες φορείς που απαριθμούνται στα παραρτήματα I έως X ανταποκρίνονται στα προαναφερόμενα κριτήρια». Το παράρτημα X, το οποίο ακριβώς αφορά τους «αναθέτοντες φορείς στον τομέα των τηλεπικοινωνιών», για το Ηνωμένο Βασίλειο αναφέρει, μεταξύ άλλων, την BT, τη Mercury Communications Ltd (στο εξής: Mercury) και τη City of Kingston-upon-Hull (στο εξής: Hull).
- 6 Το άρθρο 8 της οδηγίας έχει ως εξής:

«1. Η παρούσα οδηγία δεν εφαρμόζεται στις συμβάσεις που συνάπτει ένας αναθέτων φορέας (...), προκειμένου περί αγορών προοριζομένων αποκλειστικά για την παροχή μιας ή περισσότερων τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών, οσάκις άλλοι φορείς είναι ελεύθεροι να παρέχουν τις αυτές υπηρεσίες στην αυτή γεωγραφική περιοχή και υπό τις ίδιες κατ' ουσίαν συνθήκες.

2. Οι αναθέτοντες φορείς ανακοινώνουν στην Επιτροπή, εφόσον το ζητήσει, τις υπηρεσίες που θεωρούν ότι αποκλείονται σύμφωνα με την παράγραφο 1. Η Επιτροπή μπορεί να δημοσιεύει περιοδικώς, για λόγους ενημέρωσης, στην *Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων*, τους καταλόγους των υπηρεσιών που θεωρεί ότι αποκλείονται. Στην περίπτωση αυτή, η Επιτροπή σέβεται τον ευαίσθητο εμπορικό χαρακτήρα τον οποίο, ενδεχομένως, επικαλέστηκαν οι αναθέτοντες φορείς κατά τη διαβίβαση των πληροφοριών.»

7 Τέλος, το άρθρο 33, παράγραφος 1, στοιχείο δ', ορίζει:

«1. Οι αναθέτοντες φορείς διατηρούν, για κάθε σύμβαση, τα κατάλληλα στοιχεία που τους επιτρέπουν, σε μεταγενέστερη φάση, να αιτιολογήσουν τις αποφάσεις τους σχετικά με:

(...)

δ) τη μη εφαρμογή των διατάξεων των τίτλων II, III και IV δυνάμει των παρεκκλίσεων που προβλέπονται στον τίτλο I.»

8 Στο Ηνωμένο Βασίλειο, το άρθρο 8, παράγραφος 1, της οδηγίας μεταφέρθηκε μέσω του άρθρου 7, παράγραφος 1, των Regulations 1992, κατά το οποίο

«Οι παρούσες διατάξεις δεν εφαρμόζονται στην περίπτωση κατά την οποία ένας κατονομαζόμενος στο παράρτημα 2 φορέας απευθύνει πρόσκληση υποβολής προσφορών για τη σύναψη συμβάσεως, με αποκλειστικό σκοπό να αποκτήσει τη δυνατότητα να παράσχει στο κοινό μία ή περισσότερες τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες, από αυτές που προσδιορίζονται στο μέρος εκείνο του παραρτήματος 2, στο οποίο κατονομάζεται και ο φορέας.»

9 Το μέρος B του προαναφερθέντος παραρτήματος 2 έχει ως εξής:

«British Telecommunications plc

Kingston Communications (Hull) plc

2. Όλες οι τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες προς το κοινό, εφόσον παρέχονται εντός της γεωγραφικής περιοχής για την οποία ο παρέχων την υπηρεσία κατέχει άδεια φορέα εκμεταλλεύσεως δημοσίων τηλεπικοινωνιών, πλην των κατωτέρω: βασικές υπηρεσίες φωνητικής τηλεφωνίας, βασικές υπηρεσίες διαβίβασης δεδομένων, εκμίσθωση ιδιωτικών κυκλωμάτων και παροχή θαλασσίων υπηρεσιών.»

- 10 Το άρθρο 7, παράγραφος 2, προσθέτει:

«Οι κατονομαζόμενοι στο παράρτημα 2 φορείς υποβάλλουν, εφόσον τους ζητηθεί, έκθεση στον Υπουργό, ο οποίος την διαβιβάζει περαιτέρω στην Επιτροπή, περιγράφουσα τις τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες τις οποίες παρέχει στο κοινό και τις οποίες θεωρεί ως υπηρεσίες προσδιοριζόμενες στο μέρος εκείνο του παραρτήματος 2, στο οποίο κατονομάζεται και ο φορέας.»

- 11 Η ΒΤ είναι μετοχική εταιρία περιορισμένης ευθύνης, συσταθείσα την 1η Απριλίου 1984, δυνάμει του British Telecommunications Act 1984 (νόμου του 1984 περί τηλεπικοινωνιών). Της μεταβιβάστηκε τότε η κυριότητα, καθώς και όλα τα δικαιώματα και οι υποχρεώσεις, της προϋπάρχουσας εταιρίας δημοσίου δικαίου, που επίσης επονομαζόταν «British Telecommunications», η οποία είχε διαδεχθεί, δυνάμει του British Telecommunications Act 1981, το Post Office, το οποίο κατείχε μέχρι τότε το αποκλειστικό μονοπώλιο της διαχείρισης των τηλεπικοινωνιακών συστημάτων σε όλη σχεδόν την επικράτεια.
- 12 Στον τομέα των τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών διαβίβασης σημάτων μέσω σταθερών ζεύξεων (στις οποίες συγκαταλέγεται και η φωνητική τηλεφωνία με μη κινητά τερματικά), η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου χορήγησε, βάσει του νόμου του 1984 περί τηλεπικοινωνιών, τις αναγκαίες άδειες στην ΒΤ και τη

Mercury. Για να εξασφαλιστεί ευρύτερος ανταγωνισμός, ο νόμος του 1984 περί τηλεπικοινωνιών επέβαλε τη διασύνδεση των δύο δικτύων. Έτσι, η BT και η Mercury απέκτησαν την αποκλειστική εκμετάλλευση των τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών μέσω σταθερών ζεύξεων μέχρι το 1990 (σύστημα διπλώλου).

- 13 Η πολιτική του διπλώλου εγκαταλείφθηκε στον εν λόγω τομέα στις αρχές της δεκαετίας του 1990. Η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου χορήγησε μεγάλο αριθμό αδειών. Πάντως, το 1992, η BT εξακολούθησε να ελέγχει το 90 % της τηλεφωνίας, ενώ η Mercury έλεγχε το 7 %, οι δε νέες επιχειρήσεις μόνο ένα 3 %. Από το 1984 μέχρι τον Ιούλιο του 1993, η κυβέρνηση εξεποίησε σταδιακά τις μετοχές τις οποίες εξακολούθησε να κατέχει επί του κεφαλαίου της BT.
- 14 Η άδεια, η οποία χορηγήθηκε για μια 25ετία στην BT, της επιβάλλει να παρέχει υπηρεσίες φωνητικής τηλεφωνίας σε κάθε αιτούντα εντός του Ηνωμένου Βασιλείου, πλην ορισμένων εξαιρέσεων, έστω και αν η ζήτηση δεν αρκεί για να καλύψει το συνακόλουθο κόστος (υποχρέωση καθολικής υπηρεσίας). Μόνη μεταξύ των αδειούχων, η BT υπόκειται σε ρύθμιση των μεταβολών επί των τιμών της («price cap»).
- 15 Με τον τρόπο με τον οποίο μετέφεραν στο εθνικό δίκαιο το άρθρο 8 της οδηγίας, οι Regulations 1992 απάλλαξαν από την υποχρέωση συμμορφώσεως προς αυτήν όλους σχεδόν τους φορείς του τομέα, συμπεριλαμβανομένης της Mercury, για τις συμβάσεις παροχής τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών. Το αποτέλεσμα είναι ότι μόνον η BT (και η Hull για την περιοχή για την οποία είναι παραχωρησιούχος) υπόκειται στις διατάξεις της οδηγίας, αλλά μόνο όσον αφορά τις βασικές υπηρεσίες φωνητικής τηλεφωνίας, τις βασικές υπηρεσίες διαβίβασης δεδομένων, την εκμίσθωση ιδιωτικών κυκλωμάτων και τις θαλάσσιες υπηρεσίες.
- 16 Με την προσφυγή την οποία άσκησε ενώπιον του Divisional Court, η BT ζητεί την ακύρωση του παραρτήματος 2 των Regulations 1992, με την αιτιολογία ότι το άρθρο 7, παράγραφος 1, και το εν λόγω παράρτημα συνιστούν εσφαλμένη εφαρμογή του άρθρου 8 της οδηγίας. Η BT φρονεί, ειδικότερα, ότι η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου όφειλε να μεταφέρει στο εθνικό δίκαιο τα

κριτήρια του άρθρου 8, παράγραφος 1, της οδηγίας, και όχι να προβεί στην εφαρμογή τους. Καθορίζοντας, για κάθε αναθέτοντα φορέα, ποιες είναι οι παρεχόμενες υπηρεσίες που μπορούν να ανταποκρίνονται σ' αυτά τα κριτήρια, η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου στέρησε την ΒΤ της εξουσίας, την οποία της αναγνωρίζει η οδηγία, να αποφασίζει η ίδια.

17 Η ΒΤ ζητεί, εξ άλλου, αποκατάσταση της ζημίας την οποία ισχυρίζεται ότι υπέστη λόγω της μη ορθής μεταφοράς της οδηγίας, ήτοι της πρόσθετης δαπάνης στην οποία υποβλήθηκε για να συμμορφωθεί προς τους Regulations 1992. Αυτοί την εμπόδισαν άλλωστε να πραγματοποιήσει κερδοφόρες εργασίες και την περιήγαγαν, από εμπορική και ανταγωνιστική άποψη, σε μειονεκτική θέση, οφειλόμενη στην υποχρέωσή της — στην οποία δεν υπόκεινται οι λοιποί φορείς του τομέα — να δημοσιεύει στην *Επίσημη Εφημερίδα* τα σχέδιά της για τη σύναψη, δημοσίων ή μη, συμβάσεων προμηθειών.

18 Στο πλαίσιο της εκδικάσεως της προσφυγής της ΒΤ, το Divisional Court αποφάσισε να αναστείλει τη δίκη και να υποβάλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

«1) Κατ' ορθήν ερμηνεία της οδηγίας 90/531 του Συμβουλίου, όταν το κράτος μέλος μεταφέρει στο εσωτερικό του δίκαιο το άρθρο 8, παράγραφος 1, αυτής, έχει, δυνάμει του άρθρου 189 της Συνθήκης, την ευχέρεια να προσδιορίζει το ίδιο τις τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες που παρέχει κάθε αναθέτων φορέας, οι οποίες εμπíπτουν ή δεν εμπíπτουν στην εξαίρεση που προβλέπει το άρθρο αυτό της οδηγίας;

2) α) Η έκφραση “οσάκις άλλοι φορείς είναι ελεύθεροι να παρέχουν τις αυτές υπηρεσίες στην αυτή γεωγραφική περιοχή και υπό τις ίδιες κατ' ουσίαν συνθήκες” του άρθρου 8, παράγραφος 1, αφορά “ελευθερία” και “συνθήκες” νομοθετικής ή κανονιστικής μόνον φύσεως;

β) Σε περίπτωση αρνητικής απαντήσεως στο ερώτημα 2 α΄:

- i) Σε ποια άλλα στοιχεία αναφέρεται η έκφραση αυτή;
- ii) Επηρεάζονται τα στοιχεία αυτά από τη θέση την οποία κατέχει στην αγορά ορισμένης τηλεπικοινωνιακής υπηρεσίας ένας αναθέτων φορέας;
- iii) Αν ναι, κατά ποιον τρόπο επηρεάζονται και, ειδικότερα, υπό ποιες συνθήκες μπορεί αυτή η θέση να αποβεί καθοριστική;
- γ) Επηρεάζονται οι απαντήσεις στα ερωτήματα ii) και iii) του παραπάνω ερωτήματος 2 β' από το στοιχείο ότι ο φορέας υπόκειται σε κανονιστικούς περιορισμούς και, αν ναι, κατά ποιον τρόπο;
- 3) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο ερώτημα 1:
- α) Σε περίπτωση αντιδικίας μεταξύ αναθέτοντος φορέα και των εθνικών αρχών στις οποίες ανατίθεται η εφαρμογή του άρθρου 8, παράγραφος 1, πώς πρέπει το επιληφθέν εθνικό δικαστήριο να εξασφαλίσει την ορθή εφαρμογή των κριτηρίων εφαρμογής της εξαιρέσεως του άρθρου 8, παράγραφος 1; Οφείλει να υποκαταστήσει την κρίση των εθνικών αρχών που είναι επιφορτισμένες με την εφαρμογή του άρθρου 8, παράγραφος 1, με τη δική του κρίση περί της εφαρμογής της εξαιρέσεως του άρθρου 8, παράγραφος 1;
- β) Αν το εθνικό δικαστήριο διαπιστώσει ότι οι ορισμοί κάποιων τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών, τους οποίους έχουν υιοθετήσει οι επιφορτισμένες με την εφαρμογή του άρθρου 8, παράγραφος 1, εθνικές αρχές, προκειμένου να κρίνουν αν μια συγκεκριμένη υπηρεσία εμπίπτει ή όχι στην εξαίρεση, είναι τέτοιοι ώστε ο αναθέτων φορέας να αδυνατεί να προσδιορίσει αν μια συγκεκριμένη υπηρεσία καλύπτεται ή όχι από την εξαίρεση αυτή, υπάρχει παράβαση της οδηγίας 90/531/ΕΟΚ ή οποιασδήποτε γενικής αρχής του κοινοτικού δικαίου και ειδικότερα της αρχής της ασφάλειας δικαίου;

γ) Κατά τον ορισμό της έννοιας ορισμένων τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών, δύναται ένα κράτος μέλος να επιλέξει ορισμούς που στηρίζονται μάλλον σε περιγραφές του τεχνικού μέσου διά του οποίου παρέχεται η υπηρεσία παρά σε περιγραφή της ίδιας της υπηρεσίας;

4) Αν ένα κράτος μέλος δεν μετέφερε ορθά στο εσωτερικό δίκαιο το άρθρο 8, παράγραφος 1, της οδηγίας 90/531/ΕΟΚ του Συμβουλίου, ευθύνεται το κράτος μέλος αυτό, βάσει του κοινοτικού δικαίου, εις αποκατάσταση της ζημίας που υπέστη ο αναθέτων φορέας λόγω αυτής της εσφαλμένης μεταφοράς και, αν ναι, υπό ποιες συνθήκες γεννάται τέτοια ευθύνη;»

Επί του πρώτου ερωτήματος

19 Με το πρώτο του ερώτημα, το Divisional Court ερωτά, κατ' ουσίαν, αν ένα κράτος δύναται, κατά τη μεταφορά οδηγίας στο εθνικό δίκαιο, να ορίζει ποιες τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες αποκλείονται από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας δυνάμει του άρθρου 8, παράγραφος 1, ή αν στον ορισμό αυτό πρέπει να προβαίνουν οι ίδιοι οι αναθέτοντες φορείς.

20 Η Γερμανική, η Γαλλική, η Ιταλική Κυβέρνηση και η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου φρονούν ότι η οδηγία δεν εμποδίζει τα κράτη μέλη να κατονομάζουν τις παρεχόμενες από κάθε αναθέτοντα φορέα τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες στις οποίες εφαρμόζεται η απαλλαγή του άρθρου 8, παράγραφος 1. Ενεργώντας κατ' αυτόν τον τρόπο, εξειδικεύουν το περιεχόμενο της εν λόγω διατάξεως και καθιστούν δυνατό τον δικαστικό έλεγχο, ο οποίος διαφορετικά θα ήταν ανύπαρκτος.

21 Η Γερμανική Κυβέρνηση και η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου θεωρούν άλλωστε ότι η κατ' αυτόν τον τρόπο εφαρμογή του άρθρου 8, παράγραφος 1, μπορεί να αποδειχθεί ιδιαίτερος αναγκαία οσάκις υφίστανται διχογνωμίες μεταξύ κρατών μελών και αναθέτοντος φορέα περί τον ορισμό του πεδίου

εφαρμογής του αποκλεισμού, πράγμα που συμβαίνει άλλωστε εν προκειμένω. Η Γερμανική Κυβέρνηση προσθέτει ότι τα κράτη μέλη βρίσκονται σε πολύ ευνοϊκότερη θέση από την Επιτροπή για να εκτιμήσουν αν υφίσταται ή όχι ανταγωνισμός στην αγορά τηλεπικοινωνιών ως προς δεδομένη υπηρεσία· επομένως, η εξειδίκευση του άρθρου 8, παράγραφος 1, από τα κράτη μέλη καθιστά την άσκηση ελέγχου αποτελεσματικότερη από εκείνη στην οποία προβαίνει η Επιτροπή βάσει των πληροφοριών τις οποίες λαμβάνει σύμφωνα με το άρθρο 2 του ίδιου άρθρου.

22 Τέλος, η τελευταία κυβέρνηση τονίζει, ειδικότερα, ότι τα άρθρα 8, παράγραφος 2, και 33, παράγραφος 1, στοιχείο δ', δεν δικαιολογούν το συμπέρασμα ότι μόνον οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να καθορίζουν ποιες υπηρεσίες πρέπει να θεωρούνται ως αποκλειόμενες. Το ότι οι φορείς αυτοί υποχρεούνται από τις εν λόγω διατάξεις να ανακοινώνουν στην Επιτροπή τις αποκλειόμενες υπηρεσίες, καθώς και να διατηρούν για κάθε σύμβαση τα αναγκαία στοιχεία για να δικαιολογήσουν αργότερα γιατί δεν εφαρμόζουν τις διατάξεις των τίτλων II, III και IV της οδηγίας, δεν σημαίνει πως τα κράτη μέλη δεν έχουν την εξουσία να προσδιορίζουν τα ίδια την έκταση της εξαιρέσεως του άρθρου 8, παράγραφος 1.

23 Η επιχειρηματολογία αυτή δεν μπορεί να γίνει δεκτή.

24 Το άρθρο 8, παράγραφος 2 — όπως άλλωστε και τα άρθρα 6, παράγραφος 3, και 7, παράγραφος 2, της οδηγίας — ορίζει ότι οι αναθέτοντες φορείς ανακοινώνουν στην Επιτροπή, εφόσον αυτή το ζητήσει, τις υπηρεσίες που θεωρούν ως αποκλειόμενες σύμφωνα με τα προαναφερθέντα άρθρα. Εάν αρμόδια να προσδιορίζουν τις εν λόγω υπηρεσίες ήσαν τα κράτη μέλη, οι αποκλειόμενες από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας υπηρεσίες θα έπρεπε και να ανακοινώνονται από τα κράτη μέλη στην Επιτροπή, για να εκπληρώσει αυτή τα καθήκοντα που υπέχει από τις παραπάνω παραγράφους.

25 Εφόσον η οδηγία δεν προέβλεψε — όπως πράττει το άρθρο 3, παράγραφος 4 — τέτοια υποχρέωση των κρατών μελών, η απόφαση που καθορίζει τις αποκλειόμενες σύμφωνα με το άρθρο 8, παράγραφος 1, υπηρεσίες εναπόκειται στους αναθέτοντες φορείς και μόνο σ' αυτούς.

- 26 Την ερμηνεία αυτή επιβεβαιώνει ο σκοπός ο επιδιωκόμενος από την οδηγία 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 25ης Φεβρουαρίου 1992, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων σχετικά με την εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων στις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων φορέων οι οποίοι λειτουργούν στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (ΕΕ 1992, L 76, σ. 14, στο εξής: οδηγία 92/13), που είναι η εξασφάλιση πρόσφορης έννομης προστασίας των προμηθευτών και των εργοληπτών σε περίπτωση παραβίασης των περί δημοσίων συμβάσεων διατάξεων του κοινοτικού δικαίου (βλ. σχετικά την πέμπτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 92/13).
- 27 Πράγματι, εάν η απόφαση περί αποκλεισμού ορισμένων υπηρεσιών από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας εναπέκειτο στα κράτη μέλη, οι επιχειρήσεις θα εστερούντο των νομικών μηχανισμών τους οποίους προβλέπει η οδηγία 92/13 για τις περιπτώσεις παραβίασης των περί δημοσίων συμβάσεων κοινοτικών κανόνων από τους αναθέτοντες φορείς, και ιδίως του δικαιώματος αποζημίωσης και των μηχανισμών εξαναγκασμού τους οποίους προβλέπει το άρθρο 2, παράγραφος 1, για την πρόληψη ή άρση των παραβιάσεων.
- 28 Τέλος, η ερμηνεία αυτή κατοχυρώνει επίσης την ίση μεταχείριση των αναθετότων φορέων και των προμηθευτών τους, οι οποίοι δεν παύουν έτσι να υπόκεινται στους ίδιους κανόνες.
- 29 Επομένως, στο πρώτο ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι ένα κράτος μέλος δεν δύναται, κατά τη μεταφορά της οδηγίας στο εθνικό δίκαιο, να ορίζει ποιες τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες αποκλείονται από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας δυνάμει του άρθρου 8, παράγραφος 1· τη δυνατότητα αυτή έχουν μόνον οι ίδιοι οι αναθέτοντες φορείς.

Επί του δευτέρου ερωτήματος

- 30 Με το δεύτερο ερώτημά του, το Divisional Court ερωτά αν η οριζόμενη στο άρθρο 8, παράγραφος 1, προϋπόθεση, ότι «άλλοι φορείς είναι ελεύθεροι να

παρέχουν τις αυτές υπηρεσίες στην αυτή γεωγραφική περιοχή και υπό τις ίδιες κατ' ουσίαν συνθήκες», πρέπει να πληροúται μόνο νομικώς ή και πραγματικώς. Στη δεύτερη περίπτωση, το αιτούν δικαστήριο ερωτά ποια στοιχεία πρέπει να λαμβάνονται υπόψη για να εκτιμηθεί αν στην αγορά των τηλεπικοινωνιών υφίσταται όντως ανταγωνισμός ως προς δεδομένη υπηρεσία.

31 Η ΒΤ υποστηρίζει ότι η προϋπόθεση του άρθρου 8, παράγραφος 1, πληροúται άπαξ νομοθετικές ή κανονιστικές διατάξεις εγγυώνται νομικώς τον ελεύθερο ανταγωνισμό στον οικείο τομέα, χωρίς να είναι αναγκαίο να εξετασθεί και αν ο ανταγωνισμός αυτός υφίσταται όντως.

32 Παρατηρείται σχετικώς ότι η ερμηνεία αυτή προσκρούει στο γράμμα του άρθρου 8, παράγραφος 1, καθώς και στον σκοπό της διατάξεως αυτής. Την προϋπόθεση ότι οι άλλοι αναθέτοντες φορείς δύνανται να παρέχουν τις ίδιες υπηρεσίες υπό τις ίδιες κατ' ουσίαν συνθήκες διατυπώνει, πράγματι, με γενικούς όρους το άρθρο 8, παράγραφος 1. Περαιτέρω, η δέκατη τρίτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας ορίζει ότι, για να μπορέσουν να αποκλεισθούν από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, οι δραστηριότητες των αναθετόντων φορέων πρέπει να «είναι απευθείας εκτεθειμένες στον ανταγωνισμό σε αγορές όπου η πρόσβαση δεν είναι περιορισμένη».

33 Επομένως, η προϋπόθεση του άρθρου 8, παράγραφος 1, πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι δεν αρκεί να επιτρέπεται απλώς στους άλλους αναθέτοντες φορείς να δρουν στην αγορά των περιών πρόκειται υπηρεσιών, στην οποία η πρόσβαση δεν περιορίζεται από τον νόμο, αλλά πρέπει και να έχουν αυτοί την πραγματική δυνατότητα να παρέχουν τις σχετικές υπηρεσίες υπό τις ίδιες προϋποθέσεις με τον αναθέτοντα φορέα.

34 Υπ' αυτές τις συνθήκες, η απόφαση περί αποκλεισμού ορισμένων υπηρεσιών από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας πρέπει να λαμβάνεται κατά περίπτωση· συνεκτιμώνται, προς τούτο, όλα τα χαρακτηριστικά τους, η ύπαρξη ή μη υποκαταστάτων υπηρεσιών, το τιμολογιακό καθεστώς, η δεσπόζουσα θέση του αναθέτοντος φορέα στην αγορά, καθώς και η ενδεχόμενη ύπαρξη νομικών υποχρεώσεων.

- 35 Επομένως, στο δεύτερο ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι η οριζόμενη στο άρθρο 8, παράγραφος 1, της οδηγίας προϋπόθεση, ότι «άλλοι φορείς είναι ελεύθεροι να παρέχουν τις αυτές υπηρεσίες στην αυτή γεωγραφική περιοχή και υπό τις ίδιες κατ' ουσίαν συνθήκες», πρέπει να πληρούται νομικώς και πραγματικώς· συνεκτιμώνται, προς τούτο, όλα τα χαρακτηριστικά των περιών πρόκειται υπηρεσιών, η ύπαρξη ή μη υποκαταστάτων υπηρεσιών, το τιμολογιακό καθεστώς, η δεσπόζουσα θέση του αναθέτοντος φορέα στην αγορά, καθώς και η ενδεχόμενη ύπαρξη νομικών υποχρεώσεων.

Επί του τρίτου ερωτήματος

- 36 Εν όψει της απαντήσεως που δόθηκε στο πρώτο ερώτημα, η απάντηση στο τρίτο ερώτημα παρέλκει.

Επί του τετάρτου ερωτήματος

- 37 Με το τέταρτο ερώτημα, το Divisional Court θέτει το ζήτημα αν το κοινοτικό δίκαιο υποχρεώνει ένα κράτος μέλος, το οποίο, κατά τη μεταφορά της οδηγίας στο εθνικό του δίκαιο, καθόρισε το ίδιο ποιες υπηρεσίες ενός αναθέτοντος φορέα εκφεύγουν της ρυθμίσεώς της σύμφωνα με το άρθρο 8, να αποκαταστήσει τις ζημιές τις οποίες υπέστη η εν λόγω επιχείρηση λόγω της εσφαλμένης αυτής μεταφοράς.

- 38 Προκαταρκτικώς, υπενθυμίζεται ότι η αρχή της ευθύνης του κράτους για ζημιές που προκαλούνται στους ιδιώτες από παραβάσεις του κοινοτικού δικαίου οι οποίες του καταλογίζονται είναι σύμφυτη προς το σύστημα της Συνθήκης (αποφάσεις της 19ης Νοεμβρίου 1991, C-6/90 και C-9/90, Francovich κ.λπ., Συλλογή 1991, σ. I-5357, σκέψη 35, και της 5ης Μαρτίου 1996, C-46/93 και C-48/93, Brasserie du pêcheur και Factortame, που δεν έχει δημοσιευθεί ακόμη στη Συλλογή, σκέψη 31). Η αρχή αυτή, επομένως, ισχύει για κάθε περίπτωση παραβάσεως του κοινοτικού δικαίου από κράτος μέλος (προαναφερθείσα απόφαση Brasserie du pêcheur και Factortame, σκέψη 32).

- 39 Υπενθυμίζεται ότι, με την τελευταία αυτή απόφαση, το Δικαστήριο έκρινε επίσης, προκειμένου περί παραβάσεως του κοινοτικού δικαίου αποδιδόμενης σε ένα κράτος μέλος, το οποίο ενεργεί σε έναν τομέα στον οποίο διαθέτει ευρεία ευχέρεια εκτιμήσεως κατά την πραγματοποίηση νομοθετικών επιλογών, το κοινοτικό δίκαιο αναγνωρίζει δικαίωμα αποζημιώσεως, άπαξ συντρέχουν τρεις προϋποθέσεις, ότι δηλαδή ο παραβιαζόμενος κανόνας αποσκοπεί στην απονομή δικαιωμάτων στους ιδιώτες, ότι η παράβαση είναι κατάφωρη και, τέλος, ότι υφίσταται άμεση αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της παραβάσεως της υποχρέωσης του κράτους και της βλάβης που υπέστησαν οι ζημιωθέντες (σκέψεις 50 και 51).
- 40 Οι προϋποθέσεις αυτές πρέπει να εφαρμοσθούν στην περίπτωση την οποία έχει υποβάλει στο Δικαστήριο το αιτούν δικαστήριο, στην περίπτωση δηλαδή κατά την οποία ένα κράτος μέλος μεταφέρει εσφαλμένα μια κοινοτική οδηγία στο εθνικό του δίκαιο. Ειδικότερα, ο περιοριστικός χαρακτήρας των προϋποθέσεων γενέσεως ευθύνης του κράτους μέλους δικαιολογείται, στην περίπτωση αυτή, από τους λόγους τους οποίους έχει ήδη δεχθεί το Δικαστήριο για να δικαιολογήσει τον περιοριστικό χαρακτήρα των προϋποθέσεων γενέσεως της εξωσυμβατικής ευθύνης των κοινοτικών οργάνων ή των κρατών μελών, οσάκις αυτά ασκούν την κανονιστική τους δραστηριότητα σε τομείς που εμπίπτουν στο κοινοτικό δίκαιο και στους οποίους διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια, και ειδικότερα από το μέλημα ότι η άσκηση της νομοθετικής εξουσίας δεν πρέπει να παρεμποδίζεται από το ενδεχόμενο αγωγών αποζημιώσεως κάθε φορά που το γενικό συμφέρον επιτάσσει στα κοινοτικά όργανα ή στα κράτη μέλη τη θέσπιση μέτρων δυναμένων να θίξουν ιδιωτικά συμφέροντα (βλ. ιδίως αποφάσεις της 25ης Μαΐου 1978, 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 και 40/77, HNL κ.λπ. κατά Συμβουλίου και Επιτροπής, Συλλογή τόμος 1978, σ. 381, σκέψεις 5 και 6, και Brasserie du pêcheur και Factortame, όπ.π., σκέψη 45).
- 41 Καίτοι ο έλεγχος της συνδρομής των προϋποθέσεων ευθύνης των κρατών εκ παραβάσεως του κοινοτικού δικαίου εναπόκειται κατ' αρχήν στα εθνικά δικαστήρια, στην παρούσα υπόθεση διαπιστώνεται ότι το Δικαστήριο διαθέτει όλα τα αναγκαία στοιχεία για να εκτιμήσει αν τα επίδικα πραγματικά περιστατικά πρέπει να χαρακτηρισθούν ως κατάφωρη παράβαση του κοινοτικού δικαίου.
- 42 Όπως προκύπτει από τη νομολογία του Δικαστηρίου, μια παράβαση είναι κατάφωρη όταν ένα κοινοτικό όργανο ή κράτος μέλος, κατά την άσκηση της

κανονιστικής του εξουσίας, υπερβαίνει κατά τρόπο πρόδηλο και σοβαρό, τα όρια που επιβάλλονται στην άσκηση των εξουσιών του (προαναφερθείσες αποφάσεις HNL κ.λπ. κατά Συμβουλίου και Επιτροπής, σκέψη 6, και Brasserie du pêcheur και Factortame, σκέψη 55). Συναφώς, μεταξύ των στοιχείων που ίσως χρειαστεί να συνενκτιμήσει το αρμόδιο δικαστήριο πρέπει να επισημανθεί ο βαθμός σαφήνειας και ακρίβειας του παραβιαζομένου κανόνα (απόφαση Brasserie du pêcheur και Factortame, σκέψη 56).

- 43 Εν προκειμένω, διαπιστώνεται ότι το άρθρο 8, παράγραφος 1, δεν διαθέτει ακρίβεια και δικαιολογούσε, πέρα από την ερμηνεία την οποία έδωσε το Δικαστήριο με την παρούσα απόφαση, και την ερμηνεία την οποία — καλοπίστως — του έδωσε το Ηνωμένο Βασίλειο, στηριζόμενο σε επιχειρήματα που δεν είναι εντελώς αβάσιμα (βλ. σκέψεις 20 και 22 ανωτέρω). Μια τέτοια ερμηνεία — την οποία συμμερίστηκαν και άλλα κράτη μέλη — δεν ήταν προδήλως αντίθετη προς το γράμμα ούτε προς τον σκοπό της οδηγίας.
- 44 Περαιτέρω, πρέπει ιδιαιτέρως να επισημανθεί ότι το Ηνωμένο Βασίλειο δεν ηδύνατο να ανεύρει καμμία ένδειξη στη νομολογία του Δικαστηρίου ως προς την ερμηνεία της εν λόγω διατάξεως, επί της οποίας άλλωστε ούτε η Επιτροπή έλαβε θέση κατά την έκδοση των Regulations 1992.
- 45 Υπ' αυτές τις συνθήκες, το γεγονός ότι, κατά τη μεταφορά της οδηγίας, ένα κράτος μέλος εθεώρησε αναγκαίο να καθορίσει το ίδιο τις υπηρεσίες που, σύμφωνα με το άρθρο 8, αποκλείονται από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, κατά παράβαση της διατάξεως αυτής, δεν μπορεί να θεωρηθεί ως κατάφωρη παράβαση του κοινοτικού δικαίου κατά την έννοια της προαναφερθείσας αποφάσεως Brasserie du pêcheur και Factortame.
- 46 Επομένως, στο τέταρτο ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι το κοινοτικό δίκαιο δεν υποχρεώνει ένα κράτος μέλος, το οποίο, κατά τη μεταφορά της οδηγίας στο εθνικό του δίκαιο, καθόρισε το ίδιο ποιες υπηρεσίες ενός αναθέτοντος φορέα εκφεύγουν, σύμφωνα με το άρθρο 8, του ρυθμιστικού της πεδίου, να αποκαταστήσει τις ζημιές τις οποίες υπέστη ο εν λόγω φορέας λόγω της εσφαλμένης αυτής μεταφοράς.

Επί των δικαστικών εξόδων

- 47 Τα έξοδα στα οποία υποβλήθηκαν η Γερμανική, η Γαλλική και η Ιταλική Κυβέρνηση, καθώς και η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, οι οποίες κατέθεσαν παρατηρήσεις στο Δικαστήριο, δεν αποδίδονται. Δεδομένου ότι η παρούσα διαδικασία έχει ως προς τους διαδίκους της κύριας δίκης τον χαρακτήρα παρεμπύπτοντος που ανέκυψε ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου, σ' αυτό εναπόκειται να αποφανθεί επί των δικαστικών εξόδων.

Για τους λόγους αυτούς,

ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ

κρίνοντας επί των ερωτημάτων που του υπέβαλε με διάταξη της 28ης Ιουλίου 1993 το High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, αποφαινεται:

- 1) Ένα κράτος μέλος δεν δύναται, κατά τη μεταφορά της οδηγίας στο εθνικό δίκαιο, να ορίζει ποιες τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες αποκλείονται από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 90/531/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 17ης Σεπτεμβρίου 1990, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών δυνάμει του άρθρου 8, παράγραφος 1· τη δυνατότητα αυτή έχουν μόνον οι ίδιοι οι αναθέτοντες φορείς.
- 2) Η οριζόμενη στο άρθρο 8, παράγραφος 1, της οδηγίας 90/531 προϋπόθεση, ότι «άλλοι φορείς είναι ελεύθεροι να παρέχουν τις αυτές υπηρεσίες στην αυτή γεωγραφική περιοχή και υπό τις ίδιες κατ' ουσίαν συνθήκες», πρέπει να πληρούται νομικώς και πραγματικώς· συνεκτιμώνται, προς τούτο, όλα τα χαρακτηριστικά των περιών πρόκειται υπηρεσιών, η ύπαρξη ή μη υποκαταστάτων υπηρεσιών, το τιμολογιακό καθεστώς, η δεσπόζουσα θέση του αναθέτοντος φορέα στην αγορά, καθώς και η ενδεχόμενη ύπαρξη νομικών υποχρεώσεων.

3) Το κοινοτικό δίκαιο δεν υποχρεώνει ένα κράτος μέλος, το οποίο, κατά τη μεταφορά της οδηγίας 90/531 στο εθνικό του δίκαιο, καθόρισε το ίδιο ποιες υπηρεσίες ενός αναθέτοντος φορέα εκφεύγουν, σύμφωνα με το άρθρο 8, του ρυθμιστικού της πεδίου, να αποκαταστήσει τις ζημίες τις οποίες υπέστη ο εν λόγω φορέας λόγω της εσφαλμένης αυτής μεταφοράς.

Rodríguez Iglesias

Κακούρης

Edward

Puissochet

Mancini

Schockweiler

Moitinho de Almeida

Gulmann

Murray

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση στο Λουξεμβούργο στις 26 Μαρτίου 1996.

Ο Γραμματέας

Ο Πρόεδρος

R. Grass

G. C. Rodríguez Iglesias