

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ PHILIPPE LÉGER

της 15ης Ιουνίου 2000 *

1. Κατ' εφαρμογήν της εθνικής νομοθεσίας περί της ποιότητας του νερού, διάφορες αυστριακές διοικητικές αρχές προκήρυξαν διαγωνισμό για τη σύνταξη δημοσίων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών προκειμένου να διεξαχθεί η δειγματοληψία και η ανάλυση δειγμάτων νερού που προέρχεται από διάφορες λίμνες και ποταμούς της Αυστρίας.

3. Τα ζητήματα που δημιούργησε η επίδικη πρόσκληση υποβολής προσφορών έχουν διττώς ενδιαφέρον για την αρχή της ισότητας.

2. Η συμμετοχή στη διαδικασία του διαγωνισμού φορέων που απολαύουν επιδοτήσεων, παράλληλα με υποβαλόντες προσφορές που είναι καθαρά ιδιωτικοί φορείς, αποτελεί την αφορμή μιας διαφοράς που ώθησε το επιληφθέν της υποθέσεως στην κύρια δίκη αυστριακό δικαστήριο να υποβάλει στο Δικαστήριο διάφορα προδικαστικά ερωτήματα.

Πρόκειται για το αν το γεγονός ότι επιτράπηκε σε επιδοτούμενους φορείς να υποβάλουν προσφορές είναι ικανό να θίξει την αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγενείας ή, τουλάχιστον, να αποτελέσει εμπόδιο στην ελεύθερη κυκλοφορία των υπηρεσιών, εφόσον οι οργανισμοί αυτοί είναι όλοι αυστριακοί.

Κατ' ουσίαν, τα ερωτήματα αυτά αφορούν το νομότυπο έναντι του κοινοτικού δικαίου, μιας διαδικασίας συνάντησης δημοσίων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών στην οποία επιτράπηκε να συμμετάσχουν επιδοτούμενοι οργανισμοί, οι οποίοι έχουν όλοι, επιπλέον, την ιθαγένεια του κράτους μέλους της αναθέτουσας αρχής και την έδρα τους στο έδαφος αυτού του κράτους μέλους.

Ακόμη και αν υποθεθεί ότι δεν μπορεί να διαπιστωθεί κανένας περιορισμός στις εμπορικές συναλλαγές, σημασία έχει αν το πλεονέκτημα έναντι των άλλων υποβαλόντων προσφορές που μπορούν να αποκομίσουν οι φορείς αυτοί από τις δημόσιες χρηματοδοτήσεις που τους έχουν παρασχεθεί συνάδει προς τον σκοπό της προαπίσεως ενός αποτελεσματικού ανταγωνισμού που επιδιώκεται με την οδηγία 92/50/ΕΟΚ ¹.

1 — Οδηγία του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών (ΕΕ L 209, σ. 1, στο εξής: η οδηγία).

* Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γαλλική.

I — Η οδηγία

4. Η οδηγία σκοπεί στον συντονισμό των διαδικασιών συνάψεως δημόσιων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών. Κατ' αυτόν τον τρόπο, συμβάλλει στη σταδιακή εγκαθίδρυση της εσωτερικής αγοράς, η οποία ορίζεται ως ένας χώρος χωρίς εσωτερικά σύνορα, μέσα στον οποίο είναι εξασφαλισμένη η ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων, των προσώπων, των υπηρεσιών και των κεφαλαίων².

5. Ειδικότερα, η οδηγία επιχειρεί να ανταποκριθεί στη μέριμνα αποφυγής των εμποδίων στην ελεύθερη κυκλοφορία των υπηρεσιών³. Δικαιολογείται από την ανάγκη βελτιώσεως της προσβάσεως των παρεχόντων υπηρεσίες στις διαδικασίες συνάψεως συμβάσεων, προκειμένου να εξαλειφθούν οι πρακτικές που περιορίζουν τον ανταγωνισμό γενικά και τη συμμετοχή στους διαγωνισμούς των υπηκόων άλλων κρατών μελών ειδικότερα⁴.

6. Κατά το άρθρο 3, παράγραφοι 1 και 2:

«1. Κατά την υπ' αυτών σύναψη δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, ή διοργάνωση διαγωνισμού μελετών, οι αναθέτουσες αρχές εφαρμόζουν διαδικασίες προσαρμοσμένες στις διατάξεις της παρούσας οδηγίας.

2. Οι αναθέτουσες αρχές φροντίζουν ώστε να μην υπάρχουν διακρίσεις μεταξύ των διαφόρων παρεχόντων υπηρεσίες.»

7. Το άρθρο 6 προβλέπει μια εξαίρεση από την εφαρμογή της οδηγίας. Ορίζει τα εξής:

«Οι διατάξεις της παρούσας οδηγίας δεν εφαρμόζονται για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών με φορέα που αποτελεί ο ίδιος αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με το άρθρο 1, στοιχείο β', δυνάμει αποκλειστικού δικαίωματος που του παρέχεται βάσει δημοσιευμένων νομοθετικών, κανονιστικών ή διοικητικών διατάξεων, εφόσον οι διατάξεις αυτές είναι σύμφωνες με τη Συνθήκη.»

8. Το άρθρο 37 της οδηγίας εξαγγέλλει ορισμένες υποχρεώσεις στις οποίες πρέπει να υπόκειται η αναθέτουσα αρχή όταν προτίθεται να απορρίψει προσφορές ανωμάλως χαμηλές. Το άρθρο 37, πρώτο εδάφιο, έχει ως εξής:

«Εάν, για μια δεδομένη σύμβαση, οι προσφορές φαίνονται ανωμάλως χαμηλές σε σχέση με το αντικείμενό της, η αναθέτουσα αρχή, πριν απορρίψει τις προσφορές αυτές, ζητά εγγράφως διευκρινίσεις για τη σύνθεση της προσφοράς, τις οποίες κρίνει σκόπιμες και εξακριβώνει αυτή τη σύνθεση λαμβάνοντας υπόψη τις δοθείσες διευκρινίσεις.»

2 — Πρώτη και δεύτερη αιτιολογική σκέψη.

3 — Έκτη αιτιολογική σκέψη.

4 — Εικοστή αιτιολογική σκέψη.

II — Τα περιστατικά και η διαδικασία της κύριας δίκης

9. Ενεργώντας βάσει της έμμεσης ασκήσεως ομοσπονδιακών διοικητικών καθηκόντων (κατόπιν εξουσιοδοτήσεως), οι κυβερνητικές υπηρεσίες των ομόσπονδων κρατών του Salzburg, της Κάτω Αυστρίας, της Άνω Αυστρίας, της Στυρίας, της Καρινθίας, του Tyrol και του Burgenland, καθώς και η Landeswasserbauamt (υπηρεσία υδάτων) του ομόσπονδου κρατούς του Vorarlberg, προκήρυξαν ανοιχτό διαγωνισμό για τη διεξαγωγή δειγματοληψιών και αναλύσεων του νερού για τα έτη επιβλέψεως 1998/1999 και 1999/2000, κατ' εφαρμογή της Wassergüte-Erhebungsverordnung⁵ (κανονιστικής αποφάσεως περί δειγματοληψιών και ποιότητας των υδάτων).

10. Η ARGE Gewässerschutz⁶, ένωση πολιτικών μηχανικών και επιχειρήσεων, και άλλοι φορείς, μεταξύ των οποίων η Österreichische Forschungszentrum Seibersdorf GmbH⁷ και η Österreichische Forschungs- und Prüfungszentrum Arsenal GmbH⁸, υπέβαλαν προσφορές κατά τη διαδικασία αυτή.

11. Εκτιμώντας ότι οι επιδοτήσεις των οποίων τυγχάνουν οι δεύτεροι αυτοί υποβάλλοντες προσφορές τούς παρέχουν ανταγωνιστικά πλεονεκτήματα και δημιουργούν εμπόδιο στις εμπορικές συναλλαγές μεταξύ των κρατών μελών, η ARGE κίνησε τη διαδικασία συμβιβασμού ενώπιον της Bundesvergabekontrollkommission (ομοσπονδιακής επιτροπής ελέγχου της συνάψεως δημο-

σίων συμβάσεων), κατ' εφαρμογή του Bundesvergabegesetz (ομοσπονδιακού νόμου περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων).

12. Η ομοσπονδιακή επιτροπή ελέγχου της συνάψεως δημοσίων συμβάσεων έκρινε ότι ο ομοσπονδιακός νόμος δεν απαγορεύει τη συμμετοχή σε μια διαδικασία συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, συγχρόνως με υποβάλλοντες προσφορές που είναι καθαρά ιδιωτικοί φορείς, οργανισμών που στηρίζονται με δημόσιους πόρους ή ιδρυμάτων δημοσίου δικαίου, όπως των ιδρυμάτων ερευνών ή των επιστημονικών ιδρυμάτων.

13. Κατόπιν αυτού, η ARGE άσκησε προσφυγή ενώπιον του Bundesvergabeamt.

III — Τα προδικαστικά ερωτήματα

14. Εκτιμώντας ότι η λύση της διαφοράς εξαρτάται από ερμηνεία του κοινοτικού δικαίου, το αιτούν δικαστήριο αποφάσισε να υποβάλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

«1) Αντιβαίνει προς την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως όλων των μετεχόντων σε διαγωνισμό για τη σύνταξη δημοσίας συμβάσεως η απόφαση της αναθέτουσας αρχής να επιτρέπει τη συμμετοχή στον διαγωνισμό των οργανισμών στους

5 — BGBl. 1991, σ. 338.

6 — Στο εξής: ARGE.

7 — Κέντρο ερευνών Seibersdorf, στο εξής: κέντρο Seibersdorf.

8 — Ίδρυμα ερευνών Arsenal, στο εξής: ίδρυμα Arsenal.

οποίους η ίδια ή άλλες αναθέτουσες αρχές καταβάλλουν επιδοτήσεις οποιασδήποτε φύσεως, οι οποίες δίδουν τη δυνατότητα στους οργανισμούς αυτούς να υποβάλουν, στο πλαίσιο του διαγωνισμού, προσφορές σε τιμές οι οποίες υπολείπονται σημαντικά των τιμών που προσφέρουν οι λοιποί μετέχοντες στον διαγωνισμό που λειτουργούν με εμπορικά κριτήρια;

στικά και μόνο, ή τουλάχιστον κατά το πλείστον, προς την αναθέτουσα αρχή ή προς άλλους οργανισμούς του Δημοσίου, χωρίς να προκηρύσσει διαγωνισμό για την εν λόγω σύμβαση κατά την οδηγία 92/50/ΕΟΚ, στον οποίο θα υποβάλουν ανταγωνιστικές προσφορές ενδιαφερόμενοι που λειτουργούν με εμπορικά κριτήρια;»

- 2) Συνιστά η απόφαση της αναθέτουσας αρχής να επιτρέψει τη συμμετοχή των ανωτέρω οργανισμών στη διαδικασία του διαγωνισμού συγκαλυμμένη διάκριση, εφόσον όλοι ανεξαιρέτως οι οργανισμοί που λαμβάνουν αυτές τις επιδοτήσεις έχουν την ιθαγένεια του κράτους μέλους ή εδρεύουν εντός του κράτους μέλους εντός του οποίου εδρεύει επίσης η αναθέτουσα αρχή;

IV — Προκαταρκτικές παρατηρήσεις

15. Τα τρία πρώτα προδικαστικά ερωτήματα αφορούν, όπως είπα, την αρχή της ισότητας, υπό το διπλό πρίσμα των διακρίσεων λόγω ιθαγενείας (δεύτερο και τρίτο ερώτημα) και των διακρίσεων μεταξύ των επιδοτούμενων υποβαλλόντων προσφορές και των άλλων (πρώτο ερώτημα).

- 3) Συνιστά η απόφαση της αναθέτουσας αρχής να επιτρέψει τη συμμετοχή των ανωτέρω οργανισμών στη διαδικασία του διαγωνισμού περιορισμό της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, που είναι ασυμβίβαστος με τις διατάξεις της Συνθήκης ΕΚ, και ιδίως με τα άρθρα 59 επ., έστω και αν η απόφαση αυτή δεν δημιουργεί διακρίσεις σε βάρος των λοιπών μετεχόντων στον διαγωνισμό;

16. Το τέταρτο ερώτημα αφορά το προσωπικό πεδίο εφαρμογής της οδηγίας. Πρόκειται για το ζήτημα αν η οδηγία έχει εφαρμογή στις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών που συνάπτονται μεταξύ αναθέτουσας αρχής και παρέχοντος υπηρεσίες που τελεί υπό την στενή εξάρτηση μιας δημόσιας αρχής, λόγω του γεγονότος ότι η αρχή αυτή είναι συγχρόνως ο κύριος «ιδιοκτήτης» και ο κύριος αποδέκτης των υπηρεσιών που παρέχει.

- 4) Έχει η αναθέτουσα αρχή τη δυνατότητα να συνάπτει συμβάσεις παροχής υπηρεσιών με οργανισμούς οι οποίοι ανήκουν πλήρως ή τουλάχιστον κατά το μεγαλύτερο ποσοστό στο Δημόσιο και οι οποίοι παρέχουν τις υπηρεσίες τους αποκλει-

17. Πρέπει, κατ' αρχάς, να εξεταστούν από κοινού το δεύτερο και το τρίτο ερώτημα, καθόσον αμφότερα αναφέρονται σε διατάξεις που προκύπτουν από τη Συνθήκη, ήτοι

το άρθρο 59 της Συνθήκης ΕΚ (νυν, κατόπιν τροποποιήσεως, άρθρο 49 ΕΚ) και τα επόμενα άρθρα, που αφορούν την αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών.

18. Θα διατυπώσω στη συνέχεια την άποψή μου επί του τετάρτου προδικαστικού ερωτήματος, που αφορά το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, κατόπιν δε επί του πρώτου ερωτήματος, που αφορά αποκλειστικά την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως μεταξύ των υποβαλλόντων προσφορές, όπως εξαγγέλλεται στο κείμενο της οδηγίας.

V — Επί της υπάρξεως περιορισμών στην ελεύθερη κυκλοφορία των υπηρεσιών (δεύτερο και τρίτο προδικαστικό ερώτημα)

19. Με τα ερωτήματα αυτά, το Bundesvergabeamt ερωτά αν τα άρθρα 59 επ. της Συνθήκης έχουν την έννοια ότι απαγορεύουν απόφαση αναθέτουσας αρχής με την οποία επιτρέπεται η συμμετοχή σε διαδικασία συνάψεως συμβάσεων δημοσίων έργων φορέων που απολαμβάνουν επιδοτήσεων δημοσίας προελεύσεως, οι οποίοι τους παρέχουν τη δυνατότητα να υποβάλλουν προσφορές σε τιμές αισθητά κατώτερες από τις τιμές που προσφέρουν οι άλλοι υποβάλλοντες, όταν οι φορείς αυτοί έχουν όλοι την ιθαγένεια του κράτους μέλους στο οποίο η αναθέτουσα αρχή έχει την έδρα της και την έδρα τους στο έδαφος αυτού του κράτους μέλους⁹.

20. Το άρθρο 59, πρώτο εδάφιο, της Συνθήκης προβλέπει ότι «[...] οι περιορισμοί της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών στο εσωτερικό της Κοινότητας καταργούνται προοδευτικώς κατά τη διάρκεια της μεταβατικής περιόδου, όσον αφορά τους υπηκόους των κρατών μελών που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος της Κοινότητας άλλο από εκείνο του αποδέκτου της παροχής».

21. Οι επιταγές του άρθρου 59, που επιβάλλουν την ελεύθερη παροχή των υπηρεσιών, συνεπάγονται την εξάλειψη οποιασδήποτε διακρίσεως έναντι του παρέχοντος λόγω της ιθαγένειάς του¹⁰ ή του γεγονότος ότι είναι εγκατεστημένος σε άλλο κράτος μέλος από αυτό όπου πρέπει να παρασχεθεί η υπηρεσία¹¹.

22. Ο κανόνας αυτός επιβεβαιώνεται στο άρθρο 60, τρίτο εδάφιο, της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρο 50, τρίτο εδάφιο, ΕΚ). Εφαρμόζοντας την αρχή της εθνικής μεταχειρίσεως στην ελεύθερη κυκλοφορία των υπηρεσιών, το άρθρο αυτό ορίζει ότι «[...] εκείνος που παρέχει υπηρεσία δύναται για την εκτέλεση αυτής να ασκήσει προσωρινά τη δραστηριό-

10 — Η απονομή «ιθαγένειας» στα νομικά πρόσωπα, η οποία καθιστά δυνατό το ενδεχόμενο διακρίσεως σε βάρος τους λόγω της ιθαγένειας, προκύπτει από τη Συνθήκη. Δυνάμει του άρθρου 58, πρώτο εδάφιο, της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρο 48, πρώτο εδάφιο, ΕΚ), που έχει εφαρμογή στις υπηρεσίες σύμφωνα με το άρθρο 66 της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρο 55 ΕΚ), «οι εταιρείες που έχουν συσταθεί σύμφωνα με τη νομοθεσία ενός κράτους μέλους και οι οποίες έχουν την καταστατική τους έδρα, την κεντρική τους διοίκηση ή την κύρια εγκατάστασή τους εντός της Κοινότητας εξομοιώνονται, για την εφαρμογή των διατάξεων του παρόντος κεφαλαίου, προς τα φυσικά πρόσωπα που είναι υπήκοοι των κρατών μελών». Ο τόπος της καταστατικής τους έδρας, της κεντρικής τους διοικήσεως ή της κύριας εγκαταστάσεώς τους χρησιμοποιεί, όπως η ιθαγένεια για τα φυσικά πρόσωπα, για τον προσδιορισμό της σύνδεσής τους με την έννομη τάξη ενός κράτους μέλους (βλ., μεταξύ άλλων, την απόφαση της 9ης Μαρτίου 1999, C-212/97, Centros (Συλλογή 1999, σ. I-1459, σκέψη 20).

11 — Απόφαση της 18ης Ιανουαρίου 1979, 110/78 και 111/78, Van Wesemael κ.λπ. (Συλλογή τόμος 1979/I, σ. 29, σκέψη 27).

9 — Μολονότι το δεύτερο ερώτημα αναφέρεται στους οργανισμούς που έχουν την ιθαγένεια του κράτους μέλους ή έχουν την έδρα τους στο κράτος στο οποίο έχει την έδρα της η ίδια η αναθέτουσα αρχή, από το σκεπτικό της αιτήσεως εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως προκύπτει ότι τα χαρακτηριστικά αυτά συντρέχουν, εν προκειμένω, σωρευτικώς και όχι εναλλακτικώς (σ. 13 της ελληνικής μεταφράσεως της αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως).

τητά του στο κράτος όπου παρέχεται η υπηρεσία με τους ίδιους όρους που το κράτος αυτό επιβάλλει στους δικούς του υπηκόους».

23. Το επίμαχο μέτρο είναι αυτό με το οποίο σε οργανισμούς όπως το κέντρο Seibersdorf και το ίδρυμα Arsenal, στους οποίους προσάπτεται το γεγονός ότι απολαύουν αδικαιολόγητο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα για τον λόγο ότι λαμβάνουν επιδοτήσεις, επιτράπηκε να συμμετάσχουν στη διαδικασία συνάψεως των συμβάσεων. Και το ένα και το άλλο έχουν στενή σχέση με το κράτος μέλος της αναθέτουσας αρχής, διότι αμφότερα έχουν την έδρα τους στο αυστριακό έδαφος και υπόκεινται στην αυστριακή νομοθεσία¹².

24. Για να αποκλεισθεί οποιαδήποτε αοριστία που μπορεί να επηρεάσει την ερμηνεία των υποβληθέντων ερωτημάτων, διευκρινίζω ότι το κριτήριο της δυσμενούς διακρίσεως στο οποίο αναφέρεται το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα δεν αφορά το γεγονός ότι επιτράπηκε σε επιδοτούμενους φορείς να συμμετάσχουν στη διαδικασία συνάψεως των συμβάσεων. Το σημείο αυτό αποτελεί το αντικείμενο του πρώτου ερωτήματος, το οποίο θα εξεταστεί στη συνέχεια. Όπως είπα, η δυσκολία οφείλεται στο ότι οι ενισχυόμενοι φορείς είναι όλοι αυστριακοί, πράγμα που επιτρέπει τη σκέψη ότι δεν επιτρεπόταν στους επιδοτούμενους επιχειρηματίες που προέρχονται από άλλα κράτη μέλη να υποβάλουν προσφορές.

25. Το Bundesvergabeamt αναφέρεται συνάφως στην περίπτωση της συγκεκριμένης διακρίσεως.

26. Όπως είναι γνωστό, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως, της οποίας το άρθρο 59 αποτελεί ιδιαίτερη έκφραση, απαγορεύει όχι μόνον την πρόδηλη διάκριση λόγω ιθαγενείας, αλλά και οποιαδήποτε συγκεκριμένη μορφή διακρίσεως η οποία, κατ'εφαρμογή άλλων κριτηρίων διακρίσεως, καταλήγει στην πραγματικότητα στο ίδιο αποτέλεσμα¹³.

27. Η αναφορά του αιτούντος δικαστηρίου στο ενδεχόμενο συγκεκριμένης διακρίσεως μας πληροφορεί ότι το εν λόγω δικαστήριο δεν φαίνεται να έχει αμφιβολίες ως προς το γεγονός ότι το επίδικο μέτρο δεν συνεπάγεται πρόδηλη διάκριση, υπό την έννοια ότι δεν θέτει την προϋπόθεση ιθαγενείας ή προϋπόθεση αναγόμενης στον τόπο εγκαταστάσεως των φορέων, είτε αυτός είναι επιδοτούμενος είτε όχι.

Ελλείψει της προϋποθέσεως ιθαγένειας ή εγκαταστάσεως από την οποία θα εξαρτώνταν το δικαίωμα απαντήσεως στην πρόσκληση υποβολής προσφορών, οι αυστριακοί φορείς ή αυτοί που είναι εγκατεστημένοι στο αυστριακό έδαφος θα εξακολουθούσαν, αντιθέτως, να ευνοούνται, αν το επίδικο μέτρο πραγματοποιούσε διαφορά μεταχειρίσεως μεταξύ των υποβαλλόντων προσφορές, κατ'εφαρμογή μιας προϋποθέσεως κατά την οποία μόνο οι επιδοτούμενοι από τις αυστριακές αρχές φορείς επιτρέπεται να συμμετάσχουν στη διαδικασία συνάψεως των συμβάσεων δημοσίων έργων.

12 — Σελίδα 13 της ελληνικής μεταφράσεως της αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως.

13 — Βλ., παραδείγματος χάριν, την απόφαση της 3ης Ιουνίου 1992, C-360/89, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή 1992, σ. I-3401, σκέψη 11).

28. Όπως ορθώς εκθέτει η Αυστριακή Κυβέρνηση¹⁴, ο εθνικός κανόνας που επιφυλάσσει αποκλειστικά στους επιδοτούμενους από τις αυστριακές αρχές φορείς το δικαίωμα συμμετοχής στις διαδικασίες συνάντησης συμβάσεων δημοσίων έργων διατρέχει σε μεγάλο βαθμό τον κίνδυνο να συνιστά περιορισμό στην ελεύθερη κυκλοφορία των υπηρεσιών. Στην περίπτωση αυτή, το εν λόγω κριτήριο υποκρύπτει διαφορά μεταχειρίσεως μεταξύ των εγκατεστημένων, έστω και δευτερευόντως, στο αυστριακό έδαφος φορέων, οι οποίοι μόνον αυτοί θα μπορούσαν να αξιώσουν ενισχύσεις από τις δημόσιες αρχές, και των λοιπών. Όσοι από τους αλλοδαπούς επιχειρηματίες απολαμβάνουν επιδοτήσεων δεν θα ήταν σε θέση να εκμεταλλευτούν αυτό το πλεονέκτημα για να ανταγωνισθούν τους αυστριακούς επιχειρηματίες που βρίσκονται στην ίδια κατάσταση και πολλαπλασιάζουν τις πιθανότητές τους να επιτύχουν τη σύναψη των συμβάσεων με την αυστριακή αναθέτουσα αρχή.

29. Εν πάση περιπτώσει, είτε το επίδικο μέτρο εξετασθεί υπό το πρίσμα άμεσης διακρίσεως ή απλώς συγκεκαλυμμένης, επιβάλλεται η ίδια απάντηση.

30. Δεν νομίζω ότι είναι δικαιολογημένο να συναχθεί, από το γεγονός ότι όλοι οι επιδοτούμενοι φορείς που συμμετέχουν σε διαδικασία συνάντησης συμβάσεων δημοσίων έργων έχουν την ίδια ιθαγένεια με αυτήν της αναθέτουσας αρχής, η σκέψη ότι το νομότυπο της εν προκειμένω διαδικασίας θίγεται κατ' ανάγκη από την εφαρμογή προϋποθέσεων που συνιστούν δυσμενή διάκριση.

31. Η αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων δεν επιβάλλει, πράγματι, ότι σε κάθε περίπτωση πρέπει να υφίσταται εκπροσώπηση ποικίλων επιχειρηματιών διαφορετικής ιθαγένειας. Απαιτείται απλώς να μην παρεμβάλλονται εμπόδια στην άσκηση της ελεύθερης κυκλοφορίας αυτών των επιχειρηματιών, ανεξαρτήτως της προελεύσεώς τους εντός της Κοινότητας.

32. Θεωρώ επομένως ότι η απόφαση με την οποία επιτράπηκε η συμμετοχή επιδοτούμενων φορέων αυστριακής ιθαγένειας δεν αρκεί για να διαπιστωθεί η ύπαρξη δυσμενούς διακρίσεως λόγω της ιθαγένειας, του τόπου εγκαταστάσεως των υποβαλόντων προσφορές ή της προελεύσεως των επιδοτήσεων που λαμβάνουν.

33. Για να συμβαίνει αυτό θα πρέπει να αποδειχθεί ότι η διαδικασία της συνάντησης των συμβάσεων δημοσίων έργων εμπεριέχει, νομικώς ή πραγματικώς, έναν κανόνα που εξαρτά το δικαίωμα των επιχειρηματιών να συμμετάσχουν σ' αυτή τη διαδικασία από την προϋπόθεση της ιθαγένειας ή του τόπου της έδρας του στο αυστριακό έδαφος.

34. Ομοίως, θα πρέπει να αποδειχθεί ότι η δυνατότητα υποβολής προσφορών εξαρτάται από το γεγονός ότι οι επιδοτούμενοι φορείς λαμβάνουν τις επιδοτήσεις τους από τις αυστριακές αρχές.

14 — Σελίδα 11 της μεταφράσεως στη γαλλική των γραπτών της παρατηρήσεων.

35. Όμως, μολονότι ουδέποτε έγινε μνεία για τη συμμετοχή υποβάλλοντος προσφορά άλλης ιθαγένειας, που έχει την έδρα του στο έδαφος άλλου κράτους ή απολαύει ενισχύσεων εκ μέρους διαφορετικών από τις αυστριακές αρχών, δεν προκύπτει ότι η εν λόγω διαδικασία καθορίζει προϋποθέσεις που επιτρέπουν τον αποκλεισμό αυτού του είδους επιχειρηματιών.

36. Ειδικότερα, δεν διαπιστώθηκε κανένα στοιχείο που επιτρέπει να υποτεθεί ότι το επίδικο μέτρο συνεπάγεται μια προϋπόθεση που ανάγεται στη χορήγηση ενισχύσεων που εισπράττονται αποκλειστικώς από τις αυστριακές αρχές. Με την επιφύλαξη της επιβεβαιώσεως αυτού του σημείου από το Bundesvergabeamt¹⁵, η αποκλειστική παρουσία επιδοτούμενων αυστριακών φορέων πρέπει να αποδοθεί σε περιστάσεις άσχετες προς το εφάρμοστο δίκαιο και την εφαρμοστέα πρακτική.

15 — Επισημαίνω ότι, κατά το Bundesvergabeamt, «είναι πιθανότατο ότι υπάρχουν και σε άλλα κράτη μέλη οργανισμοί οι οποίοι, δεδομένου ότι λαμβάνουν παρόμοιες επιδοτήσεις από το Δημόσιο, θα μπορούσαν να μετασχούν στον υπό κρίση διαγωνισμό [...]» (α. 15 της ελληνικής μεταφράσεως της αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως). Το ενδεχόμενο αυτό συμμετοχής αλλοδαπών επιχειρηματιών που επίσης επιδοτούνται από τις αρμόδιες αρχές του κράτους μέλους καταγωγής τους δεν αρκεί πάντως κατά το αιτούν δικαστήριο για να αποκλεισθεί η περίπτωση δυσμενούς διακρίσεως λόγω της ιθαγένειας, του τόπου εγκαταστάσεως των υποβαλλόντων προσφορές ή της προελεύσεως των επιδοτήσεων των οποίων απολαύουν. Συγκεκριμένα, διευκρινίζει, στην ίδια φράση, ότι «[...] οι παρέχοντες υπηρεσίες από άλλα κράτη μέλη, οι οποίοι λειτουργούν με εμπορικά κριτήρια, δεν μπορούσαν ή δεν ήσαν υποχρεωμένοι να αναμένουν ότι, στο πλαίσιο του διαγωνισμού, θα συναντούσαν αυστριακούς ανταγωνιστές οι οποίοι θα είχαν, λόγω των εκ μέρους των αυστριακών οργανισμών τοπικής αυτοδιοικήσεως χρηματικών καταβολών, σημαντικά πλεονεκτήματα [...]». Κατ' αυτόν τον τρόπο, φαίνεται ότι το Bundesvergabeamt απορρίπτει ένα επιχειρήματα που είναι πρόσφορο για να καταδειχθεί έλλειψη περιορισμού στην ελεύθερη κυκλοφορία των υπηρεσιών — η ευχέρεια των αλλοδαπών επιδοτούμενων επιχειρήσεων να ανταποκριθούν στην πρόσκληση υποβολής προσφορών ισότιμα με τις επιδοτούμενες εθνικές επιχειρήσεις — χρησιμοποιώντας μια αιτιολογία που στηρίζεται σε θεωρήσεις άσχετες προς αυτήν την προβληματική — την παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως μεταξύ επιχειρηματιών, ανεξαρτήτως της εθνικής τους προελεύσεως, ως εκ του γεγονότος της συμμετοχής επιδοτούμενων επιχειρήσεων. Θα εξετάσω το επιχειρήμα αυτό στην ανάπτυξη της απόψώς μου του πρώτου ερωτήματος.

37. Είναι σαφές ότι, αν το αιτούν δικαστήριο κατέληγε στη διαπίστωση της υπάρξεως μιας διατάξεως τέτοιας φύσεως, θα έπρεπε να συναγάγει συναφώς τις συνέπειες για το νομότυπο της διαδικασίας και να μην εφαρμόσει αυτόν τον αντίθετο προς το κοινοτικό δίκαιο κανόνα.

38. Προσθέτω ότι, ελλείψει δυσμενούς διακρίσεως επηρεάζουσας το επίδικο μέτρο, είναι δύσκολο να θεωρηθεί ότι η απόφαση με την οποία επιτράπηκε η συμμετοχή εμπεριέχει περιορισμό της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών, διότι, εν πάση περιπτώσει, ο υπήκοος άλλου κράτους μέλους που επιδοτείται από αυτό δικαιούται να υποβάλει προσφορές όπως ακριβώς και οι άλλοι επιχειρηματίες.

39. Επομένως, πρέπει να συναχθεί ότι τα άρθρα 59 επ. της Συνθήκης έχουν την έννοια ότι δεν απαγορεύουν ένα μέτρο όπως την επίδικη στην υπόθεση της κύριας δίκης απόφαση, με το οποίο η αναθέτουσα αρχή επέτρεψε τη συμμετοχή σε διαδικασία συνάψεως συμβάσεων δημοσίων έργων φορέων που απολαμβάνουν επιδοτήσεων του Δημοσίου, οι οποίες τους καθιστούν δυνατό να υποβάλλουν προσφορές σε αισθητώς κατώτερες τιμές από τις τιμές που προσφέρουν οι άλλοι υποβάλλοντες προσφορά, ακόμη και αν όλοι οι φορείς αυτοί έχουν την ιθαγένεια του κράτους μέλους στο οποίο έχει την έδρα της η αναθέτουσα αρχή και την έδρα τους στο έδαφος αυτό του κράτους μέλους, εφόσον δεν έχει καθορισθεί καμία προϋπόθεση αναγόμενη στην ιθαγένεια των επιχειρηματιών, στον τόπο της εγκαταστάσεώς τους ή στην προέλευση των επιδοτήσεων των οποίων, ενδεχομένως, απολαμβάνουν.

VI — Επί του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας: οι συμβάσεις υπηρεσιών που συνάπτονται μεταξύ αναθέτουσας αρχής και παρέχοντος υπηρεσίες εξαρτώμενου από αναθέτουσες αρχές (τέταρτο προδικαστικό ερώτημα)

40. Με το τέταρτο προδικαστικό ερώτημα, το αιτούν δικαστήριο ερωτά αν η οδηγία έχει την έννοια ότι στο πεδίο εφαρμογής της εμπίπτει σύμβαση υπηρεσιών συναπτόμενη μεταξύ αναθέτουσας αρχής και παρέχοντος υπηρεσίες, όταν, αφενός, ο παρέχων υπηρεσίες ανήκει κυρίως σε αναθέτουσα αρχή και, αφετέρου, οι υπηρεσίες που παρέχει προορίζονται κυρίως για αναθέτουσες αρχές, μεταξύ των οποίων αυτή στην οποία ανήκει.

41. Το Bundesvergabeamt αναφέρεται στη δυνατότητα της μη υπαγωγής στις επιταγές της οδηγίας των συμβατικών σχέσεων που συνδέουν μία αναθέτουσα αρχή με οργανισμούς που της ανήκουν πλήρως και οι οποίοι αφιερώνουν σε αυτήν την όλη δραστηριότητά τους. Θεωρεί εντούτοις ότι οι προϋποθέσεις αυτές είναι υπερβολικά περιοριστικές και ότι, από λειτουργική άποψη, η αναθέτουσα αρχή και ο παρέχων υπηρεσίες μπορούν να εξομοιώνονται μεταξύ τους, ακόμη και εάν η αναθέτουσα αρχή δεν έχει την αποκλειστική ιδιότητα του παρέχοντος υπηρεσίες, η δε δραστηριότητα αυτού δεν προορίζεται πλήρως προς αυτήν. Στην περίπτωση αυτή, επίσης, η στενή σχέση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και αυτής της οντότητας θα δικαιολογούσε τη μη υπαγωγή των συμβατικών τους σχέσεων στην οδηγία.

A — Επί του παραδεκτού

42. Όπως άφησαν να εννοηθεί η ARGE και η Αυστριακή Κυβέρνηση με τις γραπτές τους παρατηρήσεις, το παραδεκτό αυτού του ερωτήματος μπορεί να είναι συζητήσιμο. Πράγματι, δεν προκύπτει από την αίτηση για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως ότι η δυνατότητα εφαρμογής της οδηγίας στη διαδικασία συνάψεως της σύμβασεως αμφισβητήθηκε ενώπιον του αυστριακού δικαστηρίου.

43. Εντούτοις, εναπόκειται αποκλειστικώς στο εθνικό δικαστήριο, το οποίο επιλαμβάνεται της διαφοράς και το οποίο πρέπει να αναλαμβάνει την ευθύνη της δικαστικής αποφάσεως που θα εκδοθεί, να εκτιμά, λαμβάνοντας υπόψη τις ιδιαιτερότητες κάθε υποθέσεως, τόσο την ανάγκη υπάρξεως προδικαστικής αποφάσεως για να είναι σε θέση να εκδώσει την απόφασή του όσο και τη λυσιτέλεια των ερωτημάτων που υποβάλλει στο Δικαστήριο. Το Δικαστήριο μπορεί να απορρίψει αίτηση εθνικού δικαστηρίου μόνον όταν προκύπτει σαφώς ότι η ερμηνεία κοινοτικού κανόνα, που ζητήθηκε από το δικαστήριο αυτό, δεν έχει καμία σχέση με το υποστατό ή το αντικείμενο της διαφοράς της κύριας δίκης, ή ακόμη όταν το Δικαστήριο δεν διαθέτει τα αναγκαία πραγματικά ή νομικά στοιχεία προκειμένου να δώσει χρησιμη απάντηση στα υποβληθέντα ερωτήματα¹⁶.

44. Όμως, δεν μπορεί να υποστηριχθεί ότι το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας δεν έχει σχέση με τη διαφορά της κύριας δίκης. Εάν προ-

¹⁶ — Απόφαση της 18ης Νοεμβρίου 1999, C-275/98, Unifron Scandinavia και 3-S (Συλλογή 1999, σ. I-8291, σκέψη 18).

έκυπτε ότι, ως εκ των χαρακτηριστικών τους, φορείς όπως οι δύο υποβαλόντες προσφορές που επιδοτούνται δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, τίποτε δεν επιτρέπει να αποκλεισθεί εκ των προτέρων ότι το αιτούν δικαστήριο, κατ' εφαρμογή και εντός των ορίων τη εφαρμοστέας εθνικής διαδικασίας, δεν μπορεί να συναγάγει συναφώς συνέπειες που μπορούν να συμβάλουν στη λύση της διαφοράς, παραδείγματος χάριν υποκαθιστώντας αυτεπαγγέλτως τον κανόνα που απορρέει από την οδηγία με άλλους κανόνες.

45. Εξάλλου, όπως θα δούμε, τα στοιχεία της δικογραφίας είναι επαρκώς ακριβή ώστε να είναι δυνατόν να καθορισθούν οι αρχές από τις οποίες το αιτούν δικαστήριο θα μπορέσει να εμπνευσθεί για τη λύση της διαφοράς της κύριας δίκης.

46. Για τον λόγο ακριβώς αυτόν, θεωρώ αναγκαίο να δοθεί απάντηση στο υποβληθέν ερώτημα, βάσει αυτών των στοιχείων, χωρίς να ληφθεί υπόψη το γεγονός ότι, ενόψει της δικογραφίας, κανένα επιχείρημα δεν φαίνεται ικανό να θέτει υπό αμφισβήτηση το νομικό πλαίσιο που καθορίστηκε αρχικώς από την αναθέτουσα αρχή για την επιλογή ενός παρέχοντος υπηρεσίες.

47. Κατά συνέπεια, πρέπει να εξακριβωθεί εάν η οδηγία είναι εν προκειμένω εφαρμοστέα.

B — Επί της ουσίας

48. Κατά την όγδοη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας, «[...] η παροχή υπηρεσιών καλύπτεται από την παρούσα οδηγία μόνον εφόσον βασίζεται σε συμβάσεις [...]». Από το άρθρο 1, στοιχείο α', αυτής προκύπτει ότι, για τους σκοπούς της οδηγίας και με την εξαίρεση ορισμένων συμβάσεων, οι δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών είναι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας, συναπτόμενες εγγράφως μεταξύ του παρέχοντος υπηρεσίες και της αναθέτουσας αρχής.

49. Η νομική συμβατική σχέση που συνδέει τον παρέχοντα υπηρεσίες και τον αποδέκτη της υπηρεσίας προϋποθέτει ότι υφίστανται δύο νομικά πρόσωπα που έχουν, υπό την ιδιότητά τους αυτή, την ικανότητα να δεσμεύονται εκφράζοντας την ελεύθερη βούλησή τους. Κατά συνέπεια, ο παρέχων υπηρεσίες οφείλει να έχει ορισμένα χαρακτηριστικά που πιστοποιούν ότι, κατά την άσκηση της οικονομικής του δραστηριότητας, ενεργεί κατά επαρκώς αυτοτελή τρόπο σε σχέση με τη δημόσια αρχή που ζητεί τις υπηρεσίες του.

Με άλλα λόγια, όπως σαφώς υπενθύμισε ο γενικός εισαγγελέας Γ. Κοσμάς στις προτάσεις του επί της υποθέσεως Teckal¹⁷, είναι αναγκαίο ο αντισυμβαλλόμενος της αναθέτουσας αρχής να έχει πράγματι την ιδιότητα του τρίτου σε σχέση με την εν λόγω αρχή, δηλαδή να πρόκειται για άλλο πρόσωπο πέραν αυτής. Το κοινοτικό δίκαιο, προ-

17 — Απόφαση της 18ης Νοεμβρίου 1999, C-107/98 (Συλλογή 1999, σ. I-8121, σκέψεις 53 επ.).

σθέτει, στον τομέα της συνάψεως συμβάσεως προμηθειών¹⁸, «[...] δεν υποχρεώνει την αναθέτουσα αρχή να τηρεί τη διαδικασία που εξασφαλίζει αποτελεσματικό ανταγωνισμό μεταξύ των ενδιαφερομένων στην περίπτωση που η εν λόγω αρχή επιθυμεί να επιβαρυνθεί η ίδια με την προμήθεια των προϊόντων που έχει ανάγκη [...]».

50. Αυτός είναι ο λόγος για τον οποίο οι υπηρεσίες που χαρακτηρίζονται ως «in house» και σημαίνουν τις παροχές προς μια δημόσια αρχή από τις δικές της υπηρεσίες ή από υπηρεσίες που τελούν υπό εξάρτηση, καίτοι διακρίνονται οργανικώς, δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας¹⁹.

51. Στην προπαρατεθείσα απόφαση Teckal, το Δικαστήριο κλήθηκε να αποφανθεί εάν το γεγονός, για έναν οργανισμό τοπικής αυτοδιοίκησης, αναθέσεως της προμήθειας προϊόντων σε όμιλο στον οποίο συμμετέχει, πρέπει να έχει ως συνέπεια την εφαρμογή της διαδικασίας προσκλήσεως υποβολής προσφορών που προβλέπεται από την οδηγία 93/36.

52. Το Δικαστήριο, εκτός από την εξέταση ορισμένων νομίμων προϋποθέσεων που είναι καθοριστικές για τη δυνατότητα εφαρμογής της οδηγίας αυτής, όπως το να έχει την ιδιό-

τητα της αναθέτουσας αρχής ένας οργανισμός τοπικής αυτοδιοίκησης ή της υπάρξεως συμβάσεως συναφθείσας εξ επαχθούς αιτίας, προέβη στην ανάλυση των σχέσεων μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του αντισυμβαλλομένου της.

53. Όπως και η παρούσα οδηγία, η οδηγία 93/36 έχει εφαρμογή όταν η αναθέτουσα αρχή προτίθεται να συνάψει σύμβαση με επιχειρηματία. Επαληθεύοντας το ζήτημα εάν υφίστατο σύμβαση μεταξύ δύο πράγματι διαφορετικών προσώπων, το Δικαστήριο διευκρίνισε ότι «[...] αρκεί, καταρχήν, ότι η δημόσια σύμβαση συνήφθη μεταξύ, αφενός, ενός οργανισμού τοπικής αυτοδιοίκησης και, αφετέρου, ενός προσώπου το οποίο νομικώς διακρίνεται από τον οργανισμό αυτόν»²⁰. Εντούτοις, το Δικαστήριο διευκρίνισε ότι «διαφορετική περίπτωση συντρέχει μόνον εάν, συγχρόνως, ο οργανισμός τοπικής αυτοδιοίκησης ασκεί επί του εν λόγω προσώπου έλεγχο ανάλογο προς εκείνον που ασκεί επί των δικών του υπηρεσιών και εάν το πρόσωπο αυτό πραγματοποιεί το ουσιώδες της δραστηριότητάς του με τον ή τους οργανισμούς που το ελέγχουν»²¹.

54. Τα κατ' αυτόν τον τρόπο συναγόμενα θεμελιώδη κριτήρια στηρίζονται στη σκέψη μιας πραγματικής αυτοτέλειας του φορέα με τον οποίο η αναθέτουσα αρχή συνάπτει τη σύμβαση δημοσίου έργου. Από την προπαρατεθείσα απόφαση Teckal προκύπτει ότι ο εν λόγω φορέας πρέπει να είναι τυπικώς διακεκριμένος από αυτήν και αυτόνομος σε σχέση με αυτήν όσον αφορά τη λήψη αποφάσεων, προκειμένου η οδηγία να μπορεί να έχει εφαρμογή²².

18 — Οδηγία 93/36/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων προμηθειών (ΕΕ L 199, σ. 1).

19 — Βλ., επίσης, τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Alber στην υπόθεση RLSAN (απόφαση της 9ης Σεπτεμβρίου 1999, C-108/98, Συλλογή 1999, σ. I-5219, σκέψεις 46 επ.).

20 — Προπαρατεθείσα απόφαση Teckal, σκέψη 50.

21 — Ibidem, η υπογράμμιση δική μου.

22 — Ibidem, σκέψη 51.

55. Μπορεί να είναι λυπηρό ότι τα κριτήρια αυτά στερούνται ακριβείας. Η ύπαρξη διακεκριμένου φορέα είναι εύκολα νοητή και εξακριβώσιμη, διότι αρκεί να διαπιστωθεί ότι ο επιχειρηματίας έχει συσταθεί υπό διαφορετική νομική μορφή από αυτήν της αναθέτουσας αρχής. Αντιθέτως, η εξακριβώση του βαθμού αυτοτέλειας που διαθέτει ο φορέας δεν είναι απλή υπόθεση. Η φύση του ελέγχου που ασκεί ένας οργανισμός τοπικής αυτοδιοίκησης σε έναν νομικώς διακεκριμένο οργανισμό ή το σημείο από του οποίου μπορεί βασιμώς να θεωρηθεί ότι ο οργανισμός αυτός πραγματοποιεί το ουσιαστικό της δραστηριότητάς του με τη δημόσια αρχή από την οποία εξαρτάται, ειδικότερα, μπορούν να προκαλέσουν σοβαρούς δισταγμούς.

56. Πρέπει εντούτοις να έχουμε προ οφθαλμών ότι πολλές παράμετροι επιτρέπουν να καθορισθεί ο πρᾶγμα αυτοτελής χαρακτήρας ενός φορέα. Όμως, στο μέτρο κατά το οποίο μόνον το εθνικό δικαστήριο διαθέτει όλα τα πραγματικά και νομικά στοιχεία που είναι χρήσιμα για τη λύση της διαφοράς της οποίας έχει επιληφθεί και ότι σ' αυτό εναπόκειται να εφαρμόσει το κοινοτικό δίκαιο στη διαφορά αυτή, το δικαστήριο αυτό είναι το πλέον κατάλληλο για να αποφανθεί με κάθε επιθυμητή ακρίβεια επί της ελευθερίας δράσεως που διαθέτει ένας τέτοιος επιχειρηματίας σε σχέση με την αναθέτουσα αρχή.

57. Εν πάση περιπτώσει, οι στενές σχέσεις που συνδέουν το κέντρο Seibersdorf και το ίδρυμα Arsenal με τις αυστριακές δημόσιες αρχές πρέπει να αναλυθούν υπό το φως αυτών των αρχών. Κατ' αυτόν τον τρόπο, θα είναι δυνατόν να εξακριβωθεί εάν οι σχέσεις αυτές αντικατοπτρίζουν μία κατάσταση εξαρτήσεως που δικαιολογεί να ανατεθούν σε αυτά οι παροχές υπηρεσιών δειγματοληψίας και αναλύσεως της ποιότητας του

νερού, χωρίς να είναι αναγκαίο να τηρηθούν οι επιταγές της οδηγίας.

1. Επί του ελέγχου της αναθέτουσας αρχής

58. Όπως είπα, προκειμένου μια σύμβαση να διαφεύγει την εφαρμογή του συστήματος της οδηγίας, πρέπει να αποδεικνύεται ότι ο οργανισμός τοπικής αυτοδιοίκησης ασκεί επί του εν λόγω προσώπου έλεγχο ανάλογο προς εκείνον που ασκεί επί των δικών του υπηρεσιών²³.

59. Οσάκις η αναθέτουσα αρχή απολαύει, έναντι ενός επιχειρηματία, εξουσίας ελέγχου αναλόγου προς αυτόν που ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών, τα έργα που είναι δυνατόν να του ανατεθούν δεν θα τύχουν διαφορετικής μεταχειρίσεως απ' ό,τι εάν είχαν απλώς ανατεθεί κατ' εξουσιοδότηση σε φορέα εντός του οργανωτικού της πλαισίου. Η ικανότητα του οργανισμού τοπικής αυτοδιοίκησης να επηρεάζει τη λειτουργία του παρέχοντος υπηρεσίες και η εντεύθεν απορρέουσα έλλειψη αυτοτέλειας γι' αυτόν συνιστούν άρνηση οποιουδήποτε ουσιαστικού χαρακτήρα της συμβάσεως που συνάπτεται μεταξύ του οργανισμού τοπικής αυτοδιοίκησης και του παρέχοντος υπηρεσίες.

60. Κατά το Bundesvergabeamt, οι εν λόγω οργανισμοί έρευνας κατέχονται κατά πλειοψηφία από το αυστριακό Δημόσιο ή από ένα ομόσπονδο κράτος. Τα διευθυντικά τους όργανα ορίζονται από το δημόσιο νομικό πρόσωπο στο οποίο ανήκουν ή υπόκεινται

²³ — Ibidem, σκέψη 50.

στον έλεγχο ενός από αυτά τα πρόσωπα ²⁴. Η ARGE, αντιθέτως, δεν μνημόνευσε την ιδιοκτησία ενός ομοσπόνδου κράτους. Είπε ότι το κέντρο Seibersdorf κατέχεται από τη Δημοκρατία της Αυστρίας μέχρι ποσοστού 50,5 % των εταιρικών μεριδίων, ενώ τα 49,5 % που απομένουν ανήκουν σε ιδιωτικές επιχειρήσεις. Ως προς το ίδρυμα Arsenal, η Δημοκρατία της Αυστρίας έχει κυριότητα κατά 100 % ²⁵.

Εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να εξετάσει επακριβώς τα αποδεικτικά στοιχεία που διαθέτει. Καθόσον με αφορά, εξετάζω το ζήτημα υπό το πρίσμα της κοινής υποθετικής περιπτώσεως, κατά την οποία το Δημόσιο είναι, τουλάχιστον, κατά πλειοψηφία κύριος, λαμβάνοντας πάντως υπόψη τα συμπληρωματικά στοιχεία που προσκόμισε η ARGE.

61. Όσον αφορά το ίδρυμα Arsenal, υιοθετώ, προκειμένου να την εφαρμόσω στην παρούσα περίπτωση, την ανάλυση του γενικού εισαγγελέα Alber στις προτάσεις του επί της υποθέσεως RLSAN, προπαρατεθείσας, κατά την οποία «η κατά 100 % συμμετοχή το ιταλικού δημοσίου στην εν λόγω εταιρία επιτρέπει να συναχθεί το συμπέρασμα ότι, ακόμη και εάν δεν είναι γνωστές όλες οι λεπτομέρειες που αφορούν την εσωτερική οργάνωση [της], η επίδικη εταιρία είναι από την άποψη αυτή τμήμα του ιταλικού δημοσίου» ²⁶.

62. Η κατάσταση του κέντρου Seibersdorf είναι λιγότερο σαφής. Σημασία έχει να εκτιμηθεί ο βαθμός αυτοτέλειας που ο οργανισμός αυτός μπορεί να διατηρεί έναντι του Δημοσίου, παρά τη συμμετοχή που εξακολουθεί να έχει το Δημόσιο κατά πλειοψηφία.

63. Για να γίνει αυτό, το αιτούν δικαστήριο θα πρέπει να εκτιμήσει την ορθότητα της δηλώσεως της ARGE ότι, παρά την κατά πλειοψηφία συμμετοχή της δημοσίας αρχής, η δράση αυτού του επιχειρηματία καθορίζεται από τους ιδιώτες ιδιοκτήτες του ²⁷. Εναπόκειται πράγματι σε αυτό να επαληθεύσει τον αριθμό και τη φύση των θέσεων που κατέχονται από εκπροσώπους ιδιωτών επιχειρηματιών εντός των οργάνων λήψεως αποφάσεων αυτού του οργανισμού και να κρίνει μέχρι ποίου σημείου οι κατ' αυτόν τον τρόπο κατανεμημένες εξουσίες έχουν, κατά το εφαρμοστέο εθνικό δίκαιο, επίπτωση στους οικονομικούς προσανατολισμούς που αποφασίζει το κέντρο.

64. Η προσέγγιση αυτή πάντως είναι αναγκαία μόνον αν, κατ' εφαρμογή του εθνικού του δικαίου, το αιτούν δικαστήριο θεωρεί ότι το γεγονός ότι οι οργανισμοί αυτοί «[...] ανήκουν πλήρως ή τουλάχιστον κατά το μεγαλύτερο ποσοστό στο Δημόσιο» ²⁸, κατά τη δική του διατύπωση, δεν αρκεί για να διασφαλισθεί ο ουσιαστικός χαρακτήρας του ελέγχου που ασκεί το Δημόσιο επί των φορέων που ανήκουν σε αυτό.

24 — Σελίδα 13 της ελληνικής μεταφράσεως της αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως.

25 — Σελίδα 9 της γαλλικής μεταφράσεως των γραπτών της παρατηρήσεων.

26 — Σημείο 53.

27 — Η ARGE εκθέτει πράγματι ότι «κατέχοντας σημαντικό αριθμό θέσεων εντός του δικαστικού συμβουλίου ή της συμβουλευτικής επιτροπής, αυτοί που εν πάση περιπτώσει κυριαρχούν είναι οι συμμετέχουσες ιδιωτικές επιχειρήσεις» (α. 9 της γαλλικής μεταφράσεως των γραπτών της παρατηρήσεων).

28 — Τέταρτο προδικαστικό ερώτημα.

65. Εν πάση περιπτώσει, η απόδειξη της καταγωγής των φορέων από το Δημόσιο δεν αρκεί. Πράγματι, έχει καθοριστική σημασία, προκειμένου να δοθεί επωφελής απάντηση στο Bundesvergabeamt, να καταστεί βέβαιον ότι η δημόσια αρχή, η οποία ασκεί τον έλεγχο της επί των οργανισμών έρευνας στην υπόθεση της κύριας δίκης, και η αναθέτουσα αρχή είναι ένα και το αυτό πρόσωπο.

66. Η επιφύλαξη που διατυπώθηκε με την προπαρατεθείσα απόφαση Teckal στηρίζεται στην αρχή ότι η έλλειψη αυτοτέλειας ενός οικονομικού φορέα σε σχέση με τον οργανισμό τοπικής αυτοδιοίκησης στον οποίο ανήκει κατά κυριότητα καθιστά αδύνατη ή απατηλή την ύπαρξη συμβάσεως μεταξύ των δύο αυτών προσώπων, παρά ταύτα όμως νομικώς διακεκριμένων. Το ενδεχόμενο μιας έννομης σχέσεως που διαφεύγει το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας προϋποθέτει επομένως ότι η αναθέτουσα αρχή που ζητεί από τον επιχειρηματία την πραγματοποίηση διαφόρων υπηρεσιών είναι ακριβώς ο οργανισμός που ασκεί επ' αυτού στενό έλεγχο και όχι μια άλλη αρχή.

67. Αντιθέτως, μια συμβατική σχέση μεταξύ μας δημόσιας αρχής και του παρέχοντος υπηρεσίες χωρίς δεσμό εξαρτήσεώς του, έστω και εάν αποτελεί ιδιοκτησία άλλου οργανισμού τοπικής αυτοδιοίκησης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας.

68. Ενόψει των στοιχείων της δικογραφίας, προκύπτει ότι την κατά πλειοψηφία κυριότητα των δύο οργανισμών έρευνας έχει η Δημοκρατία της Αυστρίας, ενώ η αναθέτουσα αρχή σύγκειται από ομόσπονδα κράτη

και από μια εξειδικευμένη τοπική διοίκηση (τη Landeswasserbauamt του ομόσπονδου κράτους Vorarlberg).

Υπό τις συνθήκες αυτές, εναπόκειται στο Bundesvergabeamt να κρίνει εάν, μολονότι αυτοί οι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης είναι διακεκριμένοι, το κέντρο Seibersdorf και το ίδρυμα Arsenal δεν μπορούν παρά ταύτα να υποβάλλονται, εκ μέρους των οργανισμών που συνθέτουν την αναθέτουσα αρχή, δυνάμει του εθνικού δικαίου, σε ανάλογο έλεγχο προς αυτόν που ασκούν οι εν λόγω οργανισμοί επί των δικών τους υπηρεσιών.

69. Η οδηγία έχει εφαρμογή αν το αιτούν δικαστήριο αχθεί βάσει των διαπιστώσεών του να κρίνει ότι από τις σχέσεις μεταξύ των οργανισμών έρευνας και της αναθέτουσας αρχής δεν καθίσταται φανερό η άσκηση οποιασδήποτε εξουσίας ελέγχου της αρχής αυτής, κατά την έννοια της προπαρατεθείσας αποφάσεως Teckal.

70. Αν προκύψει ότι η αναθέτουσα αρχή ασκεί ουσιαστικό έλεγχο, πρέπει να γίνουν άλλες διαπιστώσεις. Διότι ο χαρακτηρισμός της παροχής υπηρεσιών «in house», που μπορεί να προσδοθεί στη δραστηριότητα των εν λόγω φορέων, δεν εξαρτάται αποκλειστικά από αυτό το στοιχείο. Η αναγνώριση και μόνο διαρθρωτικής εξαρτήσεως έναντι του οργανισμού τοπικής αυτοδιοίκησης που επιχειρεί να συνάψει μια σύμβαση δημοσίου έργου δεν αρκεί για να καταστούν οι υπηρεσίες που παρέχουν οι φορείς υπηρεσίες παρόμοιες προς αυτές που θα διέθεταν οι εν λόγω αρχές καταφεύγοντας στις δικές τους εσωτερικές δυνατότητες.

71. Γι' αυτόν ακριβώς τον λόγο πρέπει επίσης να ληφθεί υπόψη ο αποδέκτης της οικονομικής δραστηριότητας που ασκούν οι φορείς αυτοί, σύμφωνα με την προπαρατεθείσα απόφαση Teckal.

2. Επί του αποδέκτη της δραστηριότητας του παρέχοντος υπηρεσίες

72. Από την προπαρατεθείσα απόφαση Teckal προκύπτει ότι μια σύμβαση δεν μπορεί να θεωρείται ότι έχει συναφθεί μεταξύ χωριστών προσώπων, όταν ο επιχειρηματίας πραγματοποιεί το ουσιαστικό της δραστηριότητάς του με τον ή τους οργανισμούς στους οποίους ανήκει²⁹.

73. Όπως είπα, η αρχή που εξαγγέλλεται με την απόφαση αυτή στηρίζεται στο κριτήριο της αυτοτέλειας του επιχειρηματία. Ένας φορέας δεν στερείται κατ' ανάγκη ελευθερίας δράσεως από το γεγονός και μόνον ότι οι αποφάσεις που τον αφορούν λαμβάνονται από τον οργανισμό τοπικής αυτοδιοικήσεως στον οποίο ανήκει, εφόσον μπορεί ακόμα να ασκεί σημαντικό μέρος της οικονομικής του δραστηριότητας σε άλλους επιχειρηματίες.

74. Αντιθέτως, πρέπει να θεωρηθεί ότι συνδέεται πλήρως με την αρχή που τον επιτηρεί, όταν η οργανική σχέση που τον ενώνει με αυτή συνοδεύεται επιπλέον με οιονεί αποκλειστικότητα, υπέρ της αρχής αυτής, των υπηρεσιών που παρέχει. Η κατάσταση αυτή μαρτυρεί βούληση του οργανισμού τοπικής

αυτοδιοικήσεως όχι μόνο να χρησιμοποιεί τις υπηρεσίες για δημόσιους σκοπούς, αλλά και για να τις προορίζει κυρίως προς δικό της όφελος.

75. Μόνο στην περίπτωση αυτή μπορεί να υποστηριχθεί η αντίληψη μιας διοικητικής προεκτάσεως του οργανισμού τοπικής αυτοδιοικήσεως, που τον απαλλάσσει από την τήρηση των κανόνων ανταγωνισμού που θέτει η οδηγία, καθόσον επιλέγει να πραγματοποιήσει ο ίδιος τις οικονομικές πράξεις των οποίων έχει ανάγκη.

76. Όταν ένας οργανισμός δρα κυρίως στο πλαίσιο της δημοσίας αρχής που τον ελέγχει, η σχέση ιδιοκτησίας που συνδέει τους δύο φορείς καθιστά σύννομες τις υπηρεσίες που παρέχει ο ένας στην άλλη, όπως στην περίπτωση μιας εσωτερικής υπηρεσίας που ενεργεί για τον φορέα της. Ως εκ τούτου, φαίνεται δικαιολογημένο το ότι διαφεύγει τις δεσμεύσεις της οδηγίας, δεδομένου ότι αυτές υπαγορεύονται από τη μέριμνα διατηρήσεως ενός ανταγωνισμού ο οποίος δεν χρειάζεται πλέον, στην περίπτωση αυτή, να υφίσταται.

77. Αντιθέτως, είναι λιγότερο κατανοητό ο οργανισμός αυτός, εφοδιασμένος με δημόσια ενίσχυση, να προτείνει υπηρεσίες σε άλλους επιχειρηματίες ή οργανισμούς τοπικής αυτοδιοικήσεως χωρίς να υπόκειται στους κανόνες του δικαίου που διέπει τις συμβάσεις δημοσίων έργων, ενώ δρα υπό παρόμοιες συνθήκες προς αυτές του παραδοσιακού επιχειρηματία. Η καταγωγή του από τον δημόσιο τομέα και ο δημόσιος χαρακτήρας του δεν αρκούν για να τον διαχωρίσουν από τους άλλους παρέχοντες υπηρεσίες, εφόσον προτείνει το ίδιο είδος υπηρεσιών υπό παρόμοια οικονομική προοπτική.

29 — Σκέψη 50.

78. Η διαφοροποίηση των δραστηριοτήτων ενός τέτοιου επιχειρηματία αποτελεί μαρτυρία του ξεχωριστού χαρακτήρα της καταστάσεώς του σε σχέση με τις εσωτερικές υπηρεσίες του οργανισμού τοπικής αυτοδιοικήσεως με τον οποίο συνδέεται, καταστάσεως που δεν συνοψίζεται σε μια απλή οργανική ιδιομορφία.

79. Επομένως, οι λόγοι προστασίας του ανταγωνισμού, που δικαιολογούν τους κοινοτικούς κανόνες συνάψεως συμβάσεων δημοσίων έργων, ισχύουν ακριβώς τόσο έναντι αυτού όσο και έναντι των λοιπών παρεχόντων υπηρεσίες.

80. Ομοίως, ο παρέχων υπηρεσίες που σχεδιάζει να συμβληθεί με διαφορετικό οργανισμό τοπικής αυτοδιοικήσεως από τον δικό του δεν διαφέρει από έναν άλλον επιχειρηματία, τόσο από την άποψη των αντισυμβαλλομένων του όσο και του οργανισμού τοπικής αυτοδιοικήσεως στον οποίο ανάγεται η σύμβαση του δημοσίου έργου. Δεδομένου ότι ο οργανισμός αυτός δεν σημαίνει, καθ' υπόθεση, διαμελισμό της αναθέτουσας αρχής, οι υπηρεσίες που προτείνει είναι, έναντι αυτής, υπηρεσίες τρίτου.

81. Όπως είναι φανερό, αν ο έλεγχος του παρέχοντος υπηρεσίες από τη δημόσια αρχή που σχεδιάζει να συνάψει σύμβαση δημοσίου έργου αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση προκειμένου αυτός να θεωρηθεί ως παρέχων υπηρεσίες «in house», η προϋπόθεση αυτή πόρρω απέχει από το να είναι επαρκής. Η δραστηριότητα του παρέχοντος υπηρεσίες πρέπει κατά το μεγαλύτερο μέρος να αφιερώνεται στον οργανισμό τοπικής αυτοδιοι-

κήσεως με τον οποίο συνδέεται. Κατά συνέπεια, αν ασκεί εμπορικές δραστηριότητες, η οδηγία έχει εκ νέου εφαρμογή, εκτός αν αυτές κατέχουν ασήμαντη θέση στην όλη δραστηριότητά του.

82. Εν προκειμένω, κατά την ARGE, το κέντρο Seibersdoef όπως ακριβώς και το ίδρυμα Arsenal ασκούν σημαντικό αριθμό εμπορικών δραστηριοτήτων³⁰.

83. Για να κρίνει τη δυνατότητα εφαρμογής της οδηγίας το αιτούν δικαστήριο, θα πρέπει να επαληθεύσει το σημείο αυτό, μολονότι θεωρεί δεδομένο το ότι η δραστηριότητα των επίδικων οργανισμών πραγματοποιείται αποκλειστικά ή, τουλάχιστον, κυρίως σε οργανισμούς τοπικής αυτοδιοικήσεως, όπως αφήνει να εννοηθεί η διατύπωση του τετάρτου ερωτήματος. Θα πρέπει ιδίως να εξασκισθεί αν οι εν λόγω οργανισμοί πραγματοποιούν το μεγαλύτερο μέρος της δραστηριότητάς τους με την αναθέτουσα αρχή, στον έλεγχο της οποίας, όπως υποθέτω³¹, υπόκεινται.

84. Στην περίπτωση κατά την οποία η οδηγία κριθεί εφαρμοστέα στη διαφορά της κύριας δίκης, θα πρέπει εντούτοις να επαληθευθεί αν, δυνάμει του άρθρου 6 αυτής, η εν λόγω σύμβαση δεν περιλαμβάνεται σ' αυτές που μπορούν να παρεκκλίνουν από αυτή τη διάταξη.

30 — Σελίδες 9 και 10 της γαλλικής μεταφράσεως των γραπτών τους παρατηρήσεων.

31 — Βλ. σημείο 70 αυτών των προτάσεων.

3. Επί της εφαρμογής του άρθρου 6 της οδηγίας

85. Υπενθυμίζω ότι το άρθρο 6 εξαιρεί από το πεδίο της εφαρμογής τη σύναψη συμβάσεων με φορέα που αποτελεί ο ίδιος αναθέτουσα αρχή δυνάμει αποκλειστικού δικαιώματος που του παρέχεται βάσει νομοτύπως δημοσιευμένης εθνικής ρυθμίσεως, εφόσον η ρύθμιση αυτή είναι σύμφωνη προς τη Συνθήκη.

86. Η διάταξη αυτή αποτελεί απόηχο της αιτιολογικής σκέψεως 23 της οδηγίας, κατά την οποία «[...] οι συμβάσεις οι οποίες μπορούν να παρασχεθούν από ένα και μοναδικό καθορισμένο φορέα είναι δυνατόν υπό ορισμένους όρους να εξαιρούνται, εν όλω ή εν μέρει, από την παρούσα οδηγία».

87. Κάνοντας επιφύλαξη ως προς αυτό το είδος συμβάσεων, η οδηγία λαμβάνει υπόψη τις υπηρεσίες που μπορούν να παρέχονται στις δημόσιες αρχές, εντός ορισμένων κρατών μελών, μόνον από ορισμένους συγκεκριμένους δημοσίους οργανισμούς, με εξαίρεση κάθε άλλον παρέχοντα υπηρεσίες. Ο αποκλεισμός των άλλων φορέων πραγματοποιείται ανεξαρτήτως της ιθαγένειάς τους³².

88. Επομένως, η εφαρμογή της οδηγίας εξαρτάται, πρώτον, από το είδος των παρεχόμενων υπηρεσιών. Εν προκειμένω, μπορεί από τώρα ήδη να λεχθεί ότι οι επιδοτούμενοι οργανισμοί πληρούν τα τρία κριτήρια που θέτει η οδηγία για τον ορισμό των «οργανισμών δημοσίου δικαίου», έκφραση που χρησιμοποιείται για τον προσδιορισμό των διαφορετικών από το Δημόσιο αναθετουσών αρχών, των οργανισμών τοπικής αυτοδιοικήσεως και των ενώσεων που αποτελούνται από έναν ή περισσότερους από αυτούς τους οργανισμούς³³.

89. Δεν αμφισβητείται ότι οι οργανισμοί αυτοί έχουν ιδρυθεί για να καλύψουν ανάγκες γενικού συμφέροντος που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα, έχουν νομική προσωπικότητα και διευθύνονται, ελέγχονται ή χρηματοδοτούνται κατά πλειονότητα από άλλη αναθέτουσα αρχή³⁴.

33 — Κατά το άρθρο 1, στοιχείο β', της οδηγίας, «αναθέτουσες αρχές: θεωρούνται το κράτος, οι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοικήσεως, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου, οι ενώσεις που αποτελούνται από έναν ή περισσότερους από τους παραπάνω οργανισμούς τοπικής αυτοδιοικήσεως ή δημοσίου δικαίου».

Ως οργανισμός δημοσίου δικαίου νοείται κάθε οργανισμός:

- που δημιουργείται για την ικανοποίηση συγκεκριμένων αναγκών γενικού συμφέροντος που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα και
- έχει νομική προσωπικότητα και
- χρηματοδοτείται κατά το μεγαλύτερο μέρος από το κράτος ή από τις αρχές τοπικής αυτοδιοικήσεως ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου ή η διαχείριση του υπόκειται σε έλεγχο ασκούμενο από τους οργανισμούς αυτούς, ή όταν περισσότερο από το ήμισυ των μελών του διοικητικού, του διευθυντικού ή του εποπτικού συμβουλίου του διορίζεται από το κράτος, της περιφερειακής ή τις τοπικές αρχές ή από άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου.»

Στην απόφαση της 15ης Ιανουαρίου 1998, C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria κ.λπ. (Σύλλογη 1998, σ. I-73, σκέψη 21), το Δικαστήριο ερμήνευσε τις προϋποθέσεις αυτές, όπως προβλέπονται ομοίως στο άρθρο 1, στοιχείο β', δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί σύστασης των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων (ΕΕ L 199, σ. 54), αποφανόμενο ότι έχουν σωρευτικό χαρακτήρα. Η λύση αυτή μπορεί να εφαρμοστεί αναπόσπαστα στο παρόν άρθρο, καθ' όλη πανομοιότυπο με τη διάταξη αυτή.

34 — Σελίδα 11 της ελληνικής μεταφράσεως της αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως.

32 — Βλ. Flamme P., Flamme M.-A., «Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, αριθ. 365, Φεβρουάριος 1993 (σ. 150 επ., παράγραφος 9, σημείο 10).

90. Επομένως, δεδομένου ότι είναι οι ίδιοι αναθέτουσες αρχές, απομένει να αποδειχθεί ότι και οι δύο απολαύουν αποκλειστικού δικαιώματος, κατά την έννοια του άρθρου 6 της οδηγίας, βάσει δημοσιευμένων νομοθετικών, κανονιστικών ή διοικητικών διατάξεων.

91. Κανένα από τα στοιχεία που αναφέρονται από το αιτούν δικαστήριο ή από τους παρεμβαίνοντες δεν επιτρέπει να υποτεθεί ότι ο ένας από τους δύο οργανισμούς έρευνας είχε, κατά το χρονικό σημείο της προσκλήσεως υποβολής προσφορών, δικαίωμα που του επιφύλασσε την αποκλειστικότητα της παροχής υπηρεσιών του είδους των υπηρεσιών που αποτελούσαν το αντικείμενο αυτής της διαδικασίας. Το άρθρο 6 και η λογική αποκλειστικότητας στην οποία στηρίζεται ούτε καν αναφέρονται στην αίτηση για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως, πράγμα που επιβεβαιώνει τη σκέψη ότι οι δύο υποβαλόντες προσφορές για τους οποίους προβάλλει αντιρρήσεις η ARGE δεν διαθέτουν κανένα αποκλειστικό δικαίωμα.

92. Εξάλλου, αν αυτό συνέβαινε, δεν γίνεται αντιληπτό για ποιο λόγο προκηρύχθηκε διαγωνισμός βάσει της οδηγίας, το άρθρο 6 της οποίας προβλέπει ακριβώς ότι μια τέτοια σύμβαση μπορεί να μην επιπίπτει στις διατάξεις της.

93. Επομένως, καταλήγω ότι η οδηγία είναι εφαρμοστέα όταν η αναθέτουσα αρχή σχεδιάζει να συνάψει σύμβαση με διακεκριμένο τυπικώς από αυτή φορέα και ότι ο φορέας αυτός ανήκει κυρίως σε οργανισμούς τοπικής

αυτοδιοικήσεως διαφορετικούς από αυτούς που απαρτίζουν την αναθέτουσα αρχή.

Αν ο φορέας, καίτοι διακρινόμενος τυπικώς από την αναθέτουσα αρχή, ανήκει κυρίως σ' αυτήν, η οδηγία είναι εφαρμοστέα όταν ο εν λόγω φορέας πραγματοποιεί το ουσιαδές της δραστηριότητάς του με επιχειρηματίες ή άλλους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοικήσεως διαφορετικούς από αυτούς που απαρτίζουν την αναθέτουσα αυτή αρχή.

Τόσο στη μία όσο και στην άλλη περίπτωση, η οδηγία δεν είναι εφαρμοστέα όταν η σύμβαση επιπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 6 της οδηγίας.

VII — Επί της υπάρξεως δυσμενούς διακρίσεως κατά τη διάρκεια της διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως δημοσίων έργων (πρώτο ερώτημα)

94. Με το πρώτο προδικαστικό ερώτημα, το Bundesvergabeamt ερωτά αν το άρθρο 3, παράγραφος 2, της οδηγίας έχει την έννοια ότι απαγορεύει την απόφαση με την οποία η αναθέτουσα αρχή επιτρέπει τη συμμετοχή σε διαδικασία συνάψεως συμβάσεως δημοσίου έργου φορέων που λαμβάνουν επιδοτήσεις από αναθέτουσες αρχές οι οποίες τους δίνουν τη δυνατότητα να υποβάλλουν προσφορές σε αισθητώς κατώτερες τιμές από τις

τιμές που προτείνουν οι άλλοι υποβάλλοντες προσφορές.

96. Επομένως, η παράβαση της οδηγίας δεν συνδέεται κατ' ανάγκη με διάσπαση της ισότητας μεταξύ προσφερόντων από διαφορετικά κράτη μέλη.

95. Η αρχή της ίσης μεταχείρισης των υποβαλλόντων προσφορές που εξαγγέλεται στη διάταξη αυτή δεν σκοπεί απλώς στην απαγόρευση των διακρίσεων που θα μπορούσαν να γίνουν έναντι επιχειρηματιών που είναι υπήκοοι άλλων κρατών μελών. Όπως και άλλες διατάξεις της ίδιας οδηγίας ή άλλων οδηγιών που αφορούν άλλους τύπους συμβάσεων δημοσίων έργων³⁵, δεν περιέχει καμία προϋπόθεση ιθαγενείας.

97. Η ίδια φιλοσοφία εμπνέει εξάλλου τη σχετική εθνική νομοθεσία. Το άρθρο 16, παράγραφος 1, του Bundesvergabegesetz ορίζει συγκεκριμένα ότι «οι συμβάσεις παροχής υπηρεσιών συνάπτονται κατά τη διαδικασία που προβλέπει ο παρών ομοσπονδιακός νόμος, τηρουμένων των αρχών του ελεύθερου και θεμιτού ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης όλων των διαγωνιζομένων, με επιχειρήσεις εγκεκριμένες — το αργότερο κατά τον χρόνο ανοίγματος των προσφορών — και ικανές προς εκτέλεση του έργου και φέρεγγυες, σε πρόσφορες τιμές».

35 — Το άρθρο 3, παράγραφος 1, της οδηγίας, παραδείγματος χάριν, προβλέπει ότι, προκειμένου να συνάψουν τις δημόσιες συμβάσεις τους υπηρεσίες ή να διοργανώσουν διαγωνισμό, οι αναθέτουσες αρχές εφαρμόζουν διαδικασίες προσαρμοσμένες στις διατάξεις της οδηγίας αυτής. Το Δικαστήριο τόνισε σαφώς ως προς μια παρόμοια διάταξη — το άρθρο 4, παράγραφος 1, της οδηγίας 90/531/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 17ης Σεπτεμβρίου 1990, σχετικά με τις διαδικασίες συνάψεως συμβάσεων στους τομείς του ύδατος και της ενέργειας των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (ΕΕ L 297, σ. 1), που επιβάλλει την εφαρμογή της οδηγίας 90/351 όταν οι αναθέτουσες αρχές συνάπτουν τις συμβάσεις τους προμηθειών, έχει πανομοιότυπη διατύπωση — ότι δεν υφίσταται καμία προϋπόθεση σχετική με την ιθαγένεια ή τον τόπο εγκαταστάσεως των προσφερόντων (απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 32). Εξάλλου, από την αιτιολογική σκέψη 27 της οδηγίας προκύπτει ότι η εξάλειψη των πρακτικών που περιορίζουν τον ανταγωνισμό δεν περιορίζεται μόνο στις πρακτικές που δυσχεραίνουν την συμμετοχή των υπηκόων άλλων κρατών μελών στη σύνταξη συμβάσεων. Ομοίως, το Δικαστήριο τόνισε, με την απόφαση του της 22ας Ιουνίου 1993, C-243/89, Επιτροπή κατά Δανίας (Συλλογή 1993, σ. I-3353, σκέψη 33), ως προς την οδηγία 71/305/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 26ης Ιουλίου 1971, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύνταξη συμβάσεων δημοσίων έργων (ΕΕ ειδ. εκδ. 17/001, σ. 7), ότι, καίτοι η οδηγία δεν μνημονεύει ρητώς την αρχή της ίσης μεταχείρισης των προσφερόντων, το καθήκον τηρήσεως της αρχής αυτής ανταποκρίνεται στην ίδια την ουσία της οδηγίας αυτής, σύμφωνα με μια από τις αιτιολογικές της σκέψεις που αφορά την ανάπτυξη πραγματικού ανταγωνισμού στον τομέα των συμβάσεων δημοσίων έργων και με τα κριτήρια επιλογής και αναθέσεως των έργων με τα οποία οριοθετείται η εξασφάλιση ενός τέτοιου ανταγωνισμού. Όμως, το Δικαστήριο έφραξε να αποφανθεί επί μιας αιτιάσεως που αντλούσαν από την παράβαση της οδηγίας 71/305, ανεξαρτήτως της ιθαγένειας του υποβαλλόντος προσφορά στον οποίο ανατέθηκε το έργο. Ο σκοπός προαπίσεως του ανταγωνισμού που επιδιώκεται με τις οδηγίες για συμβάσεις δημοσίων έργων πρέπει να επιτυγχάνεται μέσω εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχείρισης που να μην εφαρμόζεται συστηματικά μόνο στις διακρίσεις λόγω της ιθαγενείας. Υφίσταται, κατ' εμέ, αυτοτέλεια της αρχής του ελεύθερου ανταγωνισμού σε σχέση προς αυτήν της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών, στην οποία στηρίζεται η οδηγία, έστω και αν οι σχέσεις μεταξύ των δύο αρχών είναι στενές, δεδομένου ότι η πρώτη συντελεί στην αποτελεσματικότητά της δεύτερης.

98. Το γεγονός ότι οι επιχειρηματίες που απολαμβάνουν επιδοτήσεων είναι όλοι, εν προκειμένω, αυστριακοί φορείς δεν ασκεί επομένως επιρροή για την απάντηση που πρέπει να δοθεί στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα.

99. Πρέπει, κατ' αρχάς, να κριθεί αν η ίδια η αρχή της καταβολής επιδοτήσεων υπέρ επιχειρηματιών τους απαγορεύει να συμμετάσχουν σε διαδικασίες συνάψεως συμβάσεων δημοσίων έργων, πριν εξεταστεί το ζήτημα, σε αποφαστική περίπτωση, αν η απάντηση αυτή ισχύει και όταν οι εν λόγω επιδοτήσεις είναι παράνομες.

100. Το Bundesvergabeamt εκθέτει ότι οι επιδοτήσεις που καταβάλλονται στους προσφέροντες συνιστούν ενισχύσεις κατά την έννοια του άρθρου 92 της Συνθήκης ΕΚ (νυν, κατόπιν τροποποιήσεως, άρθρου 87 ΕΚ) ή «ιδιαιτέρως πλεονεκτήματα από άποψη κόστους»³⁶. Διευκρινίζει ότι «το πλεονέκτημα από άποψη ανταγωνισμού, το οποίο λαμβάνει τη μορφή των χαμηλότερων εξόδων [...]» του οποίου απολαύουν «[...]» απορρέει από επιδοτήσεις που προσομοιάζουν προς ενισχύσεις και ενδέχεται να συνίστανται είτε στην άμεση καταβολή χρήματος είτε ακόμη στη χρησιμοποίηση προσωπικού ή συγκεκριμένων χώρων ή τεχνικού εξοπλισμού είτε σε αμφότερα τα ανωτέρω». Το αιτούν δικαστήριο προσθέτει ότι η επιδότηση παρέχεται από τον φορέα τοπικής αυτοδιοίκησης στον οποίο ανήκει ο εν λόγω οργανισμός, είτε από το Δημόσιο είτε από ένα ομόσπονδο κράτος³⁷.

101. Υπενθυμίζω ότι «η έννοια της ενισχύσεως καλύπτει όχι μόνον τις θετικές παροχές, όπως είναι οι επιδοτήσεις, αλλά και τις παρεμβάσεις εκείνες οι οποίες, ανεξαρτήτως μορφής, ελαφρύνουν τις επιβαρύνσεις που κανονικώς βαρύνουν τον προϋπολογισμό μιας επιχειρήσεως και οι οποίες, επομένως, χωρίς να είναι επιδοτήσεις υπό τη στενή έννοια του όρου είναι της ίδιας φύσεως ή έχουν ίδια αποτελέσματα»³⁸. Κατά το μέτρο που η διάθεση προσώπων ή αγαθών εκ μέρους των αυστριακών οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης πραγματοποιείται χωρίς αντιπαροχή ή υπό προνομιακούς όρους³⁹, πρέπει να θεωρηθεί ότι τα κατ' αυτόν τον τρόπο παρεχόμενα πλεονεκτήματα συνιστούν κρατική ενίσχυση κατά την έννοια του άρθρου 92 της Συνθήκης.

102. Πάντως, όπως είναι γνωστό, η καταρχήν απαγόρευση κρατικών ενισχύσεων δεν είναι ούτε απόλυτη ούτε ανεπιφύλακτη, δεδομένου ότι όχι μόνον ορισμένες ενισχύσεις συνάδουν αυτοδικαίως προς την κοινή αγορά σύμφωνα με το άρθρο 92, παράγραφος 2, αλλά και το άρθρο 92, παράγραφος 3, απονέμει στην Επιτροπή ευρεία διακριτική ευχέρεια στο να επιτρέπει τη χορήγηση ενισχύσεως κατ' εξαίρεση της απαγορεύσεως της παραγράφου 1⁴⁰.

103. Το ότι το κοινοτικό δίκαιο αποδέχεται τη νομιμότητα ορισμένων κρατικών ενισχύσεων σημαίνει, κατ' εμέ, ότι αναγνωρίζει στους επιχειρηματίες που απολαύουν των ενισχύσεων αυτών το δικαίωμα να ασκούν τη δραστηριότητά τους επί της ίδιας με τους άλλους βάσεως. Σε τι θα χρησίμευε, πράγματι, το να ενισχύονται θεμιτώς επιχειρήσεις αν, συγχρόνως, τους απαγορευόταν η πρόσβαση σε μια συνήθη οικονομική δραστηριότητα ή ακόμη απλώς και μόνον σε ορισμένες συμβάσεις υπό το πρόσημο ότι αυτές υπόκεινται σε ρύθμιση; Μια τέτοια αντίληψη θα ήταν, εξάλλου, ελάχιστα συμβιβάσιμη με τη λογική της αντισταθμίσεως που νομομοποιεί ορισμένες ενισχύσεις, διότι η ενίσχυση που συνίσταται σε επιδότηση ή σε υλική υποστήριξη θα εξαλειφόταν ταχέως από τους σκληρούς περιορισμούς δραστηριοτήτων.

104. Η ενδεχόμενη νομιμότητα των κρατικών ενισχύσεων έχει επομένως ως συνέπεια να απαγορεύεται στο να συμμετέχουν πλήρως στη ζωή της αγοράς οι οικονομικοί φορείς που απολαύουν θεμιτών ενισχύσεων. Δεδομένου ότι αυτή δεν περιορίζεται στις μη υποκείμενες σε ρύθμιση συμβατικές σχέσεις, αλλά περιλαμβάνει επίσης τις συμβάσεις

36 — Σελίδα 7 της ελληνικής μεταφράσεως της αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως.

37 — Ibidem, σ. 12.

38 — Απόφαση της 11ης Ιουλίου 1996, C-39/94, SFEI κ.λπ. (Συλλογή 1996, σ. I-3547, σκέψη 58).

39 — Ibidem, σκέψη 59.

40 — Ibidem, σκέψη 36.

δημοσίων έργων, δεν υπάρχει λόγος οι επιχειρηματίες αυτοί να αποκλείονται από τις διαδικασίες συνάψεως συμβάσεων δημοσίων έργων.

έχει εφαρμογή. Κατά συνέπεια, η οδηγία δεν αποκλείει καταρχήν τη συμμετοχή ενός επιδοτούμενου οργανισμού από διαδικασία συνάψεως συμβάσεως παροχής υπηρεσιών.

105. Κατά την Επιτροπή, με την οποία πρέπει να συμφωνήσω επί του σημείου αυτού, ενίσχυση κοινοποιηθείσα και κηρυχθείσα συμβατή προς την κοινή αγορά δεν μπορεί να επηρεάσει την απόφαση της αναθέτουσας αρχής με την οποία επιτρέπεται η συμμετοχή ενός προσφέροντος και εκτιμάται η προσφορά του.

107. Υπό τις συνθήκες αυτές, η οδηγία δεν απαγορεύει τη συμμετοχή φορέων όπως των οργανισμών της υποθέσεως της κύριας δίκης στην επίδικη διαδικασία συνάψεως συμβάσεως δημοσίων έργων.

106. Προσθέτω ότι, όπως παρατηρεί η Αυστριακή και η Γαλλική Κυβέρνηση⁴¹, ο αποκλεισμός από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας ορισμένων συμβάσεων που συνάπτονται μεταξύ δύο αναθετουσών αρχών, σύμφωνα με το άρθρο 6 αυτής, όταν η σύναψη δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών συνάπτεται δυνάμει αποκλειστικού δικαιώματος, επιβεβαιώνει τη σκέψη ότι η οδηγία μπορεί να έχει εφαρμογή σε οργανισμούς που απολαμβάνουν κρατικών ενισχύσεων, όταν δεν υφίσταται τέτοιο δικαίωμα. Ο ορισμός της αναθέτουσας αρχής που δίδει η οδηγία καλύπτει, όπως είναι γνωστό, τους οργανισμούς δημοσίου δικαίου, που ορίζονται ως δυνάμενοι να χρηματοδοτούνται κατά το μεγαλύτερο μέρος από αρχές τοπικής αυτοδιοικήσεως⁴². Αρκεί επομένως ο παρέχων υπηρεσίες να ανταποκρίνεται στον ορισμό της αναθέτουσας αρχής, πράγμα που πιστοποιεί, ως επί το πλείστον, την ύπαρξη δημοσίας χρηματοδοτήσεως χωρίς να συνδέεται μέσω αποκλειστικού δικαιώματος με την αναθέτουσα αρχή, στην οποία παρέχει υπηρεσίες, προκειμένου η οδηγία να μπορεί να

108. Η απάντηση στο ερώτημα ποια στάση πρέπει να τηρήσει μια αναθέτουσα αρχή έναντι ενός προσφέροντος που απολαύει παράνομων κρατικών ενισχύσεων δεν είναι, αντιθέτως, το ίδιο σαφής⁴³.

109. Είναι φυσικό οι αποκλειόμενοι επιχειρηματίες ή όσων οι πιθανότητες να επιτύχουν ανάθεση ενός έργου είναι μειωμένες, λόγω του ανταγωνισμού φορέων που διαθέτουν ανταγωνιστικά πλεονεκτήματα αυτής της φύσεως, να αμφισβητούν το δικαίωμα της αναθέτουσας αρχής να επιτρέπει τη συμμετοχή αυτών των φορέων προκειμένου να υποβάλουν προσφορές, χωρίς να υποχρεούται να προβεί σε έναν ελάχιστο έλεγχο του νομοτύπου των ενισχύσεων.

41 — Σελίδες 8 και 9 της γαλλικής μεταφράσεως των γραπτών παρατηρήσεων της Αυστριακής Κυβερνήσεως και σημεία 16 έως 18 των γραπτών παρατηρήσεων της Γαλλικής Κυβερνήσεως.

42 — Βλ. την υποσημείωση 33 αυτών των προτάσεων.

43 — Διευκρινίζω ότι, μολονότι τέθηκε συχνά με τις γραπτές παρατηρήσεις των παρεμβαίνόντων και την επ' ακροατηρίου συζήτηση το ζήτημα του εφαρμοστέου στις παράνομες κρατικές ενισχύσεις συστήματος είναι τελείως υποθετικό εν προκειμένω, καθώς κανείς δεν ισχυρίστηκε ότι οι ενισχύσεις που απολαμβάνουν οι οργανισμοί έρευνας αξίζουν αυτόν τον χαρακτηρισμό.

110. Το παράνομο μιας ενισχύσεως θα έπρεπε να έχει ως συνέπεια την απαγόρευση οποιασδήποτε συμμετοχής του επιδοτούμενου επιχειρηματία σε διαδικασία συνάντησης συμβάσεως δημοσίου έργου, όποια και αν είναι αυτή. Ακόμη και αν δεν επηρεάζεται ευθέως από στοιχεία, όπως η προτεινόμενη τιμή κατά τη διαδικασία της προσκλήσεως υποβολής προσφορών, που έχουν σημαντική βαρύτητα στον προσανατολισμό της τελικής αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής, η αθεμίτως χορηγούμενη ενίσχυση σε επιχειρηματία ελαφρύνει αναπόφευκτα τα βάρη που ελαχιστοποιούν το οικονομικό του επίπεδο ανταγωνιστικότητας.

111. Πάντως, όσο και αν είναι βάσιμη, η άποψη αυτή δεν λύνει το πρόβλημα, κατ'εξοχήν νομικής και διαδικαστικής φύσεως, το οποίο αντιμετωπίζει το αιτούν δικαστήριο στην υπόθεση της κύριας δίκης. Πράγματι, αυτό που το ενδιαφέρει είναι αν η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των προσφερόντων, όπως εξαγγέλλεται στο άρθρο 3, παράγραφος 2, της οδηγίας, περιλαμβάνει το δικαίωμα της αναθέτουσας αρχής να απαγορεύσει τη συμμετοχή προσφερόντων που επιδοτούνται παρανόμως, μάλιστα δε να ερευνήσει αν οι επιδοτήσεις που λαμβάνουν μπορούν να κηρυχθούν παράνομες.

112. Η οδηγία, στον τίτλο VI, ορίζει τα χαρακτηριστικά που πρέπει να έχουν οι προσφέροντες, τις προσφορές που υποβάλλουν και τα αντίστοιχα δικαιολογητικά, από τα οποία εξαρτάται η συμμετοχή των επιχειρηματιών αυτών στη διαδικασία και η οριστική σύναψη της συμβάσεως.

113. Μεταξύ των δεδομένων αυτών απαντώνται τα στοιχεία που παρέχουν στην αναθέτουσα αρχή το δικαίωμα να αρνηθεί σ'έναν παρέχοντα υπηρεσίες τη συμμετοχή σε διαγωνισμό. Διάφορες διατάξεις αφορούν τις κατά νόμο υποχρεώσεις που δεσμεύουν τον παρέχοντα τις υπηρεσίες. Επιτρέπουν στην αναθέτουσα αρχή να αποκλείσει έναν προσφέροντα ο οποίος βρίσκεται σε μη νόμιμη κατάσταση, παραδείγματος χάριν από απόνεως φορολογίας ή κοινωνικής ασφάλισως⁴⁴.

Εντούτοις, η οδηγία είναι σιωπηλή ως προς τις συνέπειες που η αναθέτουσα αρχή θα μπορούσε να συναγάγει από τη διαπίστωση της υπάρξεως μη κοινοποιηθεισών ενισχύσεων για τις οποίες υφίσταται υποψία παρανομίας ή οι οποίες είναι μάλιστα προδήλως παράνομες.

114. Η Επιτροπή προέβη σε αναδρομή του ιστορικού θεσπίσεως της οδηγίας, από αυτή την άποψη. Υπενθύμισε ότι, στην αρχική της πρόταση⁴⁵, περιλαμβανόταν μια διάταξη πανομοιότυπη προς το άρθρο 34, παράγραφος 5, τελευταίο εδάφιο, της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών⁴⁶. Κατά τη διάταξη αυτή, «οι αναθέτοντες φορείς δεν μπορούν να απορρίπτουν τις προσφορές που είναι ασυνήθως χαμηλές λόγω της ύπαρξης κρατικής ενίσχυσης παρά μόνον εάν συμβουλευτήκαν τον προσφέροντα και ο προσφέρων δεν ήταν σε θέση να αποδείξει ότι η εν λόγω ενίσχυση είχε κοινοποιηθεί στην

44 — Ο παρέχων υπηρεσίες που δεν έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του τις σχετικές με την πληρωμή των φόρων και τελών σύμφωνα με τη νομοθεσία της χώρας της αναθέτουσας αρχής, παραδείγματος χάριν, μπορεί να επιδοστεί, κατά το άρθρο 29, στοιχείο στ', της οδηγίας, να συμμετάσχει σε διαγωνισμό.

45 — ΕΕ 1991, C 23, σ. 1.

46 — ΕΕ L 199, σ. 84.

Επιτροπή βάσει του άρθρου 93, παράγραφος 3, της Συνθήκης ή ότι είχε επιτραπεί από την Επιτροπή. Οι αναθέτοντες φορείς που απορρίπτουν προσφορά υπό τους όρους αυτούς ενημερώνουν σχετικά την Επιτροπή».

115. Κατά την Επιτροπή, το Συμβούλιο απέσυρε αυτή τη διάταξη από την πρόταση της οδηγίας, κατά τη διάρκεια της νομοθετικής διαδικασίας⁴⁷. Απαντώντας, η Επιτροπή διατύπωσε μια δήλωση στην ανακοίνωσή της προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο κατά την οποία, τροποποιώντας κατ' αυτόν τον τρόπο την οδηγία, το Συμβούλιο εξέφρασε «[...] τη μέριμνά του να αποφύγει οποιαδήποτε διάκριση μεταξύ υποβαλλόντων προσφορές του ιδιωτικού και του δημοσίου τομέα». Στην ίδια δήλωση υπενθύμισε «[...] ότι η Συνθήκη του παρέχει την εξουσία να εμποδίσει την καταχρηστική χρησιμοποίηση κρατικών ενισχύσεων που μπορούν να νοθεύσουν τον ανταγωνισμό [οπότε μπορούσε] επομένως να αποδεχθεί αυτές τις τροποποιήσεις».

116. Η εξέλιξη αυτού του κειμένου είναι διτώς διδακτική.

117. Προκύπτει κατ' αρχάς ότι, την ημέρα εκδόσεως της οδηγίας, ο νομοθέτης δεν αγνοούσε τη δυσχέρεια που συνδέεται με την παρουσία στις διαδικασίες συνάψεως συμβάσεων δημοσίων έργων επιχειρηματιών που ευνοούνται από τη λήψη κρατικών ενισχύσεων. Η επιλογή της Επιτροπής να περιορίσει το νομοθετικό πλαίσιο αυτού του είδους καταστάσεων μόνο στις ενισχύσεις που δεν έχουν κοινοποιηθεί ή δεν έχουν εγκριθεί επιβεβαιώνει, εξάλλου, ότι επιτρέπεται καταρχήν η συμμετοχή σε διαδικασίες συνάψεως συμβάσεων παροχής υπηρε-

σιών φορέων που απολαύουν κρατικών ενισχύσεων οι οποίες χορηγούνται νομίμως. Η ανάπτυξη των απόψεών μου, που αφέλωσα προηγουμένως σ' αυτήν την πτυχή του ζητήματος, στηρίζεται επομένως εδώ στην πρόθεση του κοινοτικού νομοθέτη⁴⁸.

118. Ένα άλλο δίδαγμα προέρχεται από το ότι ο κοινοτικός νομοθέτης έλαβε επίσης σαφώς θέση επί της εκτάσεως της εξουσίας δράσεως που αναγνωρίζεται στην αναθέτουσα αρχή στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών. Στην τελική του μορφή, το άρθρο 37, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας αφορά ιδίως το δικαίωμα της αναθέτουσας αρχής να απορρίπτει προσφορές προδήλως χαμηλές σε σχέση με την παροχή. Προβλέπει, σε βάρος αυτής, την υποχρέωση να ζητεί προηγουμένως διευκρινίσεις για τη σύνθεση της προσφοράς, καθώς και να επιβεβαιώνει το υποστατό της με βάση τις δοθείσες διευκρινίσεις, πριν την απορρίψει.

Πάντως, ελλείψει επακριβούς διατάξεως παρόμοιας προς αυτήν του άρθρου 34 της οδηγίας 93/38, η οδηγία δεν παρέχει στην αναθέτουσα αρχή το δικαίωμα να απορρίπτει προσφορά από υποβάλλοντα που ενισχύεται παρανόμως ή απολαύει μη κοινοποιηθείσας στην Επιτροπή ενισχύσεων. Μπορεί να είναι λυπηρή η επιλογή αυτή, πολλώ μάλλον καθόσον δεν διαφαίνεται σαφώς ο λόγος για τον οποίο υφίσταται διαφορά νομικού καθεστώτος μεταξύ της οδηγίας 93/38 και της οδηγίας 92/50.

47 — Σημείο 22 των γραπτών παρατηρήσεων της Επιτροπής.

48 — Βλ. τα σημεία 99 έως 106 αυτών των προτάσεων.

119. Παρά ταύτα, η σιωπή της οδηγίας επί του σημείου αυτού οφείλεται σ' ένα γεγονός που πρέπει να ληφθεί υπόψη κατά την ερμηνεία αυτού του κειμένου.

υποχρέωσης επιστροφής τής κακώς ληφθείσας ενισχύσεως θα συνιστούσε πράγματι απειλή για τον προσφέροντα καθώς και για την πλήρη πραγματοποίηση του έργου.

120. Η τροποποίηση που επέφερε το Συμβούλιο στην πρόταση της Επιτροπής, όπως εξάλλου η δήλωσή της με την οποία εξέφρασε την επιδοκιμασία της, αποκαλύπτουν την αντίληψη του κοινοτικού νομοθέτη για τον μηχανισμό ελέγχου των παρανόμων κρατικών ενισχύσεων, με τον οποίο είναι επιφορτισμένη κυρίως η Επιτροπή.

121. Κατά τη Γαλλική Κυβέρνηση και την Επιτροπή, η σιωπή της οδηγίας επί της ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής να απορρίπτει την προσφορά ενός παρανόμως επιδοτούμενου προσφέροντος δεν σημαίνει κατ' ανάγκη ότι η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να συναγάγει συνέπειες από την ύπαρξη αυτού του είδους ενισχύσεως.

122. Η Γαλλική Κυβέρνηση θεωρεί ότι η οδηγία ούτε υποχρεώνει ούτε επιτρέπει ρητώς στην αναθέτουσα αρχή να μη λάβει υπόψη προσφορά προερχόμενη από επιδοτούμενο οργανισμό. Υπογραμμίζει όμως την ύπαρξη του κινδύνου που διατρέχει από τη συναψη συμβάσεως με προσφέροντα που απολαύει παράνομης ενισχύσεως. Η Γαλλική Κυβέρνηση προβάλλει ότι, αν μια αναθέτουσα αρχή κατέληγε στη διαπίστωση ότι μια ανώμαλα χαμηλή προσφορά χρηματοδοτείται μέσω παράνομης ενισχύσεως, θα δικαιούνταν να την απορρίψει. Ο κίνδυνος

123. Η Επιτροπή εκτιμά ότι η λήψη υπόψη παράνομης ενισχύσεως μπορεί να πραγματοποιηθεί στο στάδιο της επιλογής των επιχειρήσεων, δηλαδή στο χρονικό σημείο κατά το οποίο η αναθέτουσα αξιολογεί τη χρηματική και οικονομική ικανότητα του παρέχοντος υπηρεσίες. Όπως και η Γαλλική Κυβέρνηση, η Επιτροπή συνάγει επιχειρήματα από το ότι, κατ' εφαρμογή της νομολογίας του Δικαστηρίου, οι κρατικές ενισχύσεις που δεν συνάδουν προς την κοινή αγορά, ή απλώς δεν έχουν κοινοποιηθεί, μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο ανακτήσεως. Προβάλλει ότι δεν μπορεί να προσαφθεί σε μια αναθέτουσα αρχή το ότι προφυλάσσεται από τον κίνδυνο συνάψεως συμβάσεως με επιχειρηματία που απολαύει ενισχύσεων των οποίων η νομιμότητα είναι αμφίβολη, αποκλείοντάς τον βάσει της επαληθεύσεως της χρηματικής και οικονομικής του ικανότητας. Κατά συνέπεια, η Επιτροπή καταλήγει ότι το κοινοτικό δίκαιο δεν εμποδίζει μια αναθέτουσα αρχή να λαμβάνει, σύμφωνα με το εθνικό της δίκαιο, υπόψη, κατά το στάδιο της επιλογής, το γεγονός ότι ο προσφέρων έχει λάβει παράνομη ενίσχυση, επομένως ικανή να ανακτηθεί, για να προσδιορίσει τη χρηματοοικονομική του ικανότητα.

124. Τα επιχειρήματα αυτά, όποια και αν είναι αντιστοίχως η αξία τους, πρέπει να εξεταστούν, κατ' εμέ, μόνον καθόσον συμβάλλουν στη λύση της διαφοράς της κύριας δίκης. Όμως, όπως προείπα, το πρώτο ερώτημα, όπως έχει διατυπωθεί και όπως πρέπει

να ερμηνευθεί υπό το φως της αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως, αφορά το νομότυπο της αποφάσεως με την οποία μια αναθέτουσα αρχή *έχει κάνει δεκτή τη συμμετοχή* σε μια διαδικασία συνάψεως συμβάσεων επιδοτούμενων φορέων.

125. Επομένως, δεν πρόκειται, στην παρούσα υπόθεση, για τη διαφώτιση του αιτούντος δικαστηρίου ως προς την ύπαρξη του δικαιώματος μιας αναθέτουσας αρχής να αποκλείσει έναν προσφέροντα ή να απορρίψει την προσφορά του για λόγους που ανάγονται στη νομιμότητα της ενισχύσεως. Το ζήτημα, αντιθέτως, είναι να του δοθεί απάντηση ως προς την ύπαρξη υποχρεώσεως σε βάρος της αναθέτουσας αρχής να ενεργεί κατ' αυτόν τον τρόπο ενόψει κρατικής ενισχύσεως, ενδεχομένως, αν αυτή είναι παράνομη.

Στο παρόν στάδιο εξέλιξεως του κοινοτικού δικαίου, οφείλω να θεωρήσω ότι μια αναθέτουσα αρχή δικαιούται να μη αντλήσει καμία συνέπεια, ως προς τη συμμετοχή επιδοτούμενου φορέα, από την ύπαρξη ενισχύσεων που δεν έχουν κοινοποιηθεί ή είναι παράνομες. Προσθέτω ότι δεν θα ήταν διαφορετική η κατάσταση αν το αρχικό κείμενο του άρθρου 37 δεν είχε τροποποιηθεί. Το κείμενο αυτό παρείχε, πράγματι, υπέρ της αναθέτουσας αρχής απλώς και μόνον ευχέρεια απορρίψεως της ανωμάλως χαμηλής προσφοράς, λόγω του γεγονότος της λήψεως κακώς εισπραχθείσας ή μη κοινοποιηθείσας ενισχύσεως.

126. Τέλος, η Αυστριακή Κυβέρνηση επικαλείται τις δεσμευτικές διατάξεις της Συνθήκης στον τομέα του ανταγωνισμού και την εφαρμογή του άρθρου 37 της οδηγίας, οσάκις προκύπτει ότι μια προσφορά είναι ανωμάλως χαμηλή σε σχέση με την υπηρεσία. Κατ' εφαρμογή αυτής της διατάξεως, τάσ-

σεται υπέρ τής σε βάθος εξετάσεως των διαφόρων στοιχείων του κόστους που συνθέτουν την επίμαχη προσφορά. Αν από την ανασύνθεση των στοιχείων του κόστους καθίσταται φανερό ότι η προσφορά είναι αντίθετη προς τον ανταγωνισμό, λόγω μη επιτρεπομένων επιδοτήσεων, προτείνει οπωσδήποτε την απόρριψή της.

127. Η άποψη που υποστηρίζει η Αυστριακή Κυβέρνηση στηρίζεται τόσο στη διαδικασία που προβλέπεται ήδη στην περίπτωση ανωμάλως χαμηλής προσφοράς όσο και στο κοινοτικό δίκαιο του ανταγωνισμού. Και εδώ επίσης, χωρίς να χρειάζεται να διατυπωθεί άποψη επί της ορθότητάς της, αρκεί να τονιστεί ότι με την επιχειρηματολογία της η Δημοκρατία της Αυστρίας αναφέρεται στην υποθετική περίπτωση, μεταγενέστερη της επίμαχης αποφάσεως με την οποία επιτράπηκε η συμμετοχή, κατά την οποία η αναθέτουσα αρχή, διαπιστώνοντας το ανωμάλως χαμηλό επίπεδο της προσφοράς, εκδηλώνει την πρόθεση απορρίψεως της προσφοράς. Επομένως, υπερβαίνει, ως εκ του περιεχομένου της, το αντικείμενο του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος, που περιορίζεται στη διαδικασία περί συμμετοχής.

128. Κατά συνέπεια των ανωτέρω, καταλήγω ότι η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των προσφερόντων που προβλέπεται στο άρθρο 3, παράγραφος 2, της οδηγίας δεν απαγορεύει απόφαση με την οποία μια αναθέτουσα αρχή επιτρέπει τη συμμετοχή σε διαδικασία συνάψεως συμβάσεως δημοσίου έργου φορέων που λαμβάνουν ενισχύσεις από αναθέτουσες αρχές οι οποίες τους καθιστούν δυνατό να προσφέρουν σε τιμή αισθητώς κατώτερη από αυτήν που προτείνουν οι άλλοι προσφέροντες.

Πρόταση

129. Ενόψει των σκέψεων αυτών, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στα υποβληθέντα από το Bundesvergabeamt προδικαστικά ερωτήματα ως ακολούθως:

- «1) Το άρθρο 59 της Συνθήκης ΕΚ (νυν, κατόπιν τροποποιήσεως, άρθρο 49 ΕΚ) και τα επόμενα άρθρα έχουν την έννοια ότι δεν απαγορεύουν ένα μέτρο όπως η επίδικη στην υπόθεση της κύριας δίκης απόφαση, με την οποία μια αναθέτουσα αρχή επιτρέπει τη συμμετοχή σε διαδικασία συνάψεως συμβάσεως δημοσίου έργου φορέων που απολαύουν επιδοτήσεων προερχομένων από το Δημόσιο, οι οποίες τους επιτρέπουν να υποβάλλουν προσφορές σε τιμές αισθητώς κατώτερες από τις τιμές που προσφέρουν οι άλλοι συμμετέχοντες στη διαδικασία, ακόμη και αν οι φορείς αυτοί έχουν όλοι την ιθαγένεια του κράτους μέλους στο οποίο η αναθέτουσα αρχή και αυτοί έχουν την έδρα τους, όταν η απόφαση δεν εξαρτάται από καμία προϋπόθεση αναγόμενη στην ιθαγένεια των επιχειρηματιών, τον τόπο της εγκαταστάσεώς τους ή την προέλευση των επιδοτήσεων των οποίων, ενδεχομένως, αυτοί απολαμβάνουν.
- 2) Η οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών έχει εφαρμογή σάκως μια αναθέτουσα αρχή σχεδιάζει τη σύναψη συμβάσεως με τυπικώς διακεκριμένο από αυτήν φορέα ο οποίος ανήκει κυρίως σε οργανισμούς τοπικής αυτοδιοικήσεως διαφορετικούς από αυτούς που απαρτίζουν την αναθέτουσα αρχή.

Αν ο φορέας, καίτοι τυπικώς διακεκριμένος από την αναθέτουσα αρχή, ανήκει κυρίως σ' αυτήν, η οδηγία 92/50 έχει εφαρμογή σάκως ο φορέας αυτός πραγματοποιεί το ουσιώδες της δραστηριότητάς του με άλλους επιχειρηματίες ή οργανισμούς τοπικής αυτοδιοικήσεως διαφορετικούς από αυτούς που απαρτίζουν την αναθέτουσα αρχή.

Τόσο στη μία όσο και στην άλλη περίπτωση, η οδηγία 92/50 δεν έχει εφαρμογή οσάκις η σύμβαση εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 6 της οδηγίας αυτής.

- 3) Η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των προσφερόντων που προβλέπεται στο άρθρο 3, παράγραφος 2, της οδηγίας 92/50 δεν απαγορεύει απόφαση με την οποία μια αναθέτουσα αρχή επιτρέπει τη συμμετοχή σε διαδικασία συνάψεως συμβάσεων δημοσίου έργου φορέων που λαμβάνουν ενισχύσεις εκ μέρους αναθετουσών αρχών οι οποίες τους καθιστούν δυνατή την υποβολή προσφορών σε τιμή αισθητώς κατώτερη από αυτή που προτείνουν οι άλλοι προσφέροντες.»