

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
SIEGBERT ALBER

της 8ης Νοεμβρίου 2001¹

I — Εισαγωγή

1. Το Vergabekontrollsenat Wien (Αυστρία) υπέβαλε, στα πλαίσια του ελέγχου κλειστού διαγωνισμού για τη σύναψη συμβάσεως δημοσίου έργου, τέσσερα ερωτήματα σχετικά με την ερμηνεία της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων (στο εξής: οδηγία 93/37)². Τα ερωτήματα αυτά αφορούν την έννοια της αναθέτουσας αρχής, σε σχέση, ειδικότερα, με τη μεταγενέστερη διεύρυνση του τομέα καθιρόντων του οικείου οργανισμού, την έννοια της συμβάσεως δημοσίων έργων, το καθεστώς των αποκλειστικών προθεσμιών για την ακύρωση, καθώς και το ζήτημα αν η πρόσκληση υποβολής προσφορών πρέπει να αναφέρει και τα κριτήρια αξιολογήσεως.

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γερμανική.

2 — ΕΕ L 199, σ. 154.

II — Το εφαρμοστέο δίκαιο

1. *Η οδηγία 93/37/ΕΟΚ*

2. Το άρθρο 1 της οδηγίας 93/37 ορίζει τις έννοιες της συμβάσεως δημοσίων έργων και της αναθέτουσας αρχής ως εξής:

«Άρθρο 1

Για τους σκοπούς της παρούσας οδηγίας:

- α) οι συμβάσεις δημοσίων έργων είναι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας συναπτόμενες εγγράφως μεταξύ, αφενός, ενός εργολήπτη και, αφετέρου, μιας αναθέτουσας αρχής, όπως αυτή ορίζεται στο στοιχείο β', και οι οποίες έχουν ως αντικείμενο είτε την εκτέλεση, είτε τόσο την εκτέλεση όσο και μελέτη έργων που αφορούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στο παράρτημα II ή ενός έργου, όπως αυτό ορίζεται στο στοιχείο γ', είτε ακόμη την πραγματοποίηση, με οποιαδήποτε μέσα, ενός έργου το οποίο ανταποκρίνεται στις

επακριβώς αναφερόμενες από την αναθέτουσα αρχή ανάγκες:

από το κράτος, τους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου, είτε η διαχείριση υπόκειται σε έλεγχο από το κράτος ή τους οργανισμούς αυτούς, είτε άνω του ημίσεος του αριθμού των μελών του οργάνου διοίκησης, διεύθυνσης ή εποπτείας ορίζεται από το κράτος, τους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου.

- β) ως αναθέτουσες αρχές νοούνται το κράτος, οι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου και οι ενώσεις που συγκροτούνται από έναν ή περισσότερους από τους προαναφερόμενους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης ή οργανισμούς δημοσίου δικαίου.

[...]

Ως οργανισμός δημοσίου δικαίου νοείται κάθε οργανισμός:

2. Η οδηγία 89/665/ΕΟΚ

- που δημιουργήθηκε ειδικά για να ικανοποιήσει ανάγκες γενικού οικονομικού ή εμπορικού χαρακτήρα

και

- που έχει νομική προσωπικότητα

και

- του οποίου, είτε η δραστηριότητα χρηματοδοτείται κατά πλειοψηφία

3. Η οδηγία 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για το συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων (στο εξής: οδηγία 89/665)³ προβλέπει τα εξής:

Άρθρο 1, παράγραφος 1:

«Τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα για να εξασφαλίζεται, όσον αφορά τις

3 — ΕΕ L 395, σ. 33.

διαδικασίες συνάψεως συμβάσεων του δημοσίου που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών 71/305/ΕΟΚ και 77/62/ΕΟΚ, ότι οι αποφάσεις που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και, ιδίως, όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών, υπό τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στα παρακάτω άρθρα, και ιδίως στο άρθρο 2, παράγραφος 7, για το λόγο ότι οι αποφάσεις αυτές παραβιάζουν είτε το κοινοτικό δίκαιο περί συμβάσεων του δημοσίου είτε τους εθνικούς κανόνες που μεταγράφουν το δίκαιο αυτό.»

Άρθρο 2, παράγραφοι 7 και 8:

«7. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε να καθίσταται δυνατή η αποτελεσματική εκτέλεση των αποφάσεων που λαμβάνουν οι αρμόδιες για τις διαδικασίες προσφυγής αρχές.

8. Όταν οι υπεύθυνες για τις διαδικασίες προσφυγής αρχές δεν είναι δικαστικές, οι αποφάσεις τους πρέπει πάντοτε να αιτιολογούνται γραπτώς. Στην περίπτωση αυτή, πρέπει επίσης να θεσπίζονται διατάξεις που να εγγυώνται την ύπαρξη διαδικασιών με τις οποίες κάθε μέτρο της βασικής αρμόδιας αρχής που εικάζεται ότι είναι παράνομο ή κάθε εικαζόμενη παράλειψή της κατά την εκτέλεση των εξουσιών που της έχουν ανατεθεί, να μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο δικαστικής προσφυγής ή προσφυγής ενώπιον άλλης αρχής η οποία θεωρείται δικαιοδοτικό όργανο κατά την έννοια του άρθρου 177 της Συνθήκης και είναι ανεξάρ-

τητη από την αναθέτουσα αρχή και τη βασική αρχή.

Ο διορισμός και η λήξη της θητείας των μελών αυτής της ανεξάρτητης αρχής πρέπει να υπόκειται στους ίδιους όρους οι οποίοι εφαρμόζονται στους δικαστές όσον αφορά την υπεύθυνη για το διορισμό τους αρχή, τη διάρκεια της θητείας τους, και τη δυνατότητα ανάκλησής τους. Τουλάχιστον ο πρόεδρος αυτής της ανεξάρτητης αρχής πρέπει να έχει τα ίδια νομικά και επαγγελματικά προσόντα με έναν δικαστή. Η ανεξάρτητη αρχή λαμβάνει τις αποφάσεις της μετά τη διεξαγωγή διαδικασίας κατ' αντιμωλία, οι δε αποφάσεις αυτές έχουν, με τα μέσα που καθορίζει κάθε κράτος μέλος, δεσμευτικά νομικά αποτελέσματα.»

3. *O Wiener Landesvergabegesetz*

4. *O Wiener Landesvergabegesetz* (νόμος του ομοσπόνδου κράτους της Βιέννης για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, στο εξής: *WL VergG*)⁴ περιέχει, στην ασκούμενη επιτροπή για την υπό κρίση διαδικασία προσφυγής μορφή του, τις ακόλουθες διατάξεις, οι οποίες έχουν σημασία και για τον έλεγχο του παραδεκτού της αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως υπό το πρίσμα του ζητήματος αν το αιτούν *Vergabekontrollsenat* είναι δικαστήριο υπό την έννοια του άρθρου 234 ΕΚ.

⁴ — LGBI. 36/1995, στη μορφή υπό την οποία δημοσιεύθηκε στο LGBI. 30/1999.

5. Δυνάμει του άρθρου 94, παράγραφος 2, το Vergabekontrollsenat έχει την αρμοδιότητα να αποφαινεται σε πρώτο και τελευταίο βαθμό επί των προσφυγών. Οι αποφάσεις του δεν υπόκεινται σε ακύρωση ή τροποποίηση στα πλαίσια διοικητικής διαδικασίας. Κατά την παράγραφο 3, για τη διαδικασία προσφυγής ισχύουν ο Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz (γενικός νόμος περί διοικητικής διαδικασίας) και ο Verwaltungsvollstreckungsgesetz (νόμος περί εκτελέσεως στις διοικητικές διαφορές), στο μέτρο που ο WLVerG δεν περιέχει ειδικές διατάξεις.

6. Το άρθρο 95 του WLVerG ορίζει τα εξής:

«(1) Το Vergabekontrollsenat συγκροτείται από επτά μέλη. Τα μέλη αυτά διορίζονται από την Κυβέρνηση του ομοσπόνδου κράτους για θητεία έξι ετών. Επιτρέπεται ο διορισμός για δεύτερη θητεία. Τρία μέλη, τα οποία μπορούν να είναι επίσης αρμόδιοι υπάλληλοι της δημοτικής αρχής της Βιέννης, διορίζονται κατόπιν ακροάσεως του δημοτικού συμβουλίου, ένα μέλος διορίζεται κατόπιν ακροάσεως του Wirtschaftskammer Wien (οικονομικού επιμελητηρίου της Βιέννης), ένα μέλος κατόπιν ακροάσεως του Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien (επιμελητηρίου εργατών και υπαλλήλων για τη Βιέννη), και ένα μέλος κατόπιν ακροάσεως του Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Wien, Niederösterreich und Burgenland (επιμελητηρίου αρχιτεκτόνων και μηχανικών για τη Βιέννη, τη Niederösterreich και το Burgenland). Ο πρόεδρος πρέπει να είναι μέλος του δικαστικού σώματος και διορίζεται κατόπιν ακροάσεως του προέδρου του

Oberlandesgericht Wien. Για κάθε μέλος διορίζεται, κατά τον ίδιο τρόπο, ένα πρώτο, ένα δεύτερο και ένα τρίτο αναπληρωματικό μέλος. Τα αναπληρωματικά μέλη εκπροσωπούν το μέλος κατά τη σειρά του διορισμού τους σε περίπτωση προσωρινού κωλύματος ή αποχωρήσεώς του, μέχρι τον διορισμό καινούριου μέλους. Σε περίπτωση αποχωρήσεως μέλους, πρέπει να διορίζεται αμέσως νέο μέλος.

(2) Τα μέλη και τα αναπληρωματικά μέλη πρέπει να διαθέτουν ειδικές γνώσεις όσον αφορά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων — τα μέλη και αναπληρωματικά μέλη που διορίζονται κατόπιν ακροάσεως του δημοτικού συμβουλίου πρέπει να γνωρίζουν ιδίως τις συναφείς οικονομικές ή τεχνικές πτυχές.

(3) Η ιδιότητα του μέλους του Vergabekontrollsenat παύει στις εξής περιπτώσεις:

1. σε περίπτωση θανάτου του μέλους,
2. σε περίπτωση παραιτήσεως,
3. σε περίπτωση απώλειας του δικαιώματος του εκλέγεσθαι στο Nationalrat (άρ-

θρο 41 της Nationalrats-Wahlordnung 1992, BGBl. 471 στη μορφή του Bundesgesetzes BGBl. 117/1996),

Vergabekontrollsenat έχουν υποχρέωση εκμεύθειας.

4. με τη λήξη της θητείας,
5. όσον αφορά τον πρόεδρο και τους αναπληρωτές του, σε περίπτωση αποχωρήσεως από το δικαστικό σώμα,
6. με ανάκληση του διορισμού από το Vergabekontrollsenat.

(3a) Με απόφαση του Vergabekontrollsenat, ανακαλείται η θητεία οποιουδήποτε μέλους που τελεί σε διαρκή ανικανότητα ομαλής ασκήσεως των καθηκόντων του λόγω σωματικής ή πνευματικής αναπηρίας ή λόγω διαπράξεως βλαβερών παραβάσεων ως προς τις υποχρεώσεις του. Η απόφαση πρέπει να λαμβάνεται μετά από ακρόαση του ενδιαφερομένου. Ο τελευταίος δεν μετέχει στην ψηφοφορία.

(4) Κατά την άσκηση των καθηκόντων τους, τα μέλη του Vergabekontrollsenat είναι ανεξάρτητα και δεν υπέχουν υποχρέωση συμμορφώσεως σε υποδείξεις.

(5) Κατά το άρθρο 20, παράγραφος 3, του Bundes-Verfassungsgesetz, τα μέλη του

(6) Το Vergabekontrollsenat συνεδριάζει συγκαλούμενο από τον πρόεδρό του. Σε περίπτωση μεροληψίας ή προσωρινού κωλύματος ενός μέλους, πρέπει να καλείται το αναπληρωματικό μέλος. Τα μέλη του Vergabekontrollsenat δεν μπορούν να αποφαίνονται επί διαδικασιών συνάψεως συμβάσεων, οι οποίες αφορούν τη σύναψη συμβάσεως στο πεδίο δράσεως του οργανισμού (στην περίπτωση των στελεχών της δημοτικής διοικητικής αρχής της Βιέννης, της υπηρεσίας, της υπεργολάβου επιχειρήσεως ή του καταστήματος) στον οποίο ανήκουν. Αν σοβαροί λόγοι θέτουν εν αμφιβολία την αμεροληψία ενός μέλους, το μέλος αυτό οφείλει να απόσχει των καθηκόντων του και να ζητήσει την αντικατάστασή του. Οι διάδοχοι μπορούν να ζητήσουν την εξαίρεση των μελών του Vergabekontrollsenat για λόγους μεροληψίας. Το Vergabekontrollsenat αποφαίνεται επί της τυχόν μεροληψίας μέλους του και επί των αιτήσεων εξαίρεσεως χωρίς το ενδιαφερόμενο μέλος να μετέχει στην ψηφοφορία. Τα ονόματα των μελών του Vergabekontrollsenat και του οργανισμού (στην περίπτωση των στελεχών της δημοτικής διοικητικής αρχής της Βιέννης, της υπηρεσίας, της υπεργολάβου επιχειρήσεως ή του καταστήματος) στον οποίο ανήκουν πρέπει να δημοσιεύονται στο Amtsblatt der Stadt Wien με πρωτοβουλία του προέδρου κατά την έναρξη κάθε ημερολογιακού έτους.

(7) Επί των προσφυγών πρέπει να διεξάγεται ψηφοφορία βάσει της οριζόμενης από τον πρόεδρο σειράς. Οφείλουν να είναι παρόντα πέντε τουλάχιστον μέλη ώστε το Vergabekontrollsenat να δύναται να απο-

φανθεί, ενώ οι αποφάσεις λαμβάνονται με την απόλυτη πλειοψηφία των ψήφων. Δεν επιτρέπεται η αποχή. Οι συνεδριάσεις δεν είναι δημόσιες. Η διεξαγωγή των συνεδριάσεων καταγράφεται σε πρακτικά. Οι αποφάσεις λαμβάνονται γραπτώς και αναφέρουν τα ονόματα των μελών του Vergabekontrollsenat που έλαβαν μέρος στην ψηφοφορία. Κάθε μέλος μπορεί επίσης να λαμβάνει μέτρα σχετικά με τη διεξαγωγή της διαδικασίας, σύμφωνα με τις διατάξεις του εσωτερικού κανονισμού.

λειτουργία του προσωπικό και, κατόπιν ακροάσεως του προέδρου του Vergabekontrollsenat, τα αναγκαία κτίρια. Οι υπάλληλοι που ασκούν καθήκοντα διαχείρισεως οφείλουν να συμμορφώνονται, στο πλαίσιο της δραστηριότητάς τους για το Vergabekontrollsenat, μόνον προς τις υποδείξεις του προέδρου και του εκάστοτε εισηγητή. Μπορούν να απαλλαγούν από τα καθήκοντά τους μόνον κατόπιν ακροάσεως του προέδρου.»

(8) Τα μέλη του Vergabekontrollsenat ασκούν την ως άνω δραστηριότητα εθελοντικώς. Ορκίζονται ενώπιον του Landeshauptman.

Η προ της ασκήσεως της προσφυγής διαδικασία

(9) Τα μέλη του Vergabekontrollsenat έχουν δικαίωμα στην απόδοση των αναγκαίων εξόδων μετακινήσεως και λαμβάνουν αποζημίωση για τον χρόνο τον οποίο αφιερώνουν στη δραστηριότητά τους, το ύψος της οποίας καθορίζεται από τη Landesregierung σύμφωνα με τιμολόγια.

«Άρθρο 96.(1) Αν ένας επιχειρηματίας φρονεί ότι μια απόφαση της αναθέτουσας αρχής προγενέστερη της κατακυρώσεως του έργου αντιβαίνει προς τον παρόντα νόμο και του προκαλεί ζημία ή υπάρχει κίνδυνος να του προκαλέσει ζημία, οφείλει να το γνωστοποιήσει στην αναθέτουσα αρχή εγγράφως και κατά τρόπο που να μπορεί να αποδειχθεί μεταγενέστερα, παραθέτοντας τους λόγους και αναφέροντας ότι σκοπεί να κινήσει τη διαδικασία προσφυγής.

(10) Το Vergabekontrollsenat θεσπίζει εσωτερικό κανονισμό.

(2) Μετά την παραλαβή της γνωστοποίησης κατά το άρθρο 1, η αναθέτουσα αρχή οφείλει είτε να άρει αμέσως την φερόμενη παράβαση και να ενημερώσει σχετικά τους επιχειρηματίες είτε να γνωστοποιήσει εγγράφως στον καταγγέλλοντα επιχειρηματία τους λόγους για τους οποίους φρονεί ότι δεν συντρέχει η φερόμενη παράβαση.»

(11) Η Amt der Wiener Landesregierung θέτει στη διάθεση του Vergabekontrollsenat, κατόπιν προτάσεώς του, το αναγκαίο για τη

Η αίτηση διεξαγωγής διαδικασίας προσφυγής

(3) Στην αίτηση που υποβάλλεται κατά το άρθρο 2 πρέπει να αναφέρονται

«Άρθρο 97.(1) Η αίτηση για τη διεξαγωγή διαδικασίας προσφυγής προ της κατακυρώσεως του έργου είναι παραδεκτή μόνον εφόσον ο επιχειρηματίας αποδεδειγμένα γνωστοποίησε στην αναθέτουσα αρχή τη φερόμενη παράβαση και την πρόθεσή του να υποβάλει την αίτηση αυτή (άρθρο 96, παράγραφος 1), η δε αναθέτουσα αρχή δεν του γνωστοποίησε εντός δύο εβδομάδων την άρση της παραβάσεως.

(2) Αίτηση για την κίνηση διαδικασίας προσφυγής μπορεί να υποβληθεί

1. από επιχειρηματία που ισχυρίζεται ότι έχει εμπορικό συμφέρον για τη σύναψη συμβάσεως κρατικής προμήθειας, δημοσίου έργου, παραχωρήσεως δημοσίας υπηρεσίας και δημοσίας συμβάσεως υπηρεσιών ή συμβάσεως στον τομέα του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών, εφόσον προβάλλει λόγο ακυρότητας στηριζόμενο στο άρθρο 101,
2. από υποβαλόντα προσφορά που ισχυρίζεται ότι, κατά παράβαση του άρθρου 48, παράγραφος 2, το έργο δεν κατακυρώθηκε σ' αυτόν, μολονότι δεν συνέτρεχαν λόγοι αποκλεισμού υπό την έννοια του άρθρου 47.

1. η ακριβής ονομασία της οικείας διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως καθώς και της προσβαλλομένης αποφάσεως·
2. η ακριβής ονομασία της αναθέτουσας αρχής·
3. ακριβής περιγραφή των κρίσιμων πραγματικών περιστατικών·
4. στοιχεία σχετικά με τη ζημία που φέρεται ότι υπέστη ή ότι κινδυνεύει να υποστεί ο αιτών·
5. οι λόγοι στους οποίους στηρίζεται ο ισχυρισμός περί συνδρομής παραβάσεως·
6. συγκεκριμένο αίτημα ακυρώσεως ή τροποποιήσεως·
7. στις περιπτώσεις της παραγράφου 1, η απόδειξη περί του ότι η αναθέτουσα αρχή ενημερώθηκε, κατά το άρθρο 96,

σε στάδιο της διαδικασίας προγενέστερο της ασκήσεως της προσφυγής σχετικά με τη φερόμενη παράβαση και τη σκοπούμενη κίνηση διαδικασίας προσφυγής καθώς και η ένδειξη περί του ότι η αναθέτουσα αρχή δεν ήρε εμπροθέσμως την παράβαση.

(4) Η κίνηση της διαδικασίας ασκήσεως προσφυγής δεν έχει ανασταλτικό αποτέλεσμα όσον αφορά την οικεία διαδικασία συνάψεως συμβάσεως.

(5) Στις διαδικασίες προσφυγής, το ανώτατο όριο των ποινών που μπορούν να επιβληθούν λόγω κακόβουλης ασκήσεως της προσφυγής (άρθρο 35 του AVG) ανέρχεται σε ποσοστό 1 % της εκτιμώμενης αξίας του έργου, ήτοι, κατ' ανώτατο όριο, σε 800 000 ATS.»

Προθεσμίες

«Άρθρο 98. Οι προθεσμίες εντός των οποίων πρέπει να ασκείται η ενώπιον του Vergabekontrollsenat προσφυγή, ανάλογα με τη φερόμενη παράβαση νόμου στην οποία στηρίζεται η προσφυγή, είναι οι ακόλουθες:

1. Αν η προσφυγή αφορά περίπτωση απορρίψεως αιτήσεως υποψηφιότητας, μπορεί να ασκηθεί το αργότερο εντός

δύο εβδομάδων, στην περίπτωση δε του άρθρου 52 εντός τριών ημερών από της επιδόσεως της απορριπτικής αποφάσεως⁵.

2. Αν η προσφυγή αφορά είτε διατάξεις της ανακοινώσεως με τις οποίες καλούνται οι επιχειρηματίες να μετάσχουν σε κλειστή διαδικασία ή σε διαδικασία με διαπραγμάτευση είτε διατάξεις της προκηρύξεως, μπορεί να ασκηθεί το αργότερο δύο εβδομάδες, στην περίπτωση δε του άρθρου 52 μία εβδομάδα, πριν από τη λήξη της προθεσμίας για την υποβολή υποψηφιότητας ή προσφοράς.

3. Αν η προσφυγή αφορά την κατακύρωση του έργου, μπορεί να ασκηθεί το αργότερο εντός δύο εβδομάδων από της δημοσίευσης της κατακυρώσεως στην Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων ή, εφόσον δεν γίνεται τέτοια δημοσίευση, εντός έξι μηνών από της κατακυρώσεως του έργου.»

III — Τα πραγματικά περιστατικά

1. Η διαφορά της κύριας δίκης

7. Η Entsorgungsbetriebe Simmering GesmbH (στο εξής: EBS) δημοσίευσε στην

⁵ — Το άρθρο 52 του WLVeG αφορά τις περιπτώσεις συντήσεως ορισμένων προθεσμιών για λόγους επείγοντος. Στην παρούσα υπόθεση δεν συντρέχει τέτοια περίπτωση.

Amtsblatt der Stadt Wien (Επίσημη Εφημερίδα του Δήμου της Βιέννης) την πρόθεσή της να συνάψει με κλειστή διαδικασία⁶ σύμβαση δημοσίου έργου για την επέκταση της κύριας εγκαταστάσεως καθαρισμού αποβλήτων της Βιέννης. Οι καταταχθέντες στις πέντε πρώτες θέσεις υποψήφιοι θα καλούνταν να υποβάλουν προσφορές και η ανάθεση θα γινόταν στην πλέον συμφέρουσα οικονομικώς προσφορά βάσει των κριτηρίων που τέθηκαν με την πρόσκληση υποβολής προσφορών. Στις επεξηγηματικές σημειώσεις που αφορούσαν την αίτηση συμμετοχής⁷ αναφέρονταν, με τον τίτλο «Κριτήριο για την κατάταξη των αιτήσεων συμμετοχής», τα εξής:

«Για την κατάταξη των αιτήσεων συμμετοχής λαμβάνονται υπόψη οι τεχνικές επιδόσεις, κατά τα πέντε τελευταία έτη, του υποψηφίου, κάθε μέλους της κοινοπραξίας εργοληπτών και των υπεργολάβων των οποίων τα ονόματα έχουν γνωστοποιηθεί.

Καλούνται να υποβάλουν προσφορά οι υποψήφιοι που κατατάχθηκαν στις πέντε πρώτες θέσεις.

Η αξιολόγηση των υποβληθέντων στοιχείων πραγματοποιείται βάσει διαδικασίας Scoring⁸.

6 — Κλειστές διαδικασίες είναι, σύμφωνα με το άρθρο 1, στοιχείο σ', της οδηγίας 93/37, οι διαδικασίες «στα πλαίσια των οποίων μόνον οι εργολήπτες που έχουν προσκληθεί από την αναθέτουσα αρχή μπορούν να υποβάλουν προσφορά».

7 — Παράρτημα 3 της αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως, σ. 7.

8 — Κατά κανόνα, η διαδικασία scoring αντιστοιχεί στον αριθμό των μονάδων που ελήφθησαν.

Αξιολογούνται οι κατωτέρω οικοδομικές εργασίες που έχουν εκτελεστεί με την ακόλουθη σειρά:

1. Εγκαταστάσεις καθαρισμού λυμάτων
2. Προεντεταμένα δομικά στοιχεία
3. Θέσεις θεμελίων σε ευρείες επιφάνειες με χαλικιώδεις κολώνες
4. Κρουστική συμπίκνωση
5. Έγχυση εδάφους υπό υψηλή πίεση

Ο υποψήφιος οφείλει να εκθέσει παρεμφερή προς το υπό ανάθεση έργο προγράμματα αναφοράς τα οποία ολοκλήρωσε εντός των τελευταίων πέντε ετών.

Αξιολογούνται μόνον οι αναφορές τις οποίες ολοκλήρωσε υποψήφιος ή υπεργολάβος προσωπικώς, ως επικεφαλής κοινοπραξίας ή, στο πλαίσιο κοινοπραξίας, ως τεχνικός

υπεύθυνος και εκτελεστής του έργου (τα έντυπα επισυνάπτονται στην αίτηση συμμετοχής, σημείο 3).»

8. Η EBS κατέθεσε σε συμβολαιογράφο τις λεπτομέρειες της διαδικασίας scoring στις 9 Απριλίου 1999 και, επομένως, πριν από την υποβολή της πρώτης προσφοράς. Οι αιτούσες της κύριας δίκης, η Universale Bau GmbH (στο εξής: Universale), καθώς και η κοινοπραξία Hinteregger και ÖSTU-STETTIN (στο εξής: κοινοπραξία), πληροφορήθηκαν την εν λόγω κατάθεση στον συμβολαιογράφο με τις επεξηγηματικές σημειώσεις σχετικά με την αίτηση συμμετοχής. Εντούτοις, δεν τους γνωστοποιήθηκαν πριν από την εκπνοή της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ούτε η διεξαγωγή της διαδικασίας Scoring ούτε τα κριτήρια αξιολογήσεως.

9. Οι αιτούσες της κύριας δίκης είχαν γνωστοποιήσει το ενδιαφέρον τους να λάβουν μέρος στην κλειστή διαδικασία. Αφού ενημερώθηκαν από την EBS ότι δεν περιλαμβάνονταν μεταξύ των καταταχθέντων στις πέντε πρώτες θέσεις υποψηφίων και, κατά συνέπεια, ότι δεν θα προσκαλούνταν να υποβάλουν προσφορές, προσέβαλαν τη διαδικασία συνάψεως συμβάσεως ενώπιον του αιτούντος Vergabekontrollsenat.

2. Νομική φύση και αποστολή της EBS

10. Η EBS ιδρύθηκε το 1976 από τη Wiener Allgemeine Beteiligungs- und Verwaltungs-

gesellschaft mbH και από την BIA Betriebsgesellschaft für Industrieabfall- und Altölbeseitigung GmbH. Το εταιρικό κεφάλαιο εισέφεραν οι δύο εταιρείες κατά το ήμισυ. Η Allgemeine Beteiligungs- und Verwaltungsgesellschaft mbH «εξηρτάτο» κατά τις διαπιστώσεις του αιτούντος Vergabekontrollsenat, από τον Δήμο της Βιέννης. Κατά τον χρόνο προκηρύξεως του διαγωνισμού το ιδιοκτησιακό καθεστώς της EBS ήταν το ακόλουθο:

Wiener Holding AG 11 075 000 αυστριακά
σελίνια (ATS)

Δήμος Βιέννης 160 425 000 ATS

Wiener Stadtwerke 178 500 000 ATS

11. Κατά τις διαπιστώσεις του Vergabekontrollsenat, ο εταιρικός σκοπός της EBS έγκειται, κατ' αρχάς, στον σχεδιασμό, την ανέγερση και την εκμετάλλευση εγκαταστάσεως επεξεργασίας ειδικών αποβλήτων και εγκαταστάσεως καύσεως λάσπης. Όλες οι δραστηριότητες πραγματοποιούνταν με εμπορικό σκοπό και στα πλαίσια ανταγωνισμού με άλλες εγκαταστάσεις επεξεργασίας αποβλήτων, για παράδειγμα, με ιδιώτες που εκμεταλλεύονται χωματερές. Η EBS έφερε μόνη τον κίνδυνο της εκμεταλλεύσεως. Η εταιρική σύμβαση δεν περιέχει καμία ένδειξη

περί του ότι η EBS οφείλει να εκπληρώσει αποστολή γενικού συμφέροντος που δεν έχει βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα.

12. Το άρθρο 10, παράγραφος 2, της εταιρικής συμβάσεως της EBS, της 12ης Σεπτεμβρίου 1996, που ισχύει εν προκειμένω, εξουσιοδοτεί την Kontrollamt (ελεγκτική υπηρεσία) του Δήμου της Βιέννης αν ελέγχει τόσο την τρέχουσα οικονομική πολιτική, όσον αφορά την αριθμητική της ορθότητα, την κανονικότητα, τη λιτότητα, την αποδοτικότητα και τη σκοπιμότητα, όσο και τους ετήσιους λογαριασμούς και την έκθεση καταστάσεως, συμπεριλαμβανομένης της διαχείρισεως, των παραστατικών και λοιπών εγγράφων, καθώς και να επιθεωρεί τους χώρους λειτουργίας και τις εγκαταστάσεις και να γνωστοποιεί το πόρισμα των ελέγχων αυτών στα αρμόδια όργανα, στους εταίρους και στον Δήμο της Βιέννης.

3. Συμβάσεις με τον δήμο της Βιέννης

13. Το 1985, η EBS συνήψε με τον δήμο της Βιέννης σύμβαση μισθώσεως, βάσει της οποίας ανέλαβε, από 1ης Ιανουαρίου 1986, την εκμετάλλευση της κύριας εγκαταστάσεως καθαρισμού αποβλήτων του Δήμου της Βιέννης. Κατά τη συμφωνία αυτή, ο Δήμος της Βιέννης κατέβαλε «ανάλογη και ενιαία αμοιβή, η οποία διασφαλίζει την κάλυψη των εξόδων λειτουργίας της κύριας εγκαταστάσεως καθαρισμού και των υφισταμένων εγκαταστάσεων διαθέσεως αποβλήτων καθώς και μια προσήκουσα απόδοση του κεφαλαίου». Κατά τις διαπιστώσεις του Vergabekontrollsenat, οι οποίες επιβεβαιώνονται από τους διαδίκους της κύριας δίκης, η EBS δεν αναπτύσσει τη δραστηριότητα του καθαρισμού των λυμάτων με σκοπό την άντληση κέρδους. Πρόκειται, αντιθέτως,

για δραστηριότητα που ανάγεται στη βιοτική πρόνοια της παροχικής διοικήσεως, που έχει ανατεθεί στην EBS και ασκείται σύμφωνα με την αρχή της καλύψεως των εξόδων. Κατά συνέπεια, η άσκηση της εν λόγω δραστηριότητας της EBS δεν έχει βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα. Η εταιρική σύμβαση δεν τροποποιήθηκε με την ευκαιρία της αναθέσεως της δραστηριότητας αυτής.

14. Με σύμβαση μισθώσεως της 8ης Ιουλίου 1996, η οποία αντικατέστησε τη συμφωνία του 1985, η εκμετάλλευση της κύριας εγκαταστάσεως καθαρισμού αποβλήτων του Δήμου της Βιέννης ανατέθηκε εκ νέου στην EBS. Η EBS ανέλαβε επιπλέον την υποχρέωση να εξασφαλίσει την επέκταση του δικτύου υπονόμων που συνδέεται με το σχέδιο καθώς και την επέκταση της κύριας εγκαταστάσεως καθαρισμού αποβλήτων της Βιέννης και των δικών της εγκαταστάσεων ιδίω ονόματι και για ίδιο λογαριασμό (σημείο I.2 της συμβάσεως). Το αναγκαίο προσωπικό για την εκμετάλλευση της κύριας εγκαταστάσεως καθαρισμού αποβλήτων θα εξακολουθούσε να προσλαμβάνεται από τον Δήμο της Βιέννης (σημείο I.3). Ο Δήμος της Βιέννης ανέλαβε την υποχρέωση να καταβάλλει «ανάλογη και ενιαία αμοιβή, η οποία σκοπεί να διασφαλίσει την κάλυψη των εξόδων λειτουργίας. Πρέπει να καταβληθούν όλες οι δαπάνες που προκάλεσε η επέκταση και η εκμετάλλευση των εγκαταστάσεων, συμπεριλαμβανομένης της κατασκευής υπονόμων που συνδέονται με το σχέδιο, αφού αφαιρεθούν τα ποσά που εισέπραξε η EBS [...]» (σημείο IV.1).

15. Δεν καθορίζονται ειδικές απαιτήσεις όσον αφορά τη διαμόρφωση της εγκαταστάσεως. Εντούτοις, τα σημεία II και III επιβάλλουν στην EBS να εξασφαλίσει ένα συγκεκριμένο τρόπο λειτουργίας της κύριας

εγκαταστάσεως καθαρισμού αποβλήτων, χωρίς ο Δήμος της Βιέννης να ασκεί επιρροή στη συγκεκριμένη διαμόρφωση του οικοδομικού έργου.

16. Από την απόφαση της πολεοδομικής αρχής προκύπτει ότι η EBS υπέβαλε αίτηση χορηγίσεως άδειας οικοδομήσεως. Ιδιοκτήτης του ακινήτου που πρόκειται να οικοδομηθεί είναι ο Δήμος της Βιέννης. Με έγγραφο της 8ης Σεπτεμβρίου 1999, το οποίο επισυνάφθηκε ως παράρτημα 8 στην αίτηση για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως, η EBS διευκρίνισε τα εξής: «Ιδιοκτήτρια του κτιρίου που θα αποτελέσει την επέκταση της εγκαταστάσεως καθαρισμού αποβλήτων πρόκειται να είναι η εταιρία μας. Μεταβίβαση της κυριότητας της εγκαταστάσεως καθαρισμού προβλέπεται για την περίπτωση καταγγελίας των συμβάσεων μισθώσεως και διαχειρίσεως εκμεταλλεύσεως που έχουμε συνάψει για αόριστο χρονικό διάστημα με τον Δήμο της Βιέννης. Στην περίπτωση αυτή, ο Δήμος της Βιέννης οφείλει, μεταξύ άλλων, να αναλάβει την εγκατάστασή μας καθαρισμού αποβλήτων αντί της καταβολής τιμήματος. Ο Δήμος της Βιέννης οφείλει να καταβάλει την αντικειμενική αξία της εγκαταστάσεως καθαρισμού αποβλήτων». Κατά τις διαπιστώσεις του Vergabekontrollsenat, η ρύθμιση αυτή συνάδει προς το αυστριακό δίκαιο.

17. Το Vergabekontrollsenat αποκλείει την πρόθεση του Δήμου της Βιέννης να καταστρατηγήσει, με την ίδρυση της EBS και την ανάθεση σ' αυτήν της εκμεταλλεύσεως και της επεκτάσεως της κύριας εγκαταστάσεως καθαρισμού αποβλήτων, τις διατάξεις περί δημοσίων συμβάσεων. Η EBS ιδρύθηκε ήδη από το 1976, αλλά της ανατέθηκε για πρώτη φορά το 1986 η εκμετάλλευση της κύριας εγκαταστάσεως καθαρισμού αποβλήτων.

IV — Τα προδικαστικά ερωτήματα

18. Το Vergabekontrollsenat υπέβαλε στο Δικαστήριο τα ακόλουθα ερωτήματα για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως:

- 1) Θεωρείται αναθέτουσα αρχή, κατά το άρθρο 1, στοιχείο β', της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ, ακόμη κι ένα νομικό πρόσωπο το οποίο δεν δημιουργήθηκε ειδικά για να ικανοποιήσει ανάγκες γενικού συμφέροντος που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα, πλην όμως ικανοποιεί πλέον τέτοιες ανάγκες;
- 2) Εάν η Entsorgungsbetriebe Simmering GesmbH δεν είναι αναθέτουσα αρχή: Συνιστά η σκοπούμενη ανέγερση της μονάδας δευτεροβάθμιου βιολογικού καθαρισμού της εγκαταστάσεως καθαρισμού αποβλήτων της Βιέννης πραγματοποίηση, με οποιαδήποτε μέσα, έργου το οποίο ανταποκρίνεται στις επακριβώς αναφερόμενες από την αναθέτουσα αρχή ανάγκες και, συνακόλουθα, σύμβαση δημοσίου έργου, υπό την έννοια του άρθρου 1, στοιχείο α', σε συνδυασμό με το στοιχείο γ', της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ;
- 3) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο πρώτο ή στο δεύτερο ερώτημα: Απαγορεύει η οδηγία 89/665/ΕΟΚ εθνική ρύθμιση η οποία τάσσει προθε-

σμία για την άσκηση προσφυγής κατά συγκεκριμένης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, με αποτέλεσμα, σε περίπτωση μη τηρήσεως της προθεσμίας αυτής, να μη μπορεί πλέον η εν λόγω απόφαση να προσβληθεί μεταγενέστερα κατά τη διάρκεια της διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως; Οφείλουν οι θιγόμενοι ενδιαφερόμενοι να προβάλλουν κάθε πλημμέλεια, διότι άλλως απολλύουν το σχετικό δικαίωμά τους;

- 4) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο πρώτο ή στο δεύτερο ερώτημα: Αρκεί η απόφαση της προκηρύξασας τον διαγωνισμό αρχής να αξιολογήσει τις υποψηφιότητες σύμφωνα με κριτήρια κατατεθειμένα σε συμβολαιογράφο ή πρέπει τα κριτήρια αξιολογήσεως να έχουν ήδη γνωστοποιηθεί με την ανακοίνωση⁹ της προκηρύξεως ή με άλλα έγγραφα του φακέλου της προκηρύξεως;

V — Ισχυρισμοί των διαδίκων και ανάλυση της υποθέσεως

1. Επί του παραδεκτού της αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως

19. Κανένας από τους μετέχοντες στη διαδικασία δεν αμφισβήτησε βεβαίως το παραδεκτό της αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως. Εντούτοις, το Verga-

bekontrollsenat θεμελίωσε διεξοδικά τη δυνατότητά του να υποβάλει αίτηση για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως και η Αυστριακή Κυβέρνηση έλαβε θέση επί του ζητήματος αυτού. Επικαλούμενοι την απόφαση του Δικαστηρίου για το *Tiroler Vergabesenat*, αμφότεροι θεωρούν την αίτηση για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως παραδεκτή. Στα πλαίσια της διαδικασίας εκείνης, ο γενικός εισαγγελέας υποστήριξε την άποψη ότι η αίτηση για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως ήταν απαράδεκτη¹⁰, αλλά το Δικαστήριο θεώρησε το προδικαστικό ερώτημα παραδεκτό¹¹. Όσον αφορά το αιτούν *Wiener Vergabekontrollsenat*, το Δικαστήριο δεν έχει ακόμη αποφανθεί ως προς το αν έχει τη δυνατότητα υποβολής αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως. Το ερώτημα αυτό ανακύπτει και στην υπόθεση C-92/00. Στις προτάσεις που ανέπτυξε στις 28 Ιουνίου 2001 επί της υποθέσεως εκείνης, ο γενικός εισαγγελέας Tizzano θεώρησε σιωπηρώς ότι το *Wiener Vergabekontrollsenat* έχει τη δυνατότητα υποβολής αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως. Εντούτοις, δεν έλαβε ρητώς θέση επί του ζητήματος αυτού. Η απόφαση στην υπόθεση εκείνη δεν έχει εκδοθεί ακόμη. Κατά συνέπεια, είναι σκόπιμο να λάβω θέση επί του ζητήματος αυτού στην παρούσα διαδικασία.

20. Κατά πάγια νομολογία, το Δικαστήριο, προκειμένου να εκτιμήσει αν το αιτούν όργανο είναι δικαστήριο υπό την έννοια του άρθρου 177 της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρου 234 ΕΚ), λαμβάνει υπόψη μια σειρά στοιχείων, όπως είναι η ίδρυση του οργάνου αυτού με νόμο, η μονιμότητά του, ο δεσμευ-

10 — Προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Saggio της 24ης Σεπτεμβρίου 1998, στην υπόθεση *Köllensperger και Atzwanger* (απόφαση της 4ης Φεβρουαρίου 1999, C-103/97, Συλλογή 1999, σ. I-551, I-553, σημεία 25 έως 30).

11 — Απόφαση *Köllensperger και Atzwanger*, προπαρατεθείσα, σκέψεις 22 έως 25.

9 — Στην ορολογία της οδηγίας 93/37 χρησιμοποιείται ο όρος: δημοσιότητα.

τικός χαρακτήρας της δικαιοδοσίας του, ο κατ' αντιμωλία χαρακτήρας της ενώπιόν του διαδικασίας, η εκ μέρους του οργάνου αυτού εφαρμογή των κανόνων δικαίου, καθώς και η ανεξαρτησία του¹².

αποφάσεις του Vergabekontrollsenat είναι έγγραφες. Βάσει των διαπιστώσεων αυτών, πρέπει να θεωρηθεί ότι το Vergabekontrollsenat πληροί τις προϋποθέσεις που θέτει η νομολογία ώστε να χαρακτηριστεί ως δικαστήριο υπό την έννοια του άρθρου 177 της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρου 234 ΕΚ). Κατά συνέπεια, η αίτηση για την έκδοση προδικαστικής απόφασης είναι παραδεκτή.

21. Σύμφωνα με το άρθρο 94, παράγραφος 2, του WLVergG, το Vergabekontrollsenat είναι αρμόδιο σε πρώτο και τελευταίο βαθμό για τον έλεγχο των αποφάσεων αναθέτουσας αρχής στα πλαίσια διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως. Επομένως, η δραστηριότητά του στηρίζεται στον νόμο και η δικαιοδοσία του έχει δεσμευτικό χαρακτήρα. Αποτελεί επίσης μόνιμο οργανισμό. Ο έλεγχος των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής πραγματοποιείται βάσει των κανόνων του WLVergG και, στο μέτρο που ο νόμος αυτός δεν περιέχει ειδικές διατάξεις, βάσει του Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz και του Verwaltungsvollstreckungsgesetz, σύμφωνα με το άρθρο 94, παράγραφος 3, του WLVergG. Η ανεξαρτησία του Vergabekontrollsenat έναντι της διοικήσεως διασφαλίζεται με το άρθρο 94, παράγραφος 2, του WLVergG, το οποίο ορίζει ότι οι αποφάσεις του δεν τροποποιούνται ούτε ακυρώνονται διά της διοικητικής οδού. Εξάλλου, το άρθρο 95, παράγραφος 4, του WLVergG εξασφαλίζει στα μέλη ανεξάρτητη και μη υποκείμενη σε υποδείξεις άσκηση των καθηκόντων τους. Η παράγραφος 6 θέτει κανόνες σχετικά με τη μεροληψία, ένα κριτήριο στο οποίο έδωσε ιδιαίτερη έμφαση το Δικαστήριο στην υπόθεση Köllensperger και Atzwanger¹³. Σύμφωνα με το άρθρο 95, παράγραφος 7, οι

2. Επί του πρώτου ερωτήματος

22. Με το πρώτο ερώτημα, το Vergabekontrollsenat ερωτά αν ένας οργανισμός ο οποίος δεν δημιουργήθηκε με ειδικά για να ικανοποιήσει ανάγκες γενικού συμφέροντος, που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα, αργότερα όμως ανέλαβε την άσκηση τέτοιων δραστηριοτήτων τις οποίες πράγματι ασκεί εφεξής, πρέπει να θεωρηθεί ως οργανισμός δημοσίου δικαίου, υπό την έννοια του άρθρου 1, στοιχείο β', της οδηγίας 93/37.

α) Οι ισχυρισμοί των διαδίκων

23. Η Universale, η Bietergemeinschaft και η Αυστριακή Κυβέρνηση υποστηρίζουν ότι η EBS είναι αναθέτουσα αρχή υπό την έννοια της οδηγίας. Σημασία έχουν οι δραστηριότητες που ασκεί πράγματι ο οργανισμός κατά τον χρόνο της προκηρύξεως και της αναθέσεως του έργου και όχι η ιδρυτική πράξη του οργανισμού. Η Bietergemeinschaft επικαλείται, προς στήριξη της απόψεώς της, την μέχρι τούδε νομολογία, από την οποία προκύπτει ότι ο όρος αυτός

12 — Πρβλ. την απόφαση Köllensperger και Atzwanger, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 10 (σκέψη 17, με περαιτέρω παραπομπές): απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 1997, C-54/96, Dorsch Consult (Συλλογή 1997, σ. I-4961, σκέψη 23).

13 — Απόφαση Köllensperger και Atzwanger, προπαρατεθείσα, σκέψη 22.

πρέπει να ερμηνευθεί υπό λειτουργική έννοια. Η *Bietergemeinschaft* και η Αυστριακή Κυβέρνηση δεν συνδέουν το κριτήριο «που ιδρύθηκε ειδικά» με τον χρόνο ιδρύσεως, αλλά επιθυμούν να ληφθούν υπόψη οι τροποποιήσεις που όντως επήλθαν στη συνέχεια. Το ως άνω κριτήριο θα μπορούσε να πληρούται και με την τροποποίηση της μέχρι τούδε ισχύουσας διατάξεως περί σκοπού ή με διάταξη περί προσθέτου σκοπού. Διαφορετικά, θα ήταν ευχερής η καταστράγγιση της οδηγίας 93/37, στο μέτρο που η ικανοποίηση αναγκών του δημοσίου συμφέροντος δεν θα ανετίθετο σε νέο οργανισμό που έχει νομική προσωπικότητα και δημιουργήθηκε ειδικά για τον σκοπό αυτό, αλλά σε ήδη υφιστάμενο οργανισμό, ο οποίος εξυπηρετούσε προηγουμένως άλλους σκοπούς. Η *Bietergemeinschaft* προτείνει να ερμηνευθεί το κριτήριο υπό την έννοια ότι αναφέρεται σε οργανισμό «τον οποίο οι ιδιοκτήτες προορίζουν για την εκπλήρωση του ειδικού σκοπού».

ροντος ουδόλας μεταβάλλει το καθεστώς της, εφόσον εξακολουθεί να ασκεί δραστηριότητες που έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα. Η προτεινόμενη από τις αιτούσες της κύριας δίκης ερμηνεία της έννοιας της αναθέτουσας αρχής είναι αντίθετη προς το γράμμα της οδηγίας. Προς το γράμμα της οδηγίας συνάδει πολύ η ερμηνεία κατά την οποία ο οργανισμός είναι αναθέτουσα αρχή μόνον ως προς τις δραστηριότητες που ασκεί για την ικανοποίηση του δημοσίου συμφέροντος, όχι όμως και ως προς τις βιομηχανικού ή εμπορικού χαρακτήρα δραστηριότητες που ασκεί. Κατά συνέπεια, η EBS προτείνει τη διάκριση ανάλογα με τις δραστηριότητες που ασκεί εκάστοτε ο οργανισμός. Η Επιτροπή επισημαίνει, επιπλέον, ότι η μεταβολή του σκοπού της επιχειρήσεως δεν επιβεβαιώθηκε ούτε με αλλαγή του επιχειρηματικού αντικειμένου στην εταιρική σύμβαση ούτε με νομοθετική διάταξη.

24. Η EBS και η Επιτροπή φρονούν, αντιθέτως, ότι η EBS δεν είναι αναθέτουσα αρχή υπό την έννοια της οδηγίας. Η EBS επισημαίνει, κατ' αρχάς, ότι ιδρύθηκε το 1976 για να ασκήσει, σε εμπορική βάση, τη δραστηριότητα της καύσεως των ειδικών αποβλήτων. Έφερε τον οικονομικό κίνδυνο της επιχειρήσεώς της. Δέκα χρόνια μετά την ίδρυσή της ανατέθηκε για πρώτη φορά στην EBS η ικανοποίηση αναγκών δημοσίου συμφέροντος που συνίστανται στη διάθεση λυμάτων, δραστηριότητα την οποία ασκεί σύμφωνα με την αρχή της καλύψεως των εξόδων. Δεν ιδρύθηκε όμως για τον σκοπό αυτό. Για να καθοριστεί αν είναι οργανισμός δημοσίου δικαίου υπό την έννοια της οδηγίας 93/37, σημασία έχει, κατά το γράμμα του άρθρου 1 της οδηγίας καθώς και κατά τη μέχρι τούδε νομολογία, το χρονικό σημείο της ιδρύσεως. Το γεγονός ότι ανέλαβε μεταγενέστερα την ικανοποίηση αναγκών του δημοσίου συμφέ-

25. Η Ολλανδική Κυβέρνηση, όπως ακριβώς η κοινοπραξία, επικαλείται τη λειτουργική ερμηνεία την οποία εφάρμοσε, κατά την άποψή της, η νομολογία στην έννοια της αναθέτουσας αρχής. Βάσει αυτού του δεδομένου καταλήγει ότι ένας οργανισμός του ιδιωτικού δικαίου, ο οποίος δεν δημιουργήθηκε μεν ειδικά για τον σκοπό αυτό, πλην όμως ασκεί δραστηριότητες για την ικανοποίηση αναγκών του δημοσίου συμφέροντος, πρέπει να θεωρηθεί ως αναθέτουσα αρχή υπό την έννοια της οδηγίας 93/37. Όπως ακριβώς η Επιτροπή, η Ολλανδική Κυβέρνηση θεωρεί, εντούτοις, ότι η κατάσταση αυτή πρέπει να μπορεί να διαπιστωθεί αντικειμενικά. Επισημαίνει ότι το γράμμα του άρθρου 1, στοιχείο β', δεύτερο εδάφιο, της

οδηγίας 93/37 δεν αναφέρεται στη νομική βάση της αποστολής του οικείου οργανισμού. Στην υπό κρίση περίπτωση δεν μπορεί να διαπιστωθεί κατά αντικειμενικό τρόπο ότι η EBS ασκεί δραστηριότητα για την ικανοποίηση αναγκών του δημοσίου συμφέροντος, οι οποίες δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα. Αντίθετα, υφίσταται συμφωνία με τον Δήμο της Βιέννης (αναθέτουσα αρχή) για την εκτέλεση δημοσίου έργου ή παραχώρηση εκμεταλλεύσεως. Βάσει της αναλύσεως αυτής, πρέπει σε κάθε περίπτωση να εξετάζεται αν η διαδικασία του διαγωνισμού αποτέλεσε τον κατάλληλο τύπο διαδικασίας.

BFI Holding, με την οποία η αποκομδή και η επεξεργασία των οικιακών απορριμμάτων θεωρήθηκαν ως συνιστώσες ανάγκη γενικού συμφέροντος¹⁴, η ανάλυση αυτή πρέπει να γίνει δεκτή. Δεδομένου ότι ο Δήμος της Βιέννης επιστρέφει στην EBS τα έξοδα που ανακύπτουν στα πλαίσια της αποστολής της και, επομένως, η EBS δεν φέρει τον κίνδυνο των δαπανών, πρόκειται επίσης για την εκπλήρωση αποστολής που δεν έχει εμπορικό ή βιομηχανικό χαρακτήρα¹⁵, άποψη την οποία δέχεται και το αιτούν Vergabekontrollsenat.

β) Η θέση μου επί της υποθέσεως

26. Το πρώτο ερώτημα αφορά τον ορισμό της έννοιας του οργανισμού δημοσίου δικαίου κατά το άρθρο 1, στοιχείο β', της οδηγίας 93/37. Όλοι οι μετέχοντες στη διαδικασία συμφωνούν ότι η EBS έχει, ως εταιρία περι-ορισμένης ευθύνης, δική της νομική προσωπικότητα και ελέγχεται κατά πλειοψηφία από τον Δήμο της Βιέννης, δηλαδή από οργανισμό τοπικής αυτοδιοικήσεως.

27. Αμφίβολο είναι μόνον κατά πόσον η EBS πληροί και το τρίτο κριτήριο του νόμιμου ορισμού, δηλαδή αν η EBS δημιουργήθηκε ειδικά για να ικανοποιήσει ανάγκες γενικού συμφέροντος που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα. Οι μετέχοντες στη διαδικασία συμφωνούν ότι η EBS ικανοποιεί πράγματι, με την εκμετάλλευση της κύριας εγκαταστάσεως καθαρισμού αποβλήτων, ανάγκη γενικού συμφέροντος. Λαμβανομένης υπόψη της αποφάσεως στην υπόθεση

28. Αντιθέτως, αμφισβητείται κατά πόσον μπορεί να θεωρηθεί ότι η EBS «δημιουργήθηκε ειδικά» για να ικανοποιήσει ανάγκες γενικού συμφέροντος που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα. Κατά τις διαπιστώσεις του αιτούντος Vergabekontrollsenat, η EBS ιδρύθηκε το 1976 για την επεξεργασία, με εμπορικούς όρους, ειδικών αποβλήτων. Στην αρχική της μορφή, η εταιρική σύμβαση δεν περιείχε ενδείξεις περί του ότι η EBS δημιουργήθηκε για να ικανοποιήσει ανάγκες γενικού συμφέροντος που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα. Κατά συνέπεια, αν ληφθεί υπόψη μόνον η εταιρική σύμβαση όπως ίσχυε κατά τον χρόνο ιδρύσεως της EBS, η EBS δεν πληροί τις προϋποθέσεις που θέτει η οδηγία 93/37 για να χαρακτηριστεί ως οργανισμός δημοσίου δικαίου.

14 — Απόφαση της 10ης Νοεμβρίου 1998, C-360/96, BFI Holding (Σύλλογη 1998, σ. I-6821).

15 — Πρβλ. ως προς το κριτήριο αυτό τις αναλύσεις μου στις προτάσεις της 30ης Ιανουαρίου 2001, στις συνεκτιμηθείσες υποθέσεις C-223/99 και C-260/99, Argof και Excelsior (απόφαση της 10ης Μαΐου 2001, Σύλλογη 2001, σ. I-3605, 3607, σημεία 97 ετ.).

29. Η EBS ανέλαβε για πρώτη φορά το έργο της εκμεταλλεύσεως της εγκαταστάσεως καθαρισμού αποβλήτων το 1986. Εντούτοις, η διεύθυνση του πεδίου των δραστηριοτήτων της EBS δεν είχε ως συνέπεια την τροποποίηση της εταιρικής συμβάσεως ως προς τα στοιχεία που αφορούν τον εταιρικό σκοπό. Ούτε αργότερα, ιδίως το 1996, οπότε η EBS συνομολόγησε με τον Δήμο της Βιέννης την επέκταση της εγκαταστάσεως καθαρισμού αποβλήτων, στα πλαίσια της οποίας προκλήθηκε η διαφορά της κύριας δίκης, τροποποιήθηκε η περιλαμβανόμενη στην εταιρική σύμβαση μεία του εταιρικού σκοπού. Κατά συνέπεια, αν ληφθεί υπόψη μόνον η εταιρική σύμβαση ως καθοριστικό κριτήριο για την επίλυση του ζητήματος που ανακύπτει εν προκειμένω, η EBS δεν θα μπορούσε να χαρακτηριστεί ως αναθέτουσα αρχή υπό την έννοια της οδηγίας 93/37.

30. Εντούτοις, το συμπέρασμα το οποίο συνάγεται από την ανάλυση της εταιρικής συμβάσεως φαίνεται αμφίβολης ορθότητας, λαμβανομένου υπόψη ότι η EBS ασκεί πράγματι από το 1986 δραστηριότητες για την ικανοποίηση αναγκών γενικού συμφέροντος, που δεν έχουν εμπορικό ή βιομηχανικό χαρακτήρα. Επομένως, οι αιτούσες της κύριας δίκης και η Αυστριακή Κυβέρνηση επικαλούνται «λειτουργική» θεώρηση της έννοιας της αναθέτουσας αρχής και προτείνουν να ληφθεί υπόψη η όντως επελθούσα μεταγενέστερη τροποποίηση του πεδίου δραστηριοτήτων της EBS και να χαρακτηριστεί η EBS ως δημόσιος οργανισμός, ανεξαρτήτως των διατάξεων της εταιρικής συμβάσεως.

31. Το κριτήριο της ιδρύσεως με τον ειδικό σκοπό της ικανοποιήσεως αναγκών γενικού συμφέροντος εξετάστηκε μέχρι τούδε από το Δικαστήριο ειδικά σε δύο υποθέσεις: στην

υπόθεση C-44/96, Mannesmann (Συλλογή 1998, σ. I-73), η οποία αφορούσε το αυστριακό εθνικό τυπογραφείο (Österreichische Staatsdruckerei) και στην υπόθεση C-360/96, BFI Holding. Στην απόφασή του επί της υποθέσεως C-44/96, το Δικαστήριο εξέτασε την ιδρυτική πράξη του εθνικού τυπογραφείου, δηλαδή τον Bundesgesetz über die Österreichische Staatsdruckerei. Εκτός από την εν λόγω ανάλυση της νομικής βάσεως του εθνικού τυπογραφείου, το Δικαστήριο έλαβε όμως υπόψη και τα πραγματικά γεγονότα, δηλαδή το ότι το εθνικό τυπογραφείο ανέλαβε μεταγενέστερα και άλλες δραστηριότητες εμπορικής ή βιομηχανικής φύσεως. Έκρινε συναφώς ότι ένας οργανισμός, εφόσον εξακολουθεί να είναι επιφορτισμένος με την εξυπηρέτηση των αναγκών τις οποίες είναι ειδικά υποχρεωμένος να ικανοποιήσει, δεν χάνει την ιδιότητα του οργανισμού δημοσίου δικαίου λόγω του γεγονότος ότι ασκεί και άλλες δραστηριότητες¹⁶. Αναπτύσσοντας περαιτέρω τη νομολογία αυτή, το Δικαστήριο έκρινε, στην υπόθεση C-360/96, ότι είναι άνευ σημασίας το γεγονός ότι η εξυπηρέτηση αναγκών γενικού συμφέροντος αντιπροσωπεύει ένα σχετικά ασήμαντο τμήμα των δραστηριοτήτων του οργανισμού, εφόσον ο οργανισμός αυτός εξακολουθεί να είναι επιφορτισμένος με την εξυπηρέτηση των αναγκών αυτών¹⁷.

32. Η νομολογία αυτή επιτρέπει, κατ' αρχάς, δύο διαπιστώσεις. Αφενός, δεν πρέπει, κατά τη νομολογία αυτή, να εξετάζεται μόνον ο χρόνος της ιδρύσεως, αλλά πρέπει να λαμβάνεται υπόψη και η μεταγενέστερη εξέλιξη του οργανισμού. Αφετέρου, πρέπει να λαμβάνονται υπόψη όχι μόνο νομικές αλλά και πραγματικές μεταβολές των έργων που επιτελεί ο οργανισμός. Κατά συνέπεια, είναι

16 — Σκέψεις 25 και 26.

17 — Απόφαση στην υπόθεση BFI Holding (προπαρατεθείσα στην υπομείωση 14, σκέψη 55).

άνευ σημασίας το γεγονός ότι η αρχική εταιρική σύμβαση του 1976 δεν περιέχει καμία ένδειξη περί του ότι η EBS δημιουργήθηκε ειδικά για να ικανοποιήσει ανάγκες γενικού συμφέροντος. Δεν έχει καθοριστική σημασία ο χρόνος της ιδρύσεως, αλλά πρέπει να λαμβάνονται υπόψη μεταγενέστερες εξελίξεις. Ομοίως, το γεγονός ότι η εταιρική σύμβαση της EBS δεν προσαρμόστηκε στη συνέχεια δεν αποκλείει τον χαρακτηρισμό της EBS ως δημοσίου οργανισμού. Για τον χαρακτηρισμό της EBS πρέπει να ληφθεί υπόψη το γεγονός ότι στη συνέχεια ανέλαβε πράγματι την εκμετάλλευση και την επέκταση της εγκαταστάσεως καθαρισμού λυμάτων.

ομού δημοσίου δικαίου καταλαμβάνει το σύνολο των δραστηριοτήτων που ασκεί ο οργανισμός αυτός¹⁹. Η νομολογία αυτή πρέπει να θεωρηθεί ορθή. Πρέπει να επικρατεί ασφάλεια δικαίου ως προς τον χαρακτηρισμό του οικείου οργανισμού. Ο χαρακτηρισμός που πραγματοποιείται βάσει της εκάστοτε εξυπηρετούμενης ανάγκης δεν συμβιβάζεται προς την αρχή της ασφάλειας δικαίου. Κατά συνέπεια, η πρόταση που διατυπώνει επικουρικώς η EBS, να θεωρηθεί ως αναθέτουσα αρχή μόνο στο μέτρο που εκμεταλλεύεται την εγκατάσταση καθαρισμού των λυμάτων, πρέπει να απορριφθεί ως ασυμβίβαστη με τη νομολογία.

33. Υπό το πρίσμα των προπαρατεθεισών αποφάσεων, ούτε το γεγονός ότι η EBS, παράλληλα προς την εκμετάλλευση της εγκαταστάσεως καθαρισμού λυμάτων, εξακολουθεί ακόμη να επεξεργάζεται ειδικά απόβλητα σε εμπορική ή βιομηχανική βάση αποκλείει τον χαρακτηρισμό της ως δημοσίου οργανισμού υπό την έννοια της οδηγίας 93/37. Η EBS μπορεί να ασκεί ταυτοχρόνως εμπορικές δραστηριότητες και δραστηριότητες που εξυπηρετούν το γενικό συμφέρον και δεν έχουν εμπορικό ή βιομηχανικό χαρακτήρα. Μάλιστα, δεν έχει σημασία το γεγονός ότι η EBS ικανοποιεί πρωτίστως ανάγκες γενικού συμφέροντος. Η σχέση μεταξύ της δραστηριότητας που δεν έχει εμπορικό χαρακτήρα και της εμπορικής δραστηριότητας δεν ασκεί επιρροή στον χαρακτηρισμό του οργανισμού¹⁸.

35. Εν πάση περιπτώσει, επισημαίνεται ότι η υπόθεση C-44/96, σε αντιδιαστολή προς την παρούσα υπόθεση, αφορούσε επιχείρηση η οποία αναμφιβόλως δημιουργήθηκε, κατ' αρχάς, ειδικά για να ικανοποιήσει ανάγκες γενικού συμφέροντος που δεν είχαν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα. Οι εμπορικές δραστηριότητες προστέθηκαν μεταγενέστερα. Στην περίπτωση της EBS συνέβη ακριβώς το αντίθετο. Ιδρύθηκε για εμπορικούς σκοπούς και μεταγενέστερα ανέλαβε δραστηριότητες για να ικανοποιήσει ανάγκες γενικού συμφέροντος που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα. Κατά συνέπεια, πρέπει να εξεταστεί αν μια επιχείρηση μπορεί να αποκτήσει και μεταγενέστερα την ιδιότητα της αναθέτουσας αρχής.

34. Το Δικαστήριο έκρινε, επιπλέον, ότι ο χαρακτηρισμός ενός οργανισμού ως οργανι-

36. Τη δυνατότητα αυτή φαίνεται, κατ' αρχάς, να αποκλείει το γράμμα του άρθρου 1, στοιχείο β', της οδηγίας 93/37. Η διάταξη αυτή απαιτεί ρητώς ο οικείος οργα-

18 — Απόφαση στην υπόθεση BFI Holding (προπαρατεθείσα στην υπομείωση 14, σέψη 56).

19 — Απόφαση της 15ης Ιανουαρίου 1998, C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria ζ.λπ. (Συλλογή 1998, σ. I-73, σέψη 32).

νισμός να έχει δημιουργηθεί ειδικά για να ικανοποιήσει ανάγκες γενικού συμφέροντος. Κατά συνέπεια, σημασία θα πρέπει να έχει ο χρόνος ιδρύσεως ή, τουλάχιστον, η ιδρυτική πράξη. Πάντως, είναι σαφές ότι η EBS δεν δημιουργήθηκε ειδικά για να διαχειρίζεται την εγκατάσταση καθαρισμού λυμάτων του Δήμου και ότι ο σκοπός αυτός ουδόλως περιελήφθη μεταγενέστερα στο καταστατικό της εταιρίας, όταν η EBS ανέλαβε πράγματι τη δραστηριότητα αυτή.

37. Υπό τις συνθήκες αυτές, πρέπει να γίνει δεκτή η άποψη της Ολλανδικής Κυβερνήσεως ότι το γράμμα του άρθρου 1, στοιχείο β', της οδηγίας δεν περιορίζει τη νομική ανάλυση στην ιδρυτική πράξη του οργανισμού. Ο σκοπός για τον οποίο ιδρύθηκε ένας οργανισμός μπορεί να προκύπτει και από άλλες πηγές²⁰.

38. Όπως εκθέτουν η Ολλανδική Κυβέρνηση και η Επιτροπή, απαιτείται απλώς να μπορεί να διαπιστωθεί αντικειμενικά ότι ο οργανισμός υφίσταται ειδικά — επομένως δεν δημιουργήθηκε μόνον ειδικά για τον σκοπό αυτό, εφόσον και μεταγενέστερες εξελίξεις πρέπει να λαμβάνονται υπόψη — για να ικανοποιήσει ανάγκες γενικού συμφέροντος που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα.

39. Στην EBS ανατέθηκε η ικανοποίηση αναγκών γενικού συμφέροντος με τη σύναψη συμβάσεως με τον Δήμο της Βιέννης. Η σύμβαση αποτελεί αντικειμενικό γεγονός, το οποίο ο αντικειμενικός παρατηρητής μπορεί να εντοπίσει εξίσου καλά με την εταιρική σύμβαση ή τον νόμο. Κατά συνέπεια, δεν

υφίσταται κανένας λόγος για τον οποίο η σύμβαση αυτή ή, ακριβέστερα, αμφότερες οι συμβάσεις οι οποίες συνήφθησαν μεταξύ της EBS και του Δήμου της Βιέννης το 1986 και το 1996 δεν πρέπει να ληφθούν υπόψη για τον καθορισμό του σκοπού της EBS. Πράγματι, όπως προαναφέρθηκε, το γράμμα του άρθρου 1, στοιχείο β', της οδηγίας 93/37 δεν περιορίζει την ανάλυση στην ιδρυτική πράξη του οργανισμού. Βάσει της εν λόγω ερμηνείας του γράμματος του άρθρου 1, στοιχείο β', της οδηγίας 93/37, θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι η EBS αποτελεί δημόσιο οργανισμό υπό την έννοια της διατάξεως αυτής.

40. Και η ακόλουθη σκέψη συνηγορεί υπέρ της απόψεως ότι δεν πρέπει να λαμβάνεται υπόψη μόνον η ιδρυτική πράξη. Η εφαρμογή των διατάξεων περί δημοσίων συμβάσεων δεν μπορεί να εξαρτάται από πράξεις του εταιρικού δικαίου, όπως η εταιρική σύμβαση. Το ζήτημα αν η σύμβαση αυτή αντικατοπτρίζει ορθώς από απόψεως εταιρικού δικαίου τον σκοπό της εταιρίας κατά τον χρόνο της ιδρύσεως ή αν, εν πάση περιπτώσει, προσαρμόστηκε ώστε να ανταποκρίνεται στις μεταβληθείσες πραγματικές συνθήκες αποτελεί πρόβλημα που εμπίπτει αποκλειστικά στο εταιρικό δίκαιο. Το ζήτημα αυτό δεν μπορεί να έχει σημασία για την ερμηνεία των κανόνων που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις. Στην αντίθετη περίπτωση, η εφαρμογή των διατάξεων αυτών θα εξηρατό από τη βούληση των εταιρών. Κατά συνέπεια, επιβάλλεται, για τον χαρακτηρισμό του οργανισμού, να λαμβάνονται υπόψη όχι μόνον η ιδρυτική πράξη ή το καταστατικό της εταιρίας κατά τον χρόνο ιδρύσεως, αλλά όλες οι περιστάσεις που μπορούν να εντοπιστούν αντικειμενικά, στις οποίες είναι δυνατό να ανήκει και μια σύμβαση, όπως αυτή που συνήφθη μεταξύ της EBS και του Δήμου της Βιέννης.

20 — Απόφαση στην υπόθεση BFI Holding (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 14, σκέψη 62).

41. Ως ενδιάμεσο συμπέρασμα επιβάλλεται η διαπίστωση ότι από την ανάλυση του γραμματος του άρθρου 1, στοιχείο β', της οδηγίας 93/37 δεν προκύπτει σαφής απάντηση στο υποβληθέν ερώτημα.

42. Ούτε η οικονομία του άρθρου 1 της οδηγίας 93/37 και της οδηγίας στο σύνολό της συμβάλλει στην ανεύρεση απαντήσεως στο υποβληθέν εν προκειμένω ερώτημα.

43. Το ιστορικό θεσπίσεως της διατάξεως συνηγορεί υπέρ του χαρακτηρισμού της EBS ως δημοσίου οργανισμού. Ο νομικός ορισμός που περιλαμβάνεται στο άρθρο 1, στοιχείο β', της οδηγίας 93/37 προσετέθη με πρωτοβουλία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου. Στην πρότασή της, η Επιτροπή ανέφερε μόνο «νομικά πρόσωπα» αντί οργανισμών δημοσίου δικαίου²¹. Για να εξασφαλίσει την κατά το δυνατό γενικότερη εφαρμογή της οδηγίας περί δημοσίων έργων, το Κοινοβούλιο προσέθεσε τον όρο «οργάνου του δημοσίου δικαίου»²², ο οποίος κατέστη, στη συνέχεια, «οργανισμός». Ο νομικός ορισμός που υιοθετήθηκε αποσκοπούσε στην αντικατάσταση των καταλόγων που έπρεπε να συνταχθούν κατά το άρθρο 1, στοιχείο β', της οδηγίας 71/305/ΕΟΚ και καθόριζαν τον κύκλο των αναθετουσών αρχών. Ο ορισμός

αυτός έπρεπε να εξασφαλίσει τη χωρίς κενά εφαρμογή της οδηγίας²³. Υπήρχε η πρόθεση να επεκταθεί το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας και στις οικονομικές εργασίες που εκτελούνται τρίτοι, οι οποίες χρηματοδοτούνταν, εν όλω ή εν μέρει, άμεσα ή έμμεσα, από δημοσίους πόρους²⁴.

44. Οι δαπάνες της επεκτάσεως της εγκαταστάσεως καθαρισμού λυμάτων επιστρέφονται εμμέσως στην EBS από τον Δήμο της Βιέννης, σύμφωνα με το σημείο IV.2 της συμβάσεως της 8ης Ιουλίου 1996, όπως παραδέχεται η ίδια η EBS. Κατά συνέπεια, λαμβανομένου υπόψη του σκοπού τον οποίο επιδίωξε ο νομοθέτης με τη διατύπωση του νομικού ορισμού, δηλαδή να υπαγάγει στους κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων όλα τα σχέδια που χρηματοδοτούνται από τους δημοσίους πόρους, είναι σκόπιμο να θεωρηθεί η EBS ως δημόσιος οργανισμός υπό την έννοια του άρθρου 1 της οδηγίας 93/37.

45. Το συμπέρασμα αυτό αντιστοιχεί και στον σκοπό της οδηγίας 93/37. Κατά τη δεύτερη αιτιολογική σκέψη της, η οδηγία 93/37 επιδιώκει τον στόχο της ταυτόχρονης πραγματοποίησεως της ελευθερίας εγκαταστάσεως και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών όσον αφορά τις συμβάσεις δημοσίων έργων. Σκοπός της οδηγίας είναι να αποσβηθεί ο κίνδυνος να προτιμηθούν οι ημεδαποί προσφέροντες ή υποψήφιοι κατά τη σύναψη συμβάσεως και, επομένως, να συμβάλει στη δημιουργία εσωτερικής αγοράς για τις παροχές που συνίστανται στην εκτέλεση έργων. Καθοριστική σημασία για τον έλεγχο του κατά πόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις υπάρξεως οργανισμού δημοσίου δικαίου έχει

21 — Πρόταση οδηγίας του Συμβουλίου που τροποποιεί την οδηγία 71/305/ΕΟΚ περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης των δημοσίων συμβάσεων έργων, COM(86) 679 τελικό, της 23ης Δεκεμβρίου 1986, σ. 6 και 22.

22 — Τροποποίηση αριθ. 4, έκθεση της επιτροπής οικονομικών και νομισματικών υποθέσεων και βιομηχανικής πολιτικής, έγγραφα συνεδριάσεως του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου, 1988-1989, έγγραφο Α 2 - 3788, σ. 6, καθώς και αιτιολογικές σκέψεις, σ. 33.

23 — Πρβλ. την προαναφερθείσα έκθεση, αιτιολογικές σκέψεις, σ. 33.

24 — Πρβλ. τις παρατηρήσεις του εισηγητή Beumer κατά τη συνεδρίαση του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου της 17ης Μαΐου 1988, σύζητησης του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου, 17 Μαΐου 1988, αριθ. 2-365, σ. 83.

το ζήτημα αν υφίσταται ο κίνδυνος ο οργανισμός να λαμβάνει τις αποφάσεις του για τη σύναψη των συμβάσεων με βάση εκτιμήσεις μη οικονομικής φύσεως²⁵. Εάν αυτό συμβαίνει, τότε υφίσταται κίνδυνος για την πραγματοποίηση της ελευθερίας εγκαταστάσεως και της ελεύθερης παροχής των υπηρεσιών, η οποία δικαιολογεί την εφαρμογή των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων²⁶. Τέλος, ανακύπτει το ερώτημα αν ο οργανισμός φέρει τον οικονομικό κίνδυνο της δραστηριότητάς του²⁷. Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως, δεν υφίσταται κανένας κίνδυνος για την πραγματοποίηση της ελευθερίας εγκαταστάσεως και της ελεύθερης παροχής των υπηρεσιών, ενώ σε περίπτωση αρνητικής απαντήσεως είναι αναγκαία η εφαρμογή των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων και, περαιτέρω, η προστασία των θεμελιωδών ελευθεριών.

46. Σύμφωνα με τη σύμβαση που συνήψε το 1996 με τον Δήμο της Βιέννης, η EBS δεν φέρει τον οικονομικό κίνδυνο ούτε της εκμετάλλευσής της εγκαταστάσεως καθαρισμού λυμάτων ούτε της συνολοποιηθείσας επεκτάσεως. Η επέκταση πρέπει βεβαίως να πραγματοποιηθεί ιδίω ονόματι και για ίδιο λογαριασμό (πρβλ. σημείο I.2 της συμβάσεως της 8ης Ιουλίου 1996). Σύμφωνα όμως με το σημείο IV.1 της συμβάσεως, η αμοιβή που καταβάλλει ο Δήμος της Βιέννης πρέπει να αντισταθμίζει «[...] όλες τις δαπάνες που προκάλεσε η επέκταση και η εκμετάλλευση των εγκαταστάσεων, συμπεριλαμβανομένης της κατασκευής υπονόμων που συνδέονται με το σχέδιο, αφού αφαιρεθούν τα ποσά που

επισπάρτει η EBS [...]». Εξαιτίας της εν λόγω χρηματοδοτήσεως των εργασιών επεκτάσεως από τον Δήμο της Βιέννης, υφίσταται ο κίνδυνος να λαμβάνει η EBS τις αποφάσεις όσον αφορά τη σύναψη συμβάσεων έργου με βάση παράγοντες μη οικονομικής φύσεως. Κατά συνέπεια, είναι ανάγκη να προστατευθούν η ελευθερία εγκαταστάσεως και η ελεύθερη παροχή των υπηρεσιών με την εφαρμογή της οδηγίας 93/37.

47. Λαμβανομένου υπόψη του προαναφερθέντος σκοπού της οδηγίας, η περίπτωση της δημιουργίας μονάδας για εμπορικούς ή βιομηχανικούς σκοπούς και η μεταγενέστερη άσκηση δραστηριοτήτων για σκοπούς μη εμπορικής φύσεως δεν μπορούν να αντιμετωπιστούν διαφορετικά από τις προαναφερθείσες υποθέσεις Mannesmann και BFI Holding, οι οποίες κρίθηκαν ήδη από το Δικαστήριο και στα πλαίσια των οποίων ο εκάστοτε οργανισμός ικανοποιούσε, από της ενάρξεως των δραστηριοτήτων του, ανάγκες γενικού συμφέροντος που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα, ενώ οι εμπορικές δραστηριότητες προστέθηκαν μεταγενέστερα. Πράγματι, ο χρόνος κατά τον οποίο εμφανίζεται ο κίνδυνος για τις θεμελιώδεις ελευθερίες είναι δευτερεύον ζήτημα. Σημασία έχει μόνον η ύπαρξη κινδύνου για τις εν λόγω ελευθερίες.

48. Πάντως, υπέρ της απόψεως αυτής συνηγορεί πρωτίστως η σκέψη ότι μόνο με τον τρόπο αυτό μπορεί γενικώς να αντιμετωπιστεί ο κίνδυνος καταστρατήγησής των διατάξεων περί των δημοσίων συμβάσεων. Εάν σημασία είχαν οι δραστηριότητες που ανέλαβε αρχικά ένας οργανισμός, τότε θα ήταν ευχερής η καταστρατήγηση των διατάξεων περί δημοσίων συμβάσεων με την ανάθεση στον οργανισμό βιομηχανικών ή εμπορικών δραστηριοτήτων στο πρώτο στάδιο και σε

25 — Απόφαση της 1ης Φεβρουαρίου 2001, C-237/99, Επιτροπή κατά Γαλλίας (Σύλλογη 2001, σ. I-939, σκέψη 42) απόφαση της 3ης Οκτωβρίου 2000, C-380/98, University of Cambridge (Σύλλογη 2000, σ. I-8035, σκέψη 17).

26 — Αποφάσεις Επιτροπής κατά Γαλλίας, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 25, σκέψη 41, και University of Cambridge, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 25, σκέψη 16.

27 — Πρβλ. τις προτάσεις στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις Agostà και Excelsior, προπαρατεθείσες στην υποσημείωση 15, σημείο 71.

μεταγενέστερο μόνο στάδιο μη εμπορικών δραστηριοτήτων. Η εν λόγω καταστρατήγηση, η οποία είναι δυνατή υπό άλλες συνθήκες, μπορεί να αποτραπεί εάν καταβληθεί η προσπάθεια να εξασφαλιστεί η πρακτική αποτελεσματικότητα των διατάξεων περί των δημοσίων συμβάσεων. Εν εναντία περιπτώσει, η οδηγία θα έχανε τη σημασία της.

49. Το αιτούν δικαστήριο απέκλεισε βεβαίως ρητώς, στην αίτηση για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως, την πρόθεση του Δήμου της Βιέννης να καταστρατηγήσει εν προκειμένω την οδηγία. Πάντως, η ερμηνεία να εξαρτάται από το ζήτημα αν, στα πλαίσια των πραγματικών περιστατικών που προκάλεσαν την αίτηση για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως, υφίσταται συγκεκριμένος κίνδυνος καταστρατήγησεως. Στα πλαίσια της διαδικασίας για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως, το Δικαστήριο αποφαινεται επί της ερμηνείας του κοινοτικού δικαίου, της οποίας η σημασία βγαίνει πέραν της συγκεκριμένης περιπτώσεως.

50. Λαμβανομένων υπόψη των προηγούμενων σκέψεων, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η πραγματική άσκηση δραστηριοτήτων για την ικανοποίηση αναγκών γενικού συμφέροντος βάσει περιστάσεων που εντοπίζονται αντικειμενικά, όπως η σύναψη συμβάσεως, πρέπει να εξομοιώνεται με την ίδρυση για τον ειδικό αυτό σκοπό. Κατά συνέπεια, προτείνω να δοθεί στο πρώτο ερώτημα η ακόλουθη απάντηση:

Θεωρείται ως αναθέτουσα αρχή υπό την έννοια του άρθρου 1, στοιχείο β', της οδηγίας

93/37 ακόμη και ένα νομικό πρόσωπο το οποίο δεν δημιουργήθηκε ειδικά για να ικανοποιήσει ανάγκες γενικού συμφέροντος, πλην όμως μεταγενέστερα ικανοποιεί τέτοιες ανάγκες, υπό την προϋπόθεση ότι η ικανοποίηση τέτοιων αναγκών στηρίζεται σε περιστάσεις που μπορούν να εντοπισθούν αντικειμενικά.

3. Επί του δευτέρου ερωτήματος

51. Με το δεύτερο ερώτημα, το αιτούν δικαστήριο ερωτά αν η σκοπούμενη επέκταση της εγκαταστάσεως καθαρισμού λυμάτων συνιστά δημόσιο έργο. Υπέβαλε το ερώτημα αυτό μόνο για την περίπτωση κατά την οποία η EBS δεν πρέπει να χαρακτηριστεί ως δημόσιος οργανισμός, υπό την έννοια της οδηγίας 93/37. Επειδή, όμως, στο ερώτημα αυτό δόθηκε ανωτέρω καταφατική απάντηση, ξεετάζω το δεύτερο ερώτημα επικουρικός μόνον, για την περίπτωση κατά την οποία το Δικαστήριο δεν θα ακολουθήσει την πρόταση που διατύπωσα όσον αφορά το πρώτο ερώτημα και δεν θα θεωρήσει την EBS ως δημόσιο οργανισμό υπό την έννοια του άρθρου 1, στοιχείο β', της οδηγίας 93/37.

α) Οι ισχυρισμοί των διαδίκων

52. Η κοινοπραξία και η Αυστριακή Κυβέρνηση φρονούν ότι πρόκειται για σύμβαση δημοσίου έργου. Υπέρ της απόψεως αυτής συνηγορεί, κατ' αρχάς, το γεγονός ότι η

δημοτική εγκατάσταση καθαρισμού έχει ανεγερθεί σε ακίνητο του Δήμου. Επιπλέον, σε περίπτωση καταγγελίας της συμβάσεως μισθώσεως, ο Δήμος οφείλει να εξαγοράσει την εγκατάσταση. Κατά συνέπεια, η ανέγερση πραγματοποιείται σύμφωνα με τις απαιτήσεις που θέτει η αναθέτουσα αρχή (ο Δήμος της Βιέννης), εφόσον η επέκταση της εγκαταστάσεως καθαρισμού λυμάτων ικανοποιεί ανάγκη γενικού συμφέροντος και ο Δήμος της Βιέννης έχει συμφέρον στην ικανοποίηση της ανάγκης αυτής. Επιπλέον, προβλέπεται συγκεκριμένος τρόπος λειτουργίας της εγκαταστάσεως καθαρισμού, δεδομένου ότι το νέο έργο πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στην εγκατάσταση που ήδη υπάρχει.

53. Αντιθέτως, η EBS είναι της απόψεως ότι δεν πρόκειται για σύμβαση δημοσίου έργου. Η EBS οφείλει να πραγματοποιήσει τις εργασίες της επεκτάσεως ιδίω ονόματι και για ίδιο λογαριασμό. Ο Δήμος της Βιέννης δεν ασκεί καμία επιρροή στη συγκεκριμένη διαμόρφωση των εργασιών επεκτάσεως και στην ίδια τη διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως. Μόνη η EBS αποφασίζει για την τεχνική εκτέλεση και τις οικοδομικές εργασίες που αφορούν την εγκατάσταση καθαρισμού. Τέλος, η EBS επισημαίνει ότι η επιστροφή των δαπανών της επεκτάσεως πραγματοποιείται έμμεσα μόνο σύμφωνα με τις ρητρες που εφαρμόζονται γενικώς στην εκμετάλλευση των εγκαταστάσεων καθαρισμού λυμάτων.

54. Και η Επιτροπή φρονεί ότι δεν πρόκειται για δημόσιο έργο, στην ανάθεση του οποίου προβαίνει η EBS. Σύμβαση δημοσίου έργου θα μπορούσε εν πάση περιπτώσει να υπάρξει, στην υπό κρίση περίπτωση, μεταξύ του Δήμου της Βιέννης και της EBS. Η Επιτροπή όμως φρονεί ότι ο καθαρισμός των λυμάτων, τον οποίο ανέλαβε η EBS και στου οποίου το πλαίσιο πρέπει να ενταχθεί και η επέκταση της εγκαταστάσεως καθαρισμού, αποτελεί

σύμβαση παραχωρήσεως υπηρεσίας και όχι σύμβαση δημοσίου έργου και προτείνει, κατά συνέπεια, να δοθεί αρνητική απάντηση στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα.

55. Η Ολλανδική Κυβέρνηση εκφράζει γενικές μόνο σκέψεις. Το καθοριστικό κριτήριο για να δοθεί απάντηση στο ερώτημα αν υφίσταται σύμβαση δημοσίου έργου είναι το κατά πόσον η αναθέτουσα αρχή έθεσε ειδικές προϋποθέσεις και το κατά πόσον το έργο πρέπει να αποτελέσει ιδιοκτησία της αναθέτουσας αρχής. Επιπλέον, η σύμβαση δημοσίου έργου πρέπει πάντοτε να εκτελείται βάσει ειδικής εντολής της αναθέτουσας αρχής.

β) Η θέση μου επί του ερωτήματος

56. Κατά τον νομικό ορισμό του άρθρου 1, στοιχείο α', της οδηγίας 93/37, «οι συμβάσεις δημοσίων έργων είναι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας συναπτόμενες εγγράφως μεταξύ, αφενός, ενός εργολήπτη και, αφετέρου, μιας αναθέτουσας αρχής, όπως αυτή ορίζεται στο στοιχείο β', και οι οποίες έχουν ως αντικείμενο είτε την εκτέλεση, είτε τόσο την εκτέλεση όσο και μελέτη έργων που αφορούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στο παράρτημα Π ή ενός έργου, όπως αυτό ορίζεται στο στοιχείο γ', είτε ακόμη την πραγματοποίηση, με οποιαδήποτε μέσα, ενός έργου το οποίο ανταποκρίνεται στις ενακριβώς αναφερόμενες από την αναθέτουσα αρχή ανάγκες». Για την εξέταση του προδικαστικού ερωτήματος πρέπει να θεωρηθεί, εφεξής, ότι η EBS είναι εργολήπτης υπό την έννοια της διατάξεως αυτής και — αντίθετα προς την ανάλυση του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος — δεν είναι αναθέτουσα αρχή. Η κρίσιμη εν προκει-

μένω γραπτή σύμβαση είναι η σύμβαση με τον Δήμο της Βιέννης, που αποτελεί οργανισμό τοπικής αυτοδιοίκησης, και, επομένως, σύμφωνα με το άρθρο 1, στοιχείο β', της οδηγίας 93/37, με αναθέτουσα αρχή, με την οποία σύμβαση η EBS ανέλαβε το 1996 την υποχρέωση να επεκτείνει την εγκατάσταση καθαρισμού λυμάτων που μίσθωσε και εκμεταλλεύεται. Σύμφωνα με το σημείο IV της συμβάσεως, ο Δήμος της Βιέννης αναλαμβάνει την υποχρέωση να καταβάλει στην EBS ανάλογη και ενιαία αμοιβή για την κάλυψη των εξόδων λειτουργίας και επεκτάσεως, οπότε πρόκειται και για σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας.

57. Με το εν λόγω προδικαστικό ερώτημα ερωτάται κατά πόσον η σύμβαση αυτή έχει ως αντικείμενο «[...] την πραγματοποίηση, με οποιαδήποτε μέσα, έργου το οποίο ανταποκρίνεται στις επακριβώς αναφερόμενες από την αναθέτουσα αρχή ανάγκες [...]». Οι διάδικοι της κύριας δίκης διαφωνούν τόσο ως προς το αν η σύμβαση έχει ως αντικείμενο την πραγματοποίηση οικοδομικού έργου, όσο και ως προς το αν το οικοδομικό έργο ανταποκρίνεται στις επακριβώς αναφερόμενες από τον Δήμο της Βιέννης ανάγκες.

58. Η Επιτροπή αμφιβάλει ότι η σύμβαση έχει ως αντικείμενο την πραγματοποίηση έργου και φρονεί ότι πρόκειται μάλλον για σύμβαση παροχής υπηρεσιών. Διαπιστώνεται, συναφώς, ότι η EBS αναλαμβάνει την υποχρέωση, σύμφωνα με το σημείο I.2 της συμβάσεως, να επεκτείνει την κεντρική εγκατάσταση καθαρισμού αποβλήτων του Δήμου της Βιέννης. Κατά το σημείο II.1, υποχρεούται περαιτέρω να προβαίνει στον καθαρισμό του συνόλου των λυμάτων, στην απόρριψη της ιλύος καθαρισμού λυμάτων, καθώς και στη διάθεση του συνόλου των ειδικών αποβλήτων του Δήμου της Βιέννης. Οι

αποχετεύσεις και η διάθεση απορριμμάτων αποτελούν, σύμφωνα με το παράρτημα I Α, κατηγορία 16, της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ²⁸, υπηρεσίες υπό την έννοια του άρθρου 8 της οδηγίας 92/50, για τις οποίες ισχύει ειδική διαδικασία διαγωνισμού. Κατά συνέπεια, όσον αφορά τις υποχρεώσεις που ανέλαβε η EBS βάσει του σημείου II.1 της συμβάσεως, η σύμβαση του 1996 δεν αποτελεί σύμβαση έργου.

59. Επομένως, ανακύπτει το ζήτημα αν, αντιθέτως, η στηριζόμενη στο σημείο I.2 υποχρέωση επεκτάσεως των υφισταμένων εγκαταστάσεων μπορεί να θεωρηθεί ως σύμβαση έργου υπό την έννοια της οδηγίας 93/37. Η υποχρέωση αυτή αφορά, βεβαίως, την πραγματοποίηση οικοδομικού έργου. Εντούτοις, αυτό πρέπει να πραγματοποιηθεί σύμφωνα με τις ανάγκες που ανέφερε επακριβώς ο Δήμος της Βιέννης. Υπέρ της απόψεως αυτής συνηγορεί το γεγονός ότι η επέκταση περιγράφεται τουλάχιστον όσον αφορά τη λειτουργία της. Η εγκατάσταση πρέπει να είναι κατάλληλη για τον καθαρισμό όλων των λυμάτων μέχρι 18 m³/δευτερόλεπτο (σημείο II.1). Μπορεί να αναφερθεί περαιτέρω, προς στήριξη της απόψεως ότι πρόκειται για σύμβαση που αφορά την πραγματοποίηση έργου το οποίο ανταποκρίνεται στις επακριβώς αναφερόμενες από τον Δήμο της Βιέννης ανάγκες, ότι πρόκειται για την επέκταση δημοτικής κύριας εγκατάσεως καθαρισμού αποβλήτων, επομένως για μονάδα για τη λειτουργία της οποίας είναι, σε τελική ανάλυση, υπεύθυνος ο Δήμος της Βιέννης στα πλαίσια της παροχής υπηρεσιών γενικού συμφέροντος. Η ευθύνη αυτή αντικατοπτρίζεται στην ανάληψη των δαπανών (σημείο IV), στη διάθεση του απαιτούμενου προσωπικού (σημείο I.3),

²⁸ — Οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για το συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών (ΕΕ L 209, σ. 1).

καθώς και στην υποχρέωση του Δήμου να αγοράσει την εγκατάσταση σε περίπτωση λύσεως της συμβάσεως μισθώσεως (πρβλ. τη δήλωση της EBS, της 8ης Σεπτεμβρίου 1986, που παρατίθεται στην αίτηση για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως).

60. Εν πάση περιπτώσει, η σύμβαση του 1996 προβλέπει απλώς ένα στοιχείο του τρόπου λειτουργίας της εγκαταστάσεως που πρέπει να επεκταθεί, στο μέτρο που αναφέρεται η ικανότητα των 18 m³/δευτερόλεπτο. Η σύμβαση δεν περιέχει, όμως, καμία ένδειξη για συγκεκριμένη διαμόρφωση του έργου, ιδίως για την τεχνική εκτέλεση και την ανοικοδόμηση. Είναι τουλάχιστον αμφίβολο αν αυτό αρκεί για να θεωρηθεί ότι πρόκειται για την πραγματοποίηση οικοδομικού έργου σύμφωνα με τις επαρκώς αναφερόμενες από την αναθέτουσα αρχή ανάγκες. Επιπλέον, οι αναθέσεις για τις αναγκαίες οικοδομικές εργασίες πραγματοποιήθηκαν ιδίως ονόματι και για ίδιο λογαριασμό της EBS (σημείο I.2 της συμβάσεως). Δεν προκύπτει από τον φάκελο ότι ο Δήμος της Βιέννης επεμβαίνει, καθ' οιονδήποτε τρόπο, στα πλαίσια της συντάξεως της συγγραφής υποχρεώσεων ή στα πλαίσια της διαδικασίας συνάψεως των κατ' ιδίαν συμβάσεων, δηλαδή δεν μπορεί να διευκρινίσει κατά την περαιτέρω εξέλιξη της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως τη γενική ένδειξη περί ικανότητας καθαρισμού. Στην υπόθεση C-331/92, τόσο ο γενικός εισαγγελέας με τις προτάσεις του όσο και το Δικαστήριο με την απόφασή του τόνισαν ότι οι πραγματοποιηθείσες οικοδομικές εργασίες πρέπει να αναφέρονται αναλυτικά, για να μπορεί να γίνει λόγος για σύμβαση δημοσίων έργων²⁹. Η σύμβαση όμως του 1996 δεν περιέχει καμία περιγραφή των παροχών,

αλλά μόνον το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι η σύμβαση αυτή είναι σύμβαση δημοσίων έργων.

61. Χάριν πληρότητας και μόνο σημειώνω ότι, ακόμη και στην περίπτωση κατά την οποία η αναφορά του σκοπού του έργου ήθελε θεωρηθεί επαρκής, θα έπρεπε να εξεταστεί ένα περαιτέρω σημείο. Όπως διαπιστώθηκε ανωτέρω, η σύμβαση του 1996 περιλαμβάνει και στοιχεία συμβάσεως υπηρεσιών. Κατά τη δέκατη έκτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 92/50, από την οδηγία 71/305/ΕΟΚ προκύπτει «[...] ότι μια σύμβαση θεωρείται ως σύμβαση δημοσίων έργων μόνον εφόσον ο σκοπός της συνίσταται στην εκτέλεση ενός έργου. Ωστόσο, εφόσον τα έργα αυτά γίνονται επικουρικώς και δεν αποτελούν το αντικείμενο της σύμβασης, δεν μπορούν να δικαιολογήσουν το χαρακτηρισμό της σύμβασης ως σύμβασης δημοσίων έργων». Κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου στην υπόθεση C-331/92, στο αιτούν δικαστήριο εναπόκειται, επομένως, να εξετάσει αν η ενδεχόμενη υποχρέωση πραγματοποιήσεως οικοδομικών εργασιών υπερισχύει σε σχέση με τη συνομολογηθείσα υποχρέωση παροχής υπηρεσιών³⁰.

62. Χωρίς να προδικάζεται το περιεχόμενο της αποφάσεως του εθνικού δικαστηρίου, δύσκολα μπορεί να συναχθεί το συμπέρασμα ότι η εκτέλεση έργου αποτελεί το κύριο αντικείμενο της συμβάσεως, λαμβανομένων υπόψη των συνθηκών της υπό κρίση περιπτώσεως. Η σύμβαση είναι, αντιθέτως, η συνέχεια της συνεργασίας που υφίσταται επί δέκα έτη και η συνομολογηθείσα εκτέλεση έργου, αν υποθεθεί ότι πρόκειται για εκτέ-

29 — Απόφαση της 19ης Απριλίου 1994, C-331/92, Gestión Hotelera Internacional (Συλλογή 1994, σ. I-1329, σκέψη 24) και προτάσεις, σημείο 41.

30 — Απόφαση Gestión Hotelera Internacional (προσπαρεθείσα στην υποσημείωση 29), σκέψη 28.

λεση έργου, αφορά την προσαρμογή των υφισταμένων ικανοτήτων καθαρισμού προς τις μεταβληθείσες συνθήκες. Επομένως, θα πρέπει να πρόκειται, κατά κύριο λόγο, για περαιτέρω άσκηση της δραστηριότητας αποχετεύσεως και διαθέσεως λυμάτων, η οποία, όπως ήδη εκτέθηκε, αποτελεί παροχή υπηρεσιών.

63. Κατά συνέπεια, προτείνεται, επικουρικώς, να δοθεί στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα η ακόλουθη απάντηση:

Μια συμβατική ρύθμιση, κατά την οποία η εκτέλεση έργου περιγράφεται μόνο βάσει της λειτουργίας που το έργο αυτό πρέπει να επιτελέσει και η οποία έχει ταυτοχρόνως ως αντικείμενο την εξακολούθηση υφισταμένης συμβάσεως υπηρεσιών, δεν αποτελεί σύμβαση δημοσίων έργων υπό την έννοια του άρθρου 1, στοιχείο α', της οδηγίας 93/37.

4. Επί του τρίτου ερωτήματος

64. Με το τρίτο προδικαστικό ερώτημα, το Vergabekontrollsenat ερωτά αν οι προβλεπόμενες στο άρθρο 98 του WLVergG αποκλειστικές προθεσμίες δύο εβδομάδων συνάδουν προς την οδηγία 89/665 του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων³¹.

α) Οι ισχυρισμοί των διαδίκων

65. Η Universale και η κοινοπραξία θεωρούν ότι οι προβλεπόμενες στον WLVergG προθεσμίες ασκήσεως προσφυγής είναι υπερβολικά σύντομες. Κατά την Universale, οι αλλοδαποί υποψήφιοι δεν μπορούν, κατά κανόνα, να τηρήσουν τις προθεσμίες αυτές. Τούτο αντιβαίνει, αφενός, προς τον σκοπό εξασφάλισης της συνάψεως δημοσίων συμβάσεων χωρίς δυσμενείς διακρίσεις και, αφετέρου, προς τον σκοπό εξασφάλισης προσβάσεως των επιχειρήσεων σε μια κοινή αγορά με μεγάλες δυνατότητες και ενσχύσεως της ανταγωνιστικότητας των ευρωπαϊκών επιχειρήσεων. Ως απόδειξη για την ορθότητα της νομικής της ανάλυσεως, η Universale επισημαίνει ότι η προθεσμία παρατάθηκε εν τω μεταξύ σε τέσσερις εβδομάδες. Υπογραμμίζει, επιπλέον, όσον αφορά τα πραγματικά περιστατικά, ότι μόλις εντοπίσει για πρώτη φορά το σφάλμα που περιείχαν οι όροι προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών όταν συμβουλευθήκε τον φάκελο αξιολογήσεως των υποβληθέντων εγγράφων, αφού η EBS είχε ήδη απορρίψει την υποψηφιότητά της και η προθεσμία των δύο εβδομάδων είχε εκπνεύσει. Η κοινοπραξία προσθέτει ακόμη ότι δεν είναι δυνατό για τους υποψηφίους να εξετάσουν εντός της σύντομης προθεσμίας ασκήσεως προσφυγής τους λόγους που δικαιολογούν την αρνητική απόφαση της αναθέτουσας αρχής και να εντοπίσουν τον απατηλό χαρακτήρα της βαλλομένης αιτιολογίας. Επιπλέον, η προβλεπόμενη στα άρθρα 96 και 97 WLVergG υποχρέωση προηγούμενης ενημερώσεως της αναθέτουσας αρχής για την πρόθεση ασκήσεως προσφυγής έχει ως συνέπεια ότι η προθεσμία ασκήσεως προσφυγής των δύο εβδομάδων, η οποία τρέχει από της κοινοποιήσεως της απορριπτικής αποφάσεως, έχει ήδη παρέλθει όταν η ενημερωθείσα αναθέτουσα αρχή απαντά στον υποψήφιο.

66. Η EBS επικαλείται, αντιθέτως, τη διακριτική ευχέρεια την οποία παρέχει στα κράτη μέλη η οδηγία 89/665. Ο κοινοτικός

31 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 3.

νομοθέτης διευκρίνισε απλώς ότι οι αποφάσεις των αναθετουσών αρχών πρέπει να υπόκεινται στην άσκηση όσο το δυνατό ταχύτερων προσφυγών (άρθρο 1, παράγραφος 1), ότι οποιοδήποτε πρόσωπο που έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο ενδέχεται να υποστεί ζημία από μια εικαζόμενη παράβαση πρέπει να μπορεί να κινήσει διαδικασία προσφυγής (άρθρο 1, παράγραφος 3), ότι τα κράτη μέλη μπορούν να απαιτούν την προηγούμενη ενημέρωση της αναθέτουσας αρχής (άρθρο 1, παράγραφος 3) και, τέλος, ότι πρέπει να εξασφαλιστεί η δυνατότητα προσωρινής δικαστικής προστασίας, ότι οι παράνομες αποφάσεις πρέπει να ακυρώνονται και ότι πρέπει να μπορεί να επιδικαστεί αποζημίωση στους ζημιωθέντες υποψηφίους (άρθρο 2, παράγραφος 1). Κατά την EBS, οι σύντομες προθεσμίες συνάδουν προς τον εκτιθέμενο στην πέμπτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας σκοπό, ήτοι να μην καθυστερεί υπερβολικά η σύναψη των δημοσίων συμβάσεων. Εν πάση περιπτώσει, οι εθνικές διαδικαστικές διατάξεις δεν πρέπει να καθιστούν πρακτικώς αδύνατη την εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου. Τέλος, η EBS επισημαίνει ότι η προθεσμία ασκήσεως προσφυγής των δύο εβδομάδων αποτελεί γενικούς τον κανόνα όσον αφορά τις κρατικές πράξεις και παραθέτει, προς στήριξη του ισχυρισμού αυτού, το άρθρο 63, παράγραφος 5, του Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz, κατά το οποίο κάθε απόφαση της διοικητικής αρχής πρέπει να προσβληθεί εντός δύο εβδομάδων, καθώς και το άρθρο 403, παράγραφος 3, ΕΟ³², κατά το οποίο τα ασφαλιστικά μέτρα των πολιτικών δικαστηρίων πρέπει να προβάλλονται εντός δύο εβδομάδων.

67. Η Αυστριακή και η Ολλανδική Κυβέρνηση, καθώς και η Επιτροπή, επισημαίνουν,

κατ' αρχάς, ότι η ίδια η οδηγία 89/665 δεν ορίζει προθεσμίες, αλλά θέτει απλώς κάποιες ελάχιστες απαιτήσεις. Τα κράτη μέλη διαθέτουν διακριτική ευχέρεια όσον αφορά τον καθορισμό προθεσμιών ασκήσεως προσφυγής. Και οι τρεις υπογραμμίζουν, εντούτοις, ότι η οδηγία αποσκοπεί στην παροχή αποτελεσματικής έννομης προστασίας. Η Αυστριακή Κυβέρνηση παρατηρεί επιπλέον ότι οι προθεσμίες ασκήσεως προσφυγής έχουν ως συνέπεια την επιτάχυνση της διαδικασίας και περιορίζουν τον κίνδυνο καταχρήσεως των δυνατοτήτων έννομης προστασίας. Αμφότερες οι συνέπειες αντιστοιχούν στους σκοπούς της οδηγίας 89/665. Η Επιτροπή απαιτεί, επιπλέον, η έννομη προστασία να μην είναι λιγότερο ευνοϊκή από τις αντίστοιχες προσφυγές που αφορούν μόνον το εσωτερικό δίκαιο.

β) Ανάλυση

68. Όσον αφορά την προθεσμία που θέτει ο WLVergG, μετά την εκπνοή της οποίας δεν είναι πλέον δυνατή η προσβολή των διατάξεων που περιλαμβάνονται σε προκήρυξη διαγωνισμού, επιβάλλεται, κατ' αρχάς, η διαπίστωση ότι η οδηγία 89/665 θέτει απλώς ορισμένες ελάχιστες απαιτήσεις ως προς την έννομη προστασία που πρέπει να παρέχεται. Δεν περιέχει ούτε ενδείξεις σχετικά με τον χρόνο εντός του οποίου πρέπει να προσβληθούν συγκεκριμένες πράξεις ούτε διατάξεις σχετικά με το ζήτημα αν η εθνική νομοθεσία μεταφοράς της οδηγίας στο εσωτερικό δίκαιο μπορεί ή όχι να προβλέψει κανόνες παραγραφής.

69. Σε σχέση με την επιδίωξη αξιώσεων για την απόδοση αχρεωστήτως καταβληθέντων φόρων, το Δικαστήριο έκρινε ότι, ελλείψει

32 — «ΕΟ» σημαίνει Exekutionsordnung (κώδικας περί εκτέλεσης). Εν πάση περιπτώσει, η παραθεθείσα διάταξη δεν προβλέπει προθεσμία.

κοινοτικής ρυθμίσεως, τα κράτη μέλη είναι αρμόδια να θεσπίσουν τους διαδικαστικούς κανόνες βάσει των οποίων οι πολίτες της Ενώσεως μπορούν να ασκήσουν τα δικαιώματα που αντλούν από το κοινοτικό δίκαιο. Πάντως, οι εν λόγω διαδικαστικοί κανόνες δεν πρέπει να είναι λιγότερο ευνοϊκοί από εκείνους που ισχύουν για δικαιώματα που χορηγούν οι εθνικές διατάξεις (αρχή της ισοδυναμίας) και δεν πρέπει να καθιστούν πρακτικώς αδύνατη την άσκηση των δικαιωμάτων που χορηγεί το κοινοτικό δίκαιο (αρχή της αποτελεσματικότητας)³³. Στο πλαίσιο αυτό, το Δικαστήριο έκρινε επίσης ότι συμβιβάζεται, κατ' αρχήν, με την αρχή της αποτελεσματικότητας ο καθορισμός ευλόγων αποκλειστικών προθεσμών για την άσκηση προσφυγής, προς το συμφέρον της ασφάλειας δικαίου. Τέτοιες προθεσμίες δεν είναι ικανές να καταστήσουν πρακτικώς αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων που χορηγούνται από την κοινοτική έννομη τάξη³⁴. Ελλείπει κοινοτικής ρυθμίσεως του ζητήματος των αποκλειστικών προθεσμών, οι προθεσμίες ασκήσεως προσφυγής του WLVerGG δεν μπορούν, κατ' αρχήν, σύμφωνα με την προπαρατεθείσα νομολογία, να αποτελέσουν αντικείμενο αμφισβήτησεως. Ο εθνικός νομοθέτης διαθέτει συναφώς περιθώρια εκτιμήσεως.

70. Εντούτοις, η οδηγία αναφέρει, μεταξύ άλλων, τους ακόλουθους σκοπούς, οι οποίοι πρέπει να επιτευχθούν με τα μέτρα μεταφοράς της στο εσωτερικό δίκαιο και των οποίων η πραγματοποίηση δεν πρέπει να ματαιωθεί με την πρόβλεψη διατάξεων περί παραγραφής. Οι αποφάσεις που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και όσο το δυνατό ταχύτερων προσφυγών (άρθρο 1,

παράγραφος 1): τα κράτη μέλη μπορούν να απαιτούν από πρόσωπο που επιθυμεί να χρησιμοποιήσει τη διαδικασία προσφυγής να ενημερώσει προηγουμένως την αναθέτουσα αρχή (άρθρο 1, παράγραφος 3): η εθνική νομοθεσία πρέπει να παράσχει προσωρινή έννομη προστασία, καθώς και να καθιστά δυνατή την ακύρωση των παρανόμων αποφάσεων και την επιδίκαση αποζημιώσεως (άρθρο 2, παράγραφος 1).

71. Εντούτοις, η αποτελεσματική έννομη προστασία υπό την έννοια της οδηγίας 89/665 παρέχεται μόνον εάν οι προθεσμίες δεν καθιστούν αδύνατη την άσκηση των προβλεπόμενων ενδίκων βοηθημάτων. Κατά συνέπεια, οι προθεσμίες δεν πρέπει να είναι τόσο σύντομες ώστε να εμποδίζουν τους υποβάλλοντες προσφορές και τους υποψηφίους να ασκήσουν τα δικαιώματά τους. Δεδομένου, όμως, ότι η οδηγία 89/665 απαιτεί, όπως προκύπτει από το άρθρο 1, παράγραφος 1, αυτής, οι αποφάσεις των αναθετουσών αρχών να υπόκεινται στην άσκηση όσο το δυνατό ταχύτερων προσφυγών, προθεσμία δύο εβδομάδων, όπως αυτή που προβλέπει ο WLVerGG, δεν φαίνεται υπερβολικά σύντομη. Πρέπει, ιδίως, να μπορεί να τηρηθεί, κατ' αρχήν, και από αλλοδαπούς υποψηφίους και να αφήνει επαρκή χρόνο στους οικείους υποψηφίους ώστε να αντιληφθούν την ενδεχόμενη προσβολή των δικαιωμάτων τους. Η πρόβλεψη αποκλειστικών προθεσμών στους διαδικαστικούς κανόνες εξυπηρετεί επίσης την ασφάλεια δικαίου. Οι υποψήφιοι υπέρ των οποίων εκδόθηκε ευνοϊκή απόφαση πρέπει να μπορούν να έχουν εμπιστοσύνη στη διατήρηση της νομικής θέσεώς τους.

72. Στο αιτούν δικαστήριο εναπόκειται, στα πλαίσια της αναλύσεως του εθνικού δικαίου, να εξετάσει κατά πόσον η εν λόγω έννομη

33 — Απόφαση της 15ης Σεπτεμβρίου 1998, C-231/96, Edis (Συλλογή 1998, σ. I-4951, σκέψη 34).

34 — Απόφαση Edis (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 33), σκέψη 35.

προστασία είναι ισοδύναμη με την έννομη προστασία η οποία παρέχεται για την προστασία δικαιωμάτων που αντλούνται από εθνικές διατάξεις και κατά πόσον τηρείται, κατά συνέπεια, η αρχή της ισοδυναμίας. Η αίτηση για την έκδοση προδικαστικής απόφασης δεν περιλαμβάνει συναφώς καμία ένδειξη. Α priori, εν πάση περιπτώσει, δεν υφίστανται αμφιβολίες συναφώς, βάσει των ισχυρισμών των μετεχόντων στη διαδικασία και ιδίως των προθεσμιών ασκήσεως προσφυγής που προβλέπει ο Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz και στις οποίες αναφέρθηκε η EBS. Στα πλαίσια του ελέγχου που ασκεί, το αιτούν δικαστήριο πρέπει ακόμη να λάβει υπόψη κατά πόσον η προσφυγή μπορεί να κατατεθεί μόνο με απόδειξη παραλαβής ή, για παράδειγμα, και με fax ή με e-mail. Ο τύπος που πρέπει να τηρηθεί έχει συνέπειες για τη διάρκεια της ταχθείσας προθεσμίας.

73. Όσον αφορά την αιτίαση που προβάλλει η κοινοπραξία, ότι δηλαδή η προβλεπόμενη στα άρθρα 96 και 97 του WLVergG υποχρέωση προηγούμενης ενημερώσεως της αναθέτουσας αρχής έχει ως συνέπεια ότι η προθεσμία ασκήσεως προσφυγής του άρθρου 98 WLVergG έχει ήδη εκπνεύσει όταν η αναθέτουσα αρχή απαντά στον υποψήφιο, επισημαίνεται ότι είναι πρακτικώς αδύνατο να υπάρξει επικάλυψη των προθεσμιών. Τα άρθρα 96 και 97 του WLVergG αφορούν προθεσμία προ της κατακύρωσης του έργου, ενώ οι προθεσμίες του άρθρου 98, σημεία 1 και 3, του WLVergG αφορούν προθεσμίες μετά την κατακύρωση του έργου. Ούτε η προβλεπόμενη στο σημείο 2 της διατάξεως αυτής προθεσμία μπορεί να προκαλέσει σύγκρουση. Πράγματι, πρόκειται μεν, στην περίπτωση αυτή, για προθεσμία που προηγείται της εκπνοής της προθεσμίας υποβολής προσφορών και, κατά συνέπεια, που προηγείται της κατακύρωσης, πάντως όμως η προθεσμία του άρθρου 98 αφορά τις προσφυγές που ασκούνται κατά των διατά-

ξεων της δημόσιας προκηρύξεως του διαγωνισμού. Η προθεσμία του άρθρου 96 του WLVergG αφορά, αντιθέτως, «απόφαση της αναθέτουσας αρχής προγενέστερη της κατακύρωσεως του έργου». Στο αιτούν Vergabekontrollsenat εναπόκειται να καθορίσει, κατά το εθνικό δίκαιο, κατά πόσον οι διατάξεις της δημόσιας προκηρύξεως του διαγωνισμού μπορούν να συνιστούν τέτοια «απόφαση». Μόνο στην περίπτωση κατά την οποία δοθεί καταφατική απάντηση στο ερώτημα αυτό, είναι δυνατό να υπάρξουν αλληλεπικαλύψεις και να ανακύψει πρόβλημα όσον αφορά την αποτελεσματικότητα της παρεχόμενης έννομης προστασίας. Εν πάση περιπτώσει, αυτό δεν προκύπτει κατ' ανάγκη από το γράμμα της διατάξεως του WLVergG.

74. Κατά συνέπεια, προτείνω στο τρίτο ερώτημα να δοθεί η ακόλουθη απάντηση:

Η οδηγία 89/665/ΕΟΚ δεν απαγορεύει εθνική ρύθμιση η οποία τάσσει προθεσμία για την άσκηση προσφυγής κατά συγκεκριμένης αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής, με αποτέλεσμα, σε περίπτωση μη τηρήσεως της προθεσμίας αυτής, να μην μπορεί πλέον η εν λόγω απόφαση να προσβληθεί μεταγενέστερα κατά τη διάρκεια της διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως, στο μέτρο που εξασφαλίζεται ότι η παρεχόμενη έννομη προστασία δεν είναι λιγότερο ευνοϊκή από την προστασία που ισχύει για παρεμφερή δικαιώματα που αντλούνται από τα εθνικά δίκαια και η άσκηση των δικαιωμάτων που χορηγεί η οδηγία 89/665 δεν καθίσταται πρακτικώς αδύνατη. Κατά συνέπεια, οι θιγόμενοι ενδιαφερόμενοι οφείλουν να προβάλλουν κάθε πλημμέλεια της διαδικασίας, διότι άλλως χάνουν τη δυνατότητα αιτίαςεως.

5. Επί του τέταρτου ερωτήματος

75. Το τέταρτο ερώτημα του Vergabekontrollsenat αφορά το περιεχόμενο της προκηρύξεως της αναθέτουσας αρχής, η οποία πρέπει να δημοσιευθεί. Πρόκειται για το ζήτημα αν και κατά πόσον τα κριτήρια αξιολογήσεως, βάσει των οποίων επιλέγονται οι υποψήφιοι οι οποίοι καλούνται να υποβάλουν προσφορά, πρέπει να γνωστοποιούνται με την ανακοίνωση της προκηρύξεως ή με άλλα έγγραφα του φακέλου της προκηρύξεως.

α) Οι ισχυρισμοί των διαδίκων

76. Όσον αφορά τη διαδικασία επιλογής scoring, η Universale και η κοινοπραξία επικαλούνται παραβίαση των αρχών της διαφάνειας και της δυνατότητας επαληθεύσεως. Η Universale φρονεί ότι η βαρύτητα ενός εκάστου των αναφερομένων κριτηρίων επιλογής πρέπει να εκφράζεται σαφώς στην προκήρυξη του διαγωνισμού, προκειμένου να αποκλειστεί το ενδεχόμενο αυθαίρετης αποφάσεως. Κατά συνέπεια, στην προκαταρκτική ενημέρωση ή στα έγγραφα της προκηρύξεως δεν αρκεί να αναφέρεται μόνον η σειρά των κριτηρίων, αλλά και η βαρύτητα ενός εκάστου και, κατά συνέπεια, ένα δυνάμενο να επαληθευθεί σύστημα αξιολογήσεως, πράγμα το οποίο δεν εξασφαλίζει η κατάθεση του συστήματος αξιολογήσεως σε συμβολαιογράφο.

77. Η Ολλανδική Κυβέρνηση συμφωνεί, κατ'αποτέλεσμα, με την ανάλυση αυτή. Η αξιολογήσιμη των υποψηφιοτήτων πρέπει να

πραγματοποιείται με διαφάνεια και αντικειμενικότητα. Κατά συνέπεια, οι υποψήφιοι πρέπει να γνωρίζουν εκ των προτέρων με ποιο τρόπο και βάσει ποιων κριτηρίων πραγματοποιείται η αξιολόγηση των υποψηφίων.

78. Η EBS επικαλείται, αντιθέτως, το άρθρο 30, παράγραφος 2, της οδηγίας 93/37. Η διάταξη αυτή προβλέπει απλώς ότι τα κριτήρια για την ανάθεση του έργου μνημονεύονται, ει δυνατόν, επομένως όχι υποχρεωτικά, κατά φθίνουσα τάξη σπουδαιότητας. Ούτε από το πρωτογενές κοινοτικό δίκαιο μπορεί να συναχθεί κανόνας γενικής διαφάνειας. Επομένως, δεν μπορεί να αμφισβητηθεί η ορθότητα της καταθέσεως του συστήματος αξιολογήσεως σε συμβολαιογράφο.

79. Η Αυστριακή Κυβέρνηση και η Επιτροπή επισημαίνουν και αυτές ότι η οδηγία 93/37 δεν περιλαμβάνει λεπτομερείς διατάξεις για την αξιολογήσιμη των αιτήσεων συμμετοχής στα πλαίσια της δημόσιας επιλογής μεταξύ του κύκλου των αιτούντων στις κλειστές διαδικασίες. Η Αυστριακή Κυβέρνηση αναφέρεται στο άρθρο 22 της οδηγίας 93/37, το οποίο δεν περιέχει καμία ένδειξη για τη διαδικασία που πρέπει να τηρηθεί κατά την επιλογή των αιτούντων. Βάσει των γενικών αρχών, η επιλεγείσα διαδικασία θα πρέπει να είναι διαμορφωμένη κατά τρόπο αντικειμενικό και μη εισάγοντα δυσμενείς διακρίσεις. Εντούτοις, δεν υφίσταται καμία υποχρέωση να γνωστοποιηθεί εκ των προτέρων στα έγγραφα της προκηρύξεως το σύστημα αξιολογήσεως για την επιλογή των αιτούντων, οι οποίοι καλούνται να υποβάλουν προσφορά. Η Επιτροπή επισημαίνει ότι, κατά το άρθρο 11, παράγραφος 6, της οδηγίας, μπορούν να απαιτηθούν μόνο συγκεκριμένες αποδείξεις. Η απόφαση περί επιλογής πρέπει να στηρίζεται στα έγγραφα αυτά.

β) Ανάλυση

80. Όσον αφορά το τέταρτο προδικαστικό ερώτημα, διαπιστώνεται, κατ' αρχάς, ότι η οδηγία 93/37 δεν ορίζει ρητώς κατά πόσον η διαδικασία αξιολογήσεως που εφαρμόζει η αναθέτουσα αρχή πρέπει να περιγράφεται αναλυτικά στην προκήρυξη της διεξαγωγής κλειστού διαγωνισμού ή στα έγγραφα της προκηρύξεως.

81. Εντούτοις, η οδηγία περιέχει σε πολλές διατάξεις ρυθμίσεις όσον αφορά την ένδειξη των κριτηρίων επιλογής. Κατά το άρθρο 7, παράγραφος 2, η διαδικασία με διαπραγμάτευση μπορεί να διεξαχθεί αφού οι υποψήφιοι επιλεγούν βάσει γνωστών ποιοτικών κριτηρίων. Από τη διάταξη αυτή συνάγεται ότι τα ποιοτικά κριτήρια πρέπει να κοινοποιηθούν, όχι όμως ότι πρέπει να γνωστοποιηθεί και η διαδικασία αξιολογήσεως που εφαρμόζεται για τα κατ' ιδίαν κριτήρια.

82. Το άρθρο 11, παράγραφος 6, ορίζει τις αποδείξεις που η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητήσει από τους αιτούντες. Όπως ορθώς επισήμανε η Επιτροπή, από τη διάταξη αυτή είναι δυνατό να συναχθεί ποια κριτήρια μπορούν να ληφθούν υπόψη για την επιλογή των υποψηφίων. Εντούτοις, η διάταξη αυτή δεν διευκρινίζει αν πρέπει να γνωστοποιηθεί στους υποψηφίους το σύστημα που εφαρμόζεται για την αξιολόγηση των κατ' ιδίαν στοιχείων.

83. Το άρθρο 13, παράγραφος 2, απαριθμεί τις ελάχιστες ενδείξεις τις οποίες θα πρέπει να περιέχει η πρόσκληση για την υποβολή προσφορών στα πλαίσια κλειστής διαδικασίας. Κατά την παράγραφο 2, στοιχείο ε', τα κριτήρια για την ανάθεση του έργου περιλαμβάνονται στις ενδείξεις αυτές. Όμως, ούτε η διάταξη αυτή απαιτεί τη γνωστοποίηση του συστήματος αξιολογήσεως, το οποίο στηρίζει την επιλογή της αναθέτουσας αρχής.

84. Τα άρθρα 18 και 22 διευκρινίζουν ότι οι υποψήφιοι οι οποίοι καλούνται να υποβάλουν προσφορά στα πλαίσια κλειστής διαδικασίας πρέπει να επιλέγονται βάσει των πληροφοριών που χορηγούν οι εν λόγω υποψήφιοι για την κατάσταση του εργολήπτη, καθώς και βάσει των πληροφοριών και διατυπώσεων που είναι αναγκαίες για την αξιολόγηση των ελαχίστων προϋποθέσεων οικονομικού και τεχνικού χαρακτήρα που πρέπει να πληροί ο εργολήπτης. Εντούτοις, και οι διατάξεις αυτές δεν περιέχουν κανένα στοιχείο για την αξιολόγηση των κατ' ιδίαν κριτηρίων.

85. Τέλος, το άρθρο 30 της οδηγίας ορίζει, στην παράγραφο 2, ότι στην περίπτωση κατά την οποία η ανάθεση γίνεται στον υποβάλλοντα την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μνημονεύονται, στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη, όλα τα κριτήρια για την ανάθεση του έργου τα οποία πρόκειται να χρησιμοποιηθούν. Τα κριτήρια αυτά μνημονεύονται, «ει δυνατόν», κατά φθίνουσα τάξη σπουδαιότητας. Από τη διάταξη αυτή μπορεί βεβαίως να συναχθεί ότι όλα τα εφαρμοζόμενα για την απόφαση περί επιλογής κριτήρια πρέπει να έχουν γνωστοποιηθεί πλήρως. Όμως, και το άρθρο 30 απαιτεί απλώς την αναφορά των κριτηρίων βάσει των οποίων πραγματοποιείται η ανάθεση. Το γράμμα της διατάξεως αυτής περιέχει ήδη ένα περιορισμό, υπό την έννοια ότι τα κριτήρια μνημονεύονται, «ει

δυνατόν», κατά φθίνουσα τάξη σπουδαιότητας. Ας υποθεθεί, εν προκειμένω, ότι από τη διατύπωση αυτή συνάγεται, κατ' αρχήν, υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να μην μονεύσει τα κριτήρια κατά τη σειρά αυτή. Βεβαίως, το γράμμα της διατάξεως δεν επιβάλλει οπωσδήποτε την ερμηνεία αυτή. Η ερμηνεία αυτή αντιστοιχεί όμως στο πνεύμα και στον σκοπό της οδηγίας 93/37, που συνίσταται στην επίτευξη μεγαλύτερης διαφάνειας κατά τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων (πρβλ. τις αιτιολογικές σκέψεις 10 έως 12 της οδηγίας). Όμως, ούτε η ερμηνεία αυτή συνεπάγεται την επίτευξη του σκοπού που επιδιώκουν οι αιτούσες της κύριας δίκης. Πράγματι, εφόσον δύο κριτήρια θεωρούνται από την αναθέτουσα αρχή ισοδύναμα, η σειρά της απαριθμής τους δεν αντιστοιχεί πλέον στη σπουδαιότητα που αποδίδεται σε καθένα εξ αυτών. Επιπλέον, η «τάξη σπουδαιότητας» δεν πρέπει να εξομοιωθεί με τις «λεπτομέρειες της διαδικασίας αξιολογήσεως scoring». Κατά συνέπεια, ακόμη και η αυστηρή τήρηση του άρθρου 30, παράγραφος 2, δεν απαιτεί τη διευκρίνιση των λεπτομερειών της διαδικασίας αξιολογήσεως scoring που εφάρμοσε η EBS. Επομένως, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η νομική λύση των προσφευγουσών της κύριας δίκης δεν στηρίζεται στις προπαρατεθείσες διατάξεις της οδηγίας 93/37.

86. Ούτε από το πνεύμα και τον σκοπό της οδηγίας, που συνίσταται στην πραγματοποίηση της ελευθερίας εγκαταστάσεως και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών όσον αφορά τις συμβάσεις δημοσίων έργων (πρβλ. τη δεύτερη αιτιολογική σκέψη), μπορούν να συναχθούν στοιχεία που επιρρωννύουν τη νομική άποψη της Universale και της κοινοπραξίας. Πράγματι, ο σκοπός αυτός πρέπει να επιτευχθεί με τη δημοσίευση των διαφώ-

ρων συμβάσεων δημοσίων έργων που πρέπει να συναφθούν. Το τέταρτο προδικαστικό ερώτημα όμως δεν αφορά τη δημοσίευση της προκηρύξεως δημοσίου έργου, ώστε εγχώριες και αλλοδαπές επιχειρήσεις να μπορούν να υποβάλουν την υποψηφιότητά τους με τους ίδιους όρους. Αντιθέτως, πρόκειται για την περαιτέρω δυνατότητα προσβάσεως στο σύστημα αξιολογήσεως, το οποίο προτίθεται να χρησιμοποιήσει η αναθέτουσα αρχή κατά την επιλογή των υποψηφίων.

87. Η διαδικασία που ακολούθησε η EBS, δηλαδή η αναφορά των κριτηρίων για την κατάταξη των αιτήσεων συμμετοχής στην προκήρυξη του διαγωνισμού (τεχνική ικανότητα και κατακύρωση στην πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά), καθώς και η διευκρίνιση στα έγγραφα της προκηρύξεως ότι οι συστάσεις που υποβάλλουν οι υποψήφιοι αξιολογούνται βάσει διαδικασίας ελέγχου που έχει κατατεθεί σε συμβολαιογράφο, αποκλείει το ενδεχόμενο να ευνοηθούν οι ημεδαποί υποψήφιοι έναντι υποψηφίων από άλλα κράτη μέλη. Πράγματι, όλοι οι υποψήφιοι γνωρίζουν τα κριτήρια αναθέσεως, ενώ αγνοούν τις λεπτομέρειες της διαδικασίας αξιολογήσεως scoring. Επομένως, η επίτευξη του στόχου της διαφάνειας που θέτει η οδηγία 93/37 είναι εξασφαλισμένη. Το ισχύον κείμενο δεν παρέχει νομική βάση για περαιτέρω απαιτήσεις σχετικά με τη δημοσιότητα της διαδικασίας αξιολογήσεως.

88. Ο προτεινόμενος εν προκειμένω περιορισμός σε μια υποχρέωση γνωστοποιήσεως

των κριτηρίων που εφαρμόζονται για την ανάθεση του έργου, ει δυνατόν κατά φθίνουσα τάξη σπουδαιότητας, δεν συνάδει μόνο με το γράμμα της οδηγίας 93/37. Εξυπηρετεί ακόμη τον σκοπό επιλογής του «καλύτερου» προσφέροντος στο πλαίσιο μιας διαδικασίας διαγωνισμού. Εάν η διαδικασία αναθέσεως είναι γνωστή εκ των προτέρων, πρέπει να αναμένεται ότι οι υποψήφιοι καταρτίζουν τις προσφορές τους βάσει των στοιχείων αυτών και δικαιολογούν ειδικότερα την ικανότητά τους στηριζόμενοι στα σημεία τα οποία αξιολογούνται περισσότερο. Μόνον κατά τον τρόπο αυτό μπορούν να επιτύχουν να συμπεριληφθούν στον κύκλο των υποψηφίων που θα κληθούν να υποβάλουν στη συνέχεια προσφορές. Η εν λόγω προσαρμογή της υποψηφιότητας στη διαδικασία επιλογής γεννά, όμως, τον κίνδυνο διαστρεβλώσεως της εικόνας την οποία διαμορφώνει η αναθέτουσα αρχή ως προς τους υποψηφίους βάσει των υποβληθέντων εγγράφων. Εντούτοις, σκοπός αυτού του σταδίου της διαδικασίας είναι να διαμορφώσει η αναθέτουσα αρχή γενική εικόνα της ικανότητας των υποψηφίων. Τούτο επιτυγχάνεται κατά τον καλύτερο τρόπο εάν οι υποψήφιοι παρουσιάσουν μια όσο το δυνατό πληρέστερη εικόνα τους, βάσει, βεβαίως, των αναφερόμενων κριτηρίων αναθέσεως, χωρίς όμως να γνωρίζουν τη μέθοδο επιλογής, επομένως τις λεπτομέρειες της αξιολογήσεως.

89. Είναι σημαντικό να τονιστεί ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει, σύμφωνα με το άρθρο 8, παράγραφος 3, της οδηγίας 93/37,

να καταρτίζει ένα πρακτικό της συνάψεως της συμβάσεως. Το πρακτικό αυτό περιλαμβάνει τους λόγους επιλογής ενός υποψηφίου και τους λόγους απορρίψεως των λοιπών υποψηφίων. Η υποχρέωση αυτή εξασφαλίζει τον δικαστικό έλεγχο της αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής και, κατά συνέπεια, και των κριτηρίων αξιολογήσεως που δεν ανακοινώθηκαν προηγουμένως. Η εκτιθέμενη εν προκειμένω λύση λαμβάνει υπόψη τα διάφορα συμφέροντα των μετεχόντων στη διαδικασία επιλογής. Εμποδίζει ενδεχόμενες δυσμενείς διακρίσεις, δεν υποβάλλει τη διαδικασία συνάψεως σε απαιτήσεις διαφάνειας οι οποίες δεν δικαιολογούνται ούτε από το γράμμα της οδηγίας ούτε από τις γενικές αρχές του κοινοτικού δικαίου και, κατά συνέπεια, θα ήσαν υπερβολικές και εξασφαλίζει τη δυνατότητα δικαστικού ελέγχου της διαδικασίας αυτής.

90. Κατά συνέπεια, στο τέταρτο προδικαστικό ερώτημα προτείνω να δοθεί η ακόλουθη απάντηση:

Η απόφαση της προκηρύξασας τον διαγωνισμό αρχής να αξιολογήσει τις υποψηφιότητες βάσει μεθόδου ελέγχου κατατεθειμένης σε συμβολαιογράφο ικανοποιεί τις απαιτήσεις της οδηγίας 93/37. Οι λεπτομέρειες όσον αφορά τη σπουδαιότητα των κριτηρίων επιλογής δεν χρειάζεται να έχουν γνωστοποιηθεί ούτε με την ανακοίνωση της προκηρύξεως ούτε με άλλα έγγραφα του φακέλου της προκηρύξεως.

VI — Πρόταση

91. Βάσει των προηγουμένων σκέψεων, στα προδικαστικά ερωτήματα που υπέβαλε το Wiener Vergabekontrollsenat προτείνω να δοθούν οι ακόλουθες απαντήσεις:

- «1) Θεωρείται ως αναθέτουσα αρχή υπό την έννοια του άρθρου 1, στοιχείο β', της οδηγίας 93/37 του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων, ακόμη και ένα νομικό πρόσωπο το οποίο δεν δημιουργήθηκε ειδικά για να ικανοποιήσει ανάγκες γενικού συμφέροντος, πλην όμως μεταγενέστερα ικανοποιεί τέτοιες ανάγκες, υπό την προϋπόθεση ότι η ικανοποίηση τέτοιων αναγκών στηρίζεται σε περιστάσεις που μπορούν να εντοπισθούν αντικειμενικά.
- 2) Μια συμβατική ρύθμιση, κατά την οποία η εκτέλεση έργου περιγράφεται μόνο βάσει της λειτουργίας που το έργο αυτό πρέπει να επιτελέσει και η οποία έχει ταυτοχρόνως ως αντικείμενο την εξακολούθηση υφισταμένης συμβάσεως υπηρεσιών, δεν αποτελεί σύμβαση δημοσίων έργων υπό την έννοια του άρθρου 1, στοιχείο α', της οδηγίας 93/37.
- 3) Η οδηγία 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για το συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων, δεν απαγορεύει εθνική ρύθμιση η οποία τάσσει προθεσμία για την άσκηση προσφυγής κατά συγκεκριμένης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, με αποτέλεσμα, σε περίπτωση μη τηρήσεως της προθεσμίας αυτής, να μην μπορεί πλέον η εν λόγω απόφαση να προσβληθεί μεταγενέστερα κατά τη διάρκεια της διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως, στο

μέτρο που εξασφαλίζεται ότι η παρεχόμενη έννομη προστασία δεν είναι λιγότερο ευνοϊκή από την προστασία που ισχύει για παρεμφερή δικαιώματα που αντλούνται από τα εθνικά δίκαια και η άσκηση των δικαιωμάτων που χορηγεί η οδηγία 89/665 δεν καθίσταται πρακτικώς αδύνατη. Κατά συνέπεια, οι θιγόμενοι ενδιαφερόμενοι οφείλουν να προβάλλουν κάθε πλημμέλεια της διαδικασίας, διότι άλλως χάνουν τη δυνατότητα αιτιάσεως.

- 4) Η απόφαση της προκηρύξασας τον διαγωνισμό αρχής να αξιολογήσει τις υποψηφιότητες βάσει μεθόδου ελέγχου κατατεθειμένης σε συμβολαιογράφο ικανοποιεί τις απαιτήσεις της οδηγίας 93/37. Οι λεπτομέρειες όσον αφορά τη σπουδαιότητα των κριτηρίων επιλογής δεν χρειάζεται να έχουν γνωστοποιηθεί ούτε με την ανακοίνωση της προκηρύξεως ούτε με άλλα έγγραφα του φακέλου της προκηρύξεως.»