

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΗΣ ΓΕΝΙΚΗΣ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
CHRISTINE STIX-HACKL
της 12ης Απριλίου 2005¹

I — Εισαγωγικές παρατηρήσεις

1. Η παρούσα αίτηση για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως αφορά τη σημασία του πρωτογενούς δικαίου για τον τομέα των δημοσίων συμβάσεων. Πρόκειται ειδικότερα για το ζήτημα ποιες υποχρεώσεις ανακύπτουν για τις αναθέτουσες αρχές από τις θεμελιώδεις ελευθερίες. Η διαδικασία αυτή παρέχει, επομένως, την ευκαιρία περαιτέρω διευκρίνισης της νομολογίας του Δικαστηρίου, ιδίως της αποφάσεως στην υπόθεση *Telaustria* και *Telefonadress*².

σεων πρέπει να αναφερθούν οι ακόλουθες νομικές πράξεις (στο εξής: οδηγίες), οι οποίες αντικαταστάθηκαν εν τω μεταξύ από νέες οδηγίες (που καλούνται νομοθετικό πακέτο):

- από τις καλούμενες κλασικές οδηγίες, η οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών³ (στο εξής: οδηγία περί δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών), καθώς και

II — Το νομικό πλαίσιο

A — Το κοινοτικό δίκαιο

2. Από το πεδίο του παραγώγου κοινοτικού δικαίου στον τομέα των δημοσίων συμβά-

- η οδηγία 93/38/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών⁴ (στο εξής: οδηγία περί εξαιρουμένων τομέων).

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γερμανική.

2 — Απόφαση της 7ης Δεκεμβρίου 2000, C-324/98, (Συλλογή 2000, σ. I-10745).

3 — ΕΕ L 209, σ. 1, τροποποιηθείσα.

4 — ΕΕ L 199, σ. 84, τροποποιηθείσα.

B — Το εθνικό δίκαιο

3. Το άρθρο 22, παράγραφος 3, του νόμου 142, της 8ης Ιουνίου 1990, για την τοπική αυτοδιοίκηση⁵ εξουσιοδοτεί τους Δήμους και τις επαρχίες να εκπληρώνουν τις τοπικές αποστολές δημοσίου συμφέροντος, οι οποίες εμπίπτουν στην αρμοδιότητά τους, κατά έναν από τους τρόπους που αναφέρονται στα στοιχεία α έως ε της διατάξεως αυτής:

- a) υπό τη μορφή της επιστασίας, οσάκις, λόγω των περιορισμένων διαστάσεων ή των χαρακτηριστικών της υπηρεσίας, δεν είναι σκόπιμη η δημιουργία οργανισμού ή επιχείρησης·
- b) με παραχώρηση (*concessione*) σε τρίτους, εφόσον συντρέχουν λόγοι τεχνικής, οικονομικής ή κοινωνικής φύσεως·
- c) με ειδικές επιχειρήσεις, ακόμη και για την εκπλήρωση πλειόνων αποστολών οικονομικού και εμπορικού χαρακτήρα·
- d) με οργανισμούς και μάλιστα για την εκπλήρωση κοινωνικών αποστολών χωρίς εμπορικό ενδιαφέρον·

- e) με ανώνυμες εταιρίες ή εταιρίες περιορισμένης ευθύνης με δημόσιο, κατά πλειοψηφία, κεφάλαιο, οι οποίες συστήνονται από τον οργανισμό που είναι επιφορτισμένος με την παροχή της δημόσιας υπηρεσίας ή στις οποίες μετέχει ο οργανισμός αυτός.

III — Πραγματικά περιστατικά, κύρια διαδικασία και προδικαστικό ερώτημα

4. Η Consorzio Aziende Metano (στο εξής: Coname.) συνήψε με τον Δήμο Cingia de' Botti για το χρονικό διάστημα από 1ης Ιανουαρίου 1999 έως 31 Δεκεμβρίου 2000 «σύμβαση για τη συντήρηση, τη διαχείριση και την εποπτεία του δικτύου διαθέσεως μεθανίου».

5. Με έγγραφο της 30ής Δεκεμβρίου 1999 ο Δήμος Cingia de' Botti γνωστοποίησε στην Coname ότι το κοινοτικό συμβούλιο με απόφαση της 21ης Δεκεμβρίου 1999 ενέκρινε τη «συμφωνία με την Padania Acque SpA για τη διαχείριση της εκμεταλλεύσεως και τη συντήρηση της εγκαταστάσεως αερίου». Με την ίδια απόφαση εγκρίθηκε επίσης το σχέδιο συμβάσεως μεταξύ της Padania Acque SpA (στο εξής: Padania) και του Δήμου Cingia de' Botti.

6. Η Padania είναι μια προεχόντως κρατική επιχείρηση, η οποία δημιουργήθηκε από τη μεταβίβαση της πρώην Consorzio per l'ac-

⁵ — *GLUR* 135, της 12ης Ιουνίου 1990. Ο νόμος αυτός έγινε το άρθρο 113 του Decreto legislativo 267, της 18ης Αυγούστου 2000. Η διάταξη αυτή τροποποιήθηκε αργότερα με το άρθρο 35, παράγραφος 1, του νόμου 448, της 28ης Δεκεμβρίου 2001 (*legge finanziaria* για το έτος 2002).

qua rotabile (κοινοπραξία για πόσιμο νερό) στους Δήμους της Επαρχίας Cremona. Στη συνέχεια, μετέχουν σ' αυτήν όλοι οι Δήμοι της επαρχίας αυτής, μεταξύ των οποίων ο Δήμος Cingia de' Botti, ο οποίος κατέχει το 0,97% του κεφαλαίου, και η επαρχία Cremona.

κεφάλαιο δεν αρκεί για να τους εξασφαλίσει άμεσο έλεγχο στην εν λόγω διαχείριση, και πρέπει, κατά συνέπεια, να γίνει δεκτό ότι, σε μια περίπτωση όπως η επίδικη, όπου η συμμετοχή του δήμου ανέρχεται στο 0,97%, δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις της αυτεπιστάσας;»

7. Λαμβανομένης υπόψη της μορφής της, η επιχείρηση αυτή επιφορτίσθηκε σύμφωνα με το άρθρο 22, παράγραφος 3, στοιχείο ε, του νόμου 142, με την άμεση παροχή των επίμαχων υπηρεσιών.

8. Η Coname προσέφυγε στο Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia —Sezione staccata di Brescia— και ζήτησε ιδίως την ακύρωση της αποφάσεως του Δήμου. Το Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia υπέβαλε στο Δικαστήριο το ακόλουθο προδικαστικό ερώτημα:

IV — Επί του παραδεκτού

9. Η υπό κρίση αίτηση για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως θέτει πλέοντα ερωτήματα σχετικά με το παραδεκτό.

A — Επί του άρθρου 81 ΕΚ

«Εμποδίζουν τα άρθρα 43 [ΕΚ], 49 [ΕΚ] και 81 [ΕΚ] —τα οποία απαγορεύουν αντιστοίχως τους περιορισμούς της ελευθερίας εγκαταστάσεως των υπηκόων ενός κράτους μέλους στην επικράτεια άλλου κράτους μέλους και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών στο εσωτερικό της Κοινότητας— όσον αφορά τους υπηκόους των κρατών μελών, καθώς και τις εμπορικές ή εταιρικές πρακτικές που μπορούν να παρεμποδίσουν, να περιορίσουν ή να νοθεύσουν τον ανταγωνισμό εντός της Ευρωπαϊκής Ενώσεως— την απ' ευθείας ανάθεση, ήτοι χωρίς διαγωνισμό, της διαχειρίσεως της δημόσιας υπηρεσίας διανομής του φυσικού αερίου σε εταιρία, στο κεφάλαιο της οποίας συμμετέχουν δήμοι, όταν η συμμετοχή τους αυτή στο εταιρικό

10. Αμφιβολίες ως προς το παραδεκτό του προδικαστικού ερωτήματος υφίστανται σε σχέση προς το άρθρο 81 ΕΚ.

11. Όπως προκύπτει από την παγία νομολογία του Δικαστηρίου, το εθνικό δικαστήριο οφείλει να εκθέτει τους ακριβείς λόγους που το παρακίνησαν να ζητήσει την ερμηνεία του κοινοτικού δικαίου και να θεωρήσει

αναγκαία την υποβολή προδικαστικών ερωτημάτων⁶. Πράγματι, το Δικαστήριο έκρινε ότι είναι αναγκαίο το εθνικό δικαστήριο να παράσχει ένα ελάχιστο όριο διευκρινίσεων ως προς τους λόγους επιλογής των κοινοτικών διατάξεων των οποίων την ερμηνεία ζητεί και ως προς τη σχέση που δημιουργείται μεταξύ αυτών των διατάξεων και των εθνικών διατάξεων που έχουν εφαρμογή στη διαφορά⁷.

12. Περαιτέρω, το Δικαστήριο έκρινε ότι δεν είναι αρμόδιο για την έκδοση αποφάσεως επί των προδικαστικών ερωτημάτων εάν είναι προφανές ότι η ερμηνεία του κοινοτικού δικαίου που ζητεί το εθνικό δικαστήριο δεν έχει καμία σχέση με το υποστατό ή με το αντικείμενο της διαφοράς της κύριας δίκης⁸.

13. Όσον αφορά τις προαναφερθείσες απαιτήσεις της νομολογίας του Δικαστηρίου σε σχέση με το παραδεκτό των προδικαστικών ερωτημάτων, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι οι αναλύσεις στη διάταξη περί παραπομπής για το άρθρο 81 ΕΚ, εκτός της παραθέσεως του περιεχομένου του, περιορίζονται στο ότι ο ελεύθερος ανταγωνισμός συνιστά γενική αρχή του κοινοτικού δικαίου και ο περιορισμός του αποτελεί εντελώς ειδική περίπτωση παρεκκλίσεως, η οποία επιτρέπεται μόνον υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις.

14. Εν τούτοις, η διάταξη περί παραπομπής δεν πληροί, με τον τρόπο αυτόν, τις προϋποθέσεις της προαναφερθείσας νομολογίας σε σχέση με την αιτιολογία που παρέχεται για την ανάγκη ερμηνείας της διατάξεως του κοινοτικού δικαίου που ζητεί ο εθνικός δικαστής.

15. Περαιτέρω, κατά παγία νομολογία του Δικαστηρίου, τα προδικαστικά ερωτήματα είναι παραδεκτά μόνον καθόσον η διάταξη περί παραπομπής περιέχει επαρκή στοιχεία για το ιστορικό της κύριας δίκης⁹.

16. Συναφώς, πρέπει στο δίκαιο του ανταγωνισμού, στο οποίο ανήκει και το άρθρο 81 ΕΚ σχετικά με τις απαγορεύσεις των συμπράξεων, να τεθεί ένα άκρως αυστηρό κριτήριο¹⁰.

17. Σε σχέση με το άρθρο 81 ΕΚ, η διάταξη περί παραπομπής δεν πληροί τις προϋποθέσεις ούτε όσον αφορά το πραγματικό πλαίσιο. Πράγματι, δεν υπάρχουν στη διάταξη περί παραπομπής ενδείξεις ιδίως για τις συμμετέχουσες επιχειρήσεις και για τις ενέργειες οι οποίες κατά την άποψη του αιτούντος δικαστηρίου εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 81 ΕΚ.

6 — Διατάξεις της 12ης Μαρτίου 2004, C-54/03, Austroplant-Arzneimittel (μη δημοσιευθείσα ακόμη στη Συλλογή, σκέψη 11), της 25ης Ιουνίου 1996, C-101/96, Italia Testa (Συλλογή 1996, σ. I-3081, σκέψη 6), της 30ής Απριλίου 1998, C-128/97 και C-137/97, Testa και Modesti (Συλλογή 1998, σ. I-2181, σκέψη 15), καθώς και της 8ης Ιουλίου 1998, C-9/98, Agostini (Συλλογή 1998, σ. I-4261, σκέψη 6).

7 — Διάταξη στην υπόθεση C-54/03 (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 6), σκέψη 11, διατάξεις της 7ης Απριλίου 1995, C-167/94, Grau Gomis κ.λπ. (Συλλογή 1995, σ. I-1023, σκέψη 9), και της 28ης Ιουνίου 2000, C-116/00, Langellaumie (Συλλογή 2000, σ. I-4979, σκέψη 16).

8 — Διάταξη στην υπόθεση C-54/03 (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 6), σκέψη 12, καθώς και αποφάσεις της 13ης Μαρτίου 2001, C-379/98, PreussenElektra (Συλλογή 2001, σ. I-2099, σκέψη 39) και της 22ας Ιανουαρίου 2002, C-390/99, Canal Satellite Digital (Συλλογή 2002, σ. I-607, σκέψη 19).

9 — Απόφαση της 26ης Ιανουαρίου 1993, C-320/90, C-321/90 και C-322/90, Telemarsicabruzzo κ.λπ. (Συλλογή 1993, σ. I-393, σκέψη 6), καθώς και διατάξεις της 19ης Μαρτίου 1993, C-157/92, Banchero (Συλλογή 1993, σ. I-1085, σκέψη 4), C-128/97 και C-137/97 (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 6), σκέψη 5, στην υπόθεση C-9/98 (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 6), σκέψη 4, και στην υπόθεση C-54/03 (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 6), σκέψη 10.

10 — Απόφαση της 13ης Απριλίου 2000, C-176/96, Lehtonen και Castors Braine (Συλλογή 2000, σ. I-2681, σκέψη 22), καθώς και διατάξεις στην υπόθεση C-157/92 (παρατεθείσα στην υποσημείωση 9), σκέψη 5, στην υπόθεση C-116/00 (παρατεθείσα στην υποσημείωση 7), σκέψη 19, και της 11ης Φεβρουαρίου 2004, C-438/03, C-439/03, C-509/03 και C-2/04, Antonio Cannito (Συλλογή 2004, σ. I-1605, σκέψη 6).

18. Επομένως, σε σχέση με το άρθρο 81 ΕΚ, η διάταξη περί παραπομπής δεν πληροί τις προϋποθέσεις του παραδεκτού του προδικαστικού ερωτήματος.

και της ελεύθερης παροχής των υπηρεσιών, δεν έχουν εφαρμογή οι θεμελιώδεις ελευθερίες. Το Δικαστήριο κατέληξε στο συμπέρασμα αυτό στην υπόθεση *RI.SAN*¹¹.

B — Επί των θεμελιωδών ελευθεριών

19. Προβλήματα παραδεκτού του προδικαστικού ερωτήματος ανακύπτουν όμως και σε σχέση με τις καλούμενες θεμελιώδεις ελευθερίες (άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ).

20. Πράγματι, το Δικαστήριο έκρινε απαράδεκτη αίτηση για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως από το ίδιο κράτος μέλος και ομοίως σχετικά με τις δημόσιες συμβάσεις επειδή στην περίπτωση εκείνη η επιχείρηση, η οποία αμφισβητούσε την νομιμότητα της επιλογής στην οποία προέβη ο Δήμος, είχε την έδρα της στην Ιταλία και δεν ασκούσε δραστηριότητες στην Ιταλία επικαλούμενη την ελευθερία εγκαταστάσεως και την ελεύθερη παροχή των υπηρεσιών. Το Δικαστήριο κατέληξε ότι το ιστορικό δεν έχει καμία σχέση με κάποια από τις πραγματικές καταστάσεις τις οποίες ρυθμίζει το κοινοτικό δικαιο στον τομέα της ελεύθερης κυκλοφορίας των προσώπων και της ελεύθερης παροχής των υπηρεσιών. Εάν όμως κανένα στοιχείο της υποθέσεως δεν υπερβαίνει τα όρια ενός κράτους μέλους και δεν έχει, κατά συνέπεια, καμία σχέση με τις καταστάσεις που ρυθμίζει το κοινοτικό δικαιο στον τομέα της ελεύθερης κυκλοφορίας των προσώπων

21. Εν πάση περιπτώσει, το Δικαστήριο έκρινε παραδεκτές και αιτήσεις για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως και απάντησε παραπέμποντας στην ερμηνεία και εφαρμογή του πρωτογενούς δικαίου, μολονότι επρόκειτο επίσης για αμιγώς εθνική υπόθεση¹². Από τον τομέα των δημοσίων συμβάσεων πρέπει να αναφερθεί συναφώς η υπόθεση *Telaustria*¹³ η οποία αφορούσε διαφορά της οποίας οι διάδικοι προέρχονταν από ένα και το αυτό κράτος μέλος. Περαιτέρω πρέπει να αναφερθεί η υπόθεση *Buchhändler-Vereinigung*¹⁴, στην οποία εφαρμόστηκαν οι αρχές που διατυπώθηκαν στην υπόθεση *Telaustria*. Και στην υπόθεση εκείνη όλοι οι μετέχοντες ήσαν από το ίδιο κράτος μέλος. Το ίδιο ισχύει για την υπόθεση *ARGE Gewässerschutz*, στα πλαίσια της οποίας το Δικαστήριο απάντησε εν τούτοις σε προδικαστικό ερώτημα για την ερμηνεία θεμελιώδους ελευθερίας¹⁵.

22. Ανακύπτει, επομένως, το ερώτημα, γιατί το Δικαστήριο, παρά την ομοιότητα των υποθέσεων εκείνων με την υπόθεση *RI.SAN*,

11 — Απόφαση της 9ης Σεπτεμβρίου 1999, C-108/98 (Συλλογή 1999, σ. I-5219, σκέψεις 21 επ.).

12 — Βλ. και την απόφαση της 5ης Μαρτίου 2002, C-515/99, C-519/99 έως C-524/99 και C-526/99 έως C-540/99, *Reisch κ.λπ.* (Συλλογή 2002, σ. I-2157, σκέψεις 24 επ.), η οποία δεν αφορούσε εν πάση περιπτώσει το δικαιο των δημοσίων συμβάσεων.

13 — Απόφαση στην υπόθεση C-324/98 (παραπεμπθείσα στην υποσημείωση 2).

14 — Διάταξη της 30ής Μαΐου 2002, C-358/00 (Συλλογή 2002, σ. I-1685).

15 — Απόφαση της 7ης Δεκεμβρίου 2000, C-94/99 (Συλλογή 2000, σ. I-11037), όσον αφορά ιδίως το τρίτο προδικαστικό ερώτημα.

έκρινε επί της ουσίας τις τρεις αιτήσεις για την έκδοση προδικαστικών αποφάσεων που αφορούσαν δημόσιες συμβάσεις. Ένας πιθανός λόγος θα μπορούσε να έγκειται στο ότι στις υποθέσεις *Telaustria* και *Telefonadress* και *Buchhändler-Vereinigung* τα ίδια τα προδικαστικά ερωτήματα αναφέρονταν ρητώς στην ερμηνεία οδηγιών. Σε αντιδιαστολή προς αυτό, το προδικαστικό ερώτημα στην υπό κρίση διαδικασία αναφέρεται ρητώς στο πρωτογενές δίκαιο, ειδικότερα δε σε δύο θεμελιώδεις ελευθερίες.

23. Εξ αυτού θα μπορούσε να συναχθεί ότι το παραδεκτό ενός προδικαστικού ερωτήματος τελεί σε συνάρτηση με αυτό στο οποίο αναφέρεται ρητώς το ερώτημα, δηλαδή με το αν αφορά το πρωτογενές ή το παράγωγο δίκαιο¹⁶.

24. Υπέρ του παραδεκτού του προδικαστικού ερωτήματος και στην παρούσα υπόθεση σε σχέση με τις επίδικες θεμελιώδεις ελευθερίες συνηγορούν δύο λόγοι: πρώτον, ένας δικονομικός και, δεύτερον, ένας ουσιαστικός.

25. Από δικονομικής απόψεως πρέπει να υπομνησθεί ότι, σε περίπτωση αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής απόφασεως, το Δικαστήριο πρέπει να παράσχει στο αιτούν δικαστήριο λυσιτελή απάντηση. Τούτο έχει ακριβώς ως συνέπεια για το Δικαστήριο σε συγκεκριμένες περιπτώσεις να αναδιατυπώ-

νει τα προδικαστικά ερωτήματα. Στην υπό κρίση διαδικασία, εν τούτοις, αυτό δεν είναι δυνατόν, διότι το ερώτημα αναφέρεται ρητώς στην ερμηνεία του πρωτογενούς δικαίου και όχι των οδηγιών και ο εθνικός δικαστής επιβεβαίωσε τα ανωτέρω σε έγγραφο απαντήσεως που απέστειλε σε σχετική ερώτηση του Δικαστηρίου.

26. Το ζήτημα αν πρόκειται συναφώς στη διαφορά της κύριας δίκης για παραχώρηση ή για σύμβαση υπό την έννοια του κοινοτικού δικαίου μπορεί σε τελική ανάλυση να παραμείνει ανοικτό. Πράγματι, για το Δικαστήριο αρκεί η ύπαρξη προδικαστικών ερωτημάτων τα οποία «του δίδουν την αφορμή να εκτιμήσει άλλα ερμηνευτικά στοιχεία *δυνάμει* να αποδειχθούν χρήσιμα για την επίλυση της διαφοράς της κύριας δίκης¹⁷». Το κατά πόσον εφαρμόζονται *πράγματι* στο συγκεκριμένο ιστορικό της διαφοράς της κύριας δίκης δεν μπορεί, επομένως, να αποτελεί κριτήριο.

27. Από ουσιαστικής απόψεως, πρέπει να αποφευχθεί η αναγωγή σε δόγμα της συλλογιστικής που ακολουθήθηκε στην υπόθεση *RLSAN*. Ακριβώς στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, το οποίο σκοπεύει στο άνοιγμα των εθνικών αγορών, δεν μπορεί να έχει σημασία αν σε συγκεκριμένη διαδικασία συνάψεως συμβάσεως και/ή στη σχετική εθνική διαδικασία προσφυγής όλοι οι μέτεχοντες όπως και η αναθέτουσα αρχή προέρχονται από το ίδιο κράτος μέλος¹⁸. Πράγματι, αυτό θα μπορούσε να θεωρηθεί ως ένδειξη περί του ότι δεν υπήρξε ούτε η

16 — Βλ. αντιθέτως την απόφαση της 5ης Δεκεμβρίου 2000, C-448/98, *Guimont* (Συλλογή 2000, σ. I-10663). Στην υπόθεση εκείνη το προδικαστικό ερώτημα αφορούσε ρητά την ερμηνεία του πρωτογενούς δικαίου.

17 — Απόφαση στην υπόθεση C-324/98 (παραπεμπά στην υποσημείωση 2), σκέψη 59, η υπογράμμιση είναι δική μου.

18 — Βλ., π.χ., και τις περιστάσεις στην απόφαση επί της υποθέσεως C-94/99 (παραπεμπά στην υποσημείωση 15).

απαιτούμενη δημοσιότητα της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως και, κατά συνέπεια, κανείς αλλοδαπός επιχειρηματίας δεν μπορούσε να μετάσχει. Τούτο δεν ισχύει μόνο για τις οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων, αλλά και για τις οικείες θεμελιώδεις ελευθερίες. Επομένως, πρέπει να εκτιμηθούν όχι μόνον οι επιχειρήσεις που πράγματι έλαβαν μέρος σε διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, αλλά και οι δυνάμει προσφέροντες. Κατά συνέπεια, η δύναμη σχέση των επιχειρηματιών από άλλα κράτη μέλη αρκεί ήδη για να θεωρηθεί ότι υφίσταται διασυννοριακή κατάσταση και, συνακόλουθως, μια προϋπόθεση για την εφαρμογή των θεμελιωδών ελευθεριών.

28. Οι λόγοι αυτοί συνηγορούν υπέρ του παραδεκτού του προδικαστικού ερωτήματος, καθόσον αυτό αφορά τις θεμελιώδεις ελευθερίες των άρθρων 43 ΕΚ και 49 ΕΚ.

V — Επί του βάσιμου

29. Το προδικαστικό ερώτημα, στην έκταση στην οποία είναι παραδεκτό, αφορά κατ' ουσίαν την εμβέλεια των άρθρων 43 ΕΚ και 49 ΕΚ, και μάλιστα σε σχέση με τις επιταγές και απαγορεύσεις που απορρέουν από αυτά για τη διαδικασία συνάψεως συμβάσεων.

30. Με τον τρόπο αυτόν συνδέεται με σημαντικό μέρος των αρχών τις οποίες το Δικαστήριο χαρακτήρισε ως «θεμελιώδεις

κανόνες της συμβάσεως εν γένει και αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας ειδικότερα»¹⁹.

Α — Προκαταρκτικές παρατηρήσεις όσον αφορά τις εφαρμοστέες διατάξεις

31. Μολονότι το προδικαστικό ερώτημα αφορά και ρητώς την ερμηνεία συγκεκριμένων διατάξεων του πρωτογενούς δικαίου, τούτο δεν έχει, εν τούτοις, eo ipso ως συνέπεια ότι οι διατάξεις αυτές πρέπει και να εφαρμοστούν.

32. Η δυνατότητα εφαρμογής τους εξαρτάται μάλλον από το αν η συγκεκριμένη μέθοδος συνάψεως συμβάσεων της διαφοράς της κύριας δίκης πληροί τις εκάστοτε προϋποθέσεις για την εφαρμογή των εν λόγω διατάξεων του πρωτογενούς δικαίου.

33. Δεν έχει συναφώς αποφασιστική σημασία ότι ο εθνικός δικαστής χαρακτήρισε τη συμβατική μέθοδο ως «concessionne», διότι ο χαρακτηρισμός αυτός θα μπορούσε να συνδέεται και με το εθνικό δίκαιο, το οποίο γνωρίζει την έννοια αυτή. Εν τούτοις, ο εθνικός όρος δεν χρειάζεται να συμφωνεί, κατ' ανάγκην, με τον όρο του κοινοτικού

¹⁹ — Απόφαση στην υπόθεση C-324/98 (ιαρφατεθείσα στην υποσημείωση 2), σκέψη 60· επιβεβαιώθηκε με διαφορετική διατύπωση στη διάταξη της 3ης Δεκεμβρίου 2001, C-59/00, Vestergaard (Συλλογή 2001, σ. I-9505, σκέψη 20).

δικαίου. Ακόμη όμως και αν ο εθνικός δικαστής εννοούσε τον κοινοτικό όρο της παραχωρήσεως, τούτο δεν σημαίνει ακόμη ότι ο χαρακτηρισμός αυτός στα πλαίσια της διαφοράς της κύριας δίκης είναι και ο προσηκόντων.

34. Ακόμη και αν πληρούνταν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του παραγώγου δικαίου, παραμένει μια περαιτέρω ασάφεια, δηλαδή στο πεδίο εφαρμογής ποιας οδηγίας εμπίπτει το συγκεκριμένο ιστορικό. Συναφώς, επιβάλλεται, πράγματι, η παρατήρηση ότι το συγκεκριμένο ιστορικό δεν είναι γνωστό στο Δικαστήριο σε όλες τις κρίσιμες λεπτομέρειές του.

35. Επειδή οι Δήμοι ως οργανισμοί τοπικής αυτοδιοικήσεως είναι δημόσιες αναθέτουσες αρχές υπό την έννοια των κλασικών οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων καθώς και υπό την έννοια της οδηγίας που αφορά τους ειδικούς τομείς, θα πρέπει, κατά συνέπεια, να διευκρινιστεί ο σκοπός της συμβάσεως. Από τον σκοπό αυτόν εξαρτάται ποια οδηγία πρέπει να εφαρμοστεί²⁰.

36. Ακόμη και αν διευκρινιστεί ότι δεν έχει εφαρμογή η —ειδική σε σχέση με τις άλλες οδηγίες— οδηγία που αφορά τους ειδικούς τομείς, εξακολουθεί να μην είναι ακόμη σαφές στο πεδίο εφαρμογής ποιας από τις κλασικές οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων εμπίπτει η υπό κρίση σύμβαση. Προς τούτο καθοριστική σημασία έχει ποιο αντικείμενο έχει η σύμβαση, δηλαδή αν αφορά την

προμήθεια αγαθών, π.χ. προμήθεια ενέργειας, ή την παροχή υπηρεσιών, π.χ. την τροφοδότηση. Εάν πρόκειται για μικτή σύμβαση, έχει, δηλαδή, αμφότερα ως αντικείμενα, σημασία έχει, κατά το άρθρο 2 της οδηγίας περί παροχής υπηρεσιών, η αξία των επιμέρους τμημάτων της συμβάσεως.

37. Από τη δικογραφία δεν μπορεί βέβαια να συναχθεί αν η διαφορά της κύριας δίκης αφορά τέτοια μικτή σύμβαση, τούτο δεν αποκλείεται όμως, λαμβανομένης υπόψη της πρακτικής στο οικείο κράτος μέλος, όπως καταδεικνύει ήδη και μια απόφαση του Δικαστηρίου επί αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως²¹.

38. Όπως ήδη στην υπόθεση RLSAN, το Δικαστήριο δεν μπορεί να ελέγξει την ορθότητα των στοιχείων του αιτούντος δικαστηρίου περί του ότι η διαφορά της κύριας δίκης δεν αφορά τη σύνταξη δημοσίας συμβάσεως παροχής υπηρεσιών²².

39. Ακόμη όμως και αν μια συγκεκριμένη σύμβαση πληροί, κατ' αρχήν, όλες τις προϋποθέσεις για την εφαρμογή μιας από τις οδηγίες, η συγκεκριμένη διαδικασία συνάψεως συμβάσεως θα μπορούσε να εξαιρεθεί από την εκάστοτε οδηγία. Πράγματι, θα μπορούσε στην υπό κρίση υπόθεση

20 — Βλ. συναφώς την απόφαση της 10ης Απριλίου 2003, C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας (Συλλογή 2003, σ. I-3609), καθώς και της 18ης Νοεμβρίου 2004, C-126/03, Επιτροπή κατά Γερμανίας (Συλλογή 2004, σ. I-11195).

21 — Διάταξη της 14ης Νοεμβρίου 2002, C-310/01, Comune di Udine (που δεν έχει ακόμη δημοσιευθεί στη Συλλογή).

22 — Απόφαση στην υπόθεση C-108/98 (παραπεμπεία στην υποσημείωση 11), σκέψη 20.

παράλληλα προς μία από τις ρητές εξαιρέσεις των οδηγιών, όπως το άρθρο 13 της οδηγίας περί των ειδικών τομέων, να έχει εφαρμογή και μία από τις άγραφες εξαιρέσεις που διατύπωσε το Δικαστήριο, όπως η εξαίρεση που ερμηνεύθηκε με την απόφαση Stadt Halle²³ και καθιερώθηκε με την απόφαση Teckal²⁴ για τις καλούμενες Quasi-In-House-συμβάσεις. Αν αυτό συνέβαινε θα είχε εκ νέου εφαρμογή το πρωτογενές δίκαιο.

40. Τούτο θα αποτελούσε επίσης ένα λόγο για να περιορίσει ο εθνικός δικαστής το προδικαστικό ερώτημα στην ερμηνεία του πρωτογενούς δικαίου.

41. Πράγματι, εάν όντως καμία από τις οδηγίες δεν είχε εφαρμογή, θα μπορούσαν οι θεμελιώδεις ελευθερίες, οι οποίες επιβάλλουν στα κράτη μέλη υποχρεώσεις για ίση μεταχείριση και διαφάνεια έναντι των επιχειρηματιών άλλων κρατών μελών, να έχουν καθοριστική σημασία για την έκδοση της αποφάσεως του εθνικού δικαστηρίου.

Β — Θεμελιώδεις ελευθερίες και θετικές υποχρεώσεις

42. Η διαδικασία αυτή, στα πλαίσια της οποίας ανακύπτει το ερώτημα ποιες υπο-

χρεώσεις μπορούν να συναχθούν για την αναθέτουσα αρχή από τις θεμελιώδεις ελευθερίες των άρθρων 43 ΕΚ και 49 ΕΚ, αφορά το θεμελιώδες ζήτημα αν οι θεμελιώδεις ελευθερίες δεν θέτουν απλώς απαγορεύσεις υπό τη μορφή περιορισμών για τις ενέργειες των κρατών μελών, αλλά θεσπίζουν και θετικές υποχρεώσεις και, σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως, ποιες.

43. Ορισμένες απαγορεύσεις που συνάγονται από τις θεμελιώδεις ελευθερίες μπορούν ευχερώς να χαρακτηρισθούν ως περιορισμοί, οι οποίοι, άλλωστε, έχουν αποτελέσει αντικείμενο μεγάλου αριθμού διαδικασιών ενώπιον του Δικαστηρίου. Στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων πρέπει απλώς να γίνει παραπομπή στην απαγόρευση που απορρέει από την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων, κατά την οποία «[απαγορεύεται] στην αναθέτουσα αρχή να προσθέσει, στα σχετικά με την εν λόγω σύμβαση έγγραφα προκηρύξεως ρήτρα επιβάλλουσα, για την εκτέλεση της σύμβασεως, τη χρησιμοποίηση προϊόντος με συγκεκριμένο σήμα, χωρίς την προσθήκη της μνείας “ή ισοδύναμο”²⁵».

44. Η περίπτωση της υποθέσεως εκείνης και η αντιμετώπισή της από το Δικαστήριο καταδεικνύει όμως με ιδιαίτερη σαφήνεια ότι μια απαγόρευση, η παράλειψη κάποιας ενέργειας, δηλαδή της προσθήκης κάποιας μνείας, μπορεί να νοηθεί και ως επιταγή, ως διενέργεια κάποιας πράξεως, δηλαδή της χρησιμοποίησεως κάποιας μνείας.

23 — Απόφαση της 11ης Ιανουαρίου 2005, C-26/03, Stadt Halle (Συλλογή 2005, σ. I-1).

24 — Απόφαση της 18ης Νοεμβρίου 1999, C-107/98, Teckal (Συλλογή 1999, σ. I-8121).

25 — Διάταξη στην υπόθεση C-59/00 (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 19), σκέψη 24.

45. Εφαρμοζόμενο στις συνθήκες της διαφοράς της κύριας δίκης τούτο σημαίνει ότι η αίτηση για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως μπορεί να νοηθεί με δύο τρόπους. Αφενός, θα μπορούσε να εξετασθεί αν οι θεμελιώδεις ελευθερίες —νοούμενες ως περιορισμοί— ρυθμίζουν απαγόρευση της ελεύθερης συνάψεως συμβάσεως ή της απευθείας αναθέσεως. Αφετέρου, θα μπορούσε να εξετασθεί αν υποχρεώνουν σε ορισμένο βαθμό διαφάνειας ή σε συγκεκριμένα δημοσιότητα. Κατά συνέπεια, ανάλογα με το αν ληφθεί ως βάση μια παράλειψη ή μια θετική ενέργεια, καταλήγει κανείς σε θετική υποχρέωση ή όχι.

46. Όμως και για έναν άλλο λόγο αποδεικνύεται απολύτως αναγκαίο για την απάντηση στο προδικαστικό ερώτημα να εξετασθεί η προβληματική των θετικών υποχρεώσεων στην υπό κρίση υπόθεση.

47. Πράγματι, η παρούσα υπόθεση μπορεί να εξετασθεί και υπό το πρίσμα της καλούμενης αμυντικής ελευθερίας. Η στάση της αναθέτουσας αρχής ή του παραχωρούντος μπορεί δηλαδή να χαρακτηριστεί και ως επέμβαση σε δικαίωμα άλλου, και μάλιστα ως επέμβαση στο δικαίωμα επιχειρήσεων να μετάσχουν σε διαδικασία συνάψεως συμβάσεως ή υποβολής προσφορών. Τα κράτη μέλη, περιλαμβανομένων και των δημοσίων αναθετοσών αρχών ή παραχωρούντων, οφείλουν να μεριμνήσουν για την τήρηση του εν λόγω δικαιώματος που απορρέει από το κοινοτικό δίκαιο.

48. Χάριν πληρότητας πρέπει να παρατηρηθεί ότι η παρούσα υπόθεση θα μπορούσε

να αναλυθεί και ανάλογα με το αν συνεπάγεται υποχρέωση προστασίας ή υποχρέωση εγγυήσεως του οικείου οργανισμού τοπικής αυτοδιοικήσεως. Είναι πάντως αναμφίβολο ότι ένα κράτος μέλος, και σε ένα τέτοιο πρέπει να καταλογισθεί και ο οικείος Δήμος, είναι υποχρεωμένο να εξασφαλίσει τις θεμελιώδεις ελευθερίες, εν προκειμένω των επιχειρήσεων, δηλαδή των δυνάμει προσφερόντων.

49. Η νομολογία του Δικαστηρίου σχετικά με την αμοιβαία αναγνώριση παρέχει σημαντικές ενδείξεις για την απάντηση στο ερώτημα αν οι θεμελιώδεις ελευθερίες περιλαμβάνουν ή όχι *θετικές υποχρεώσεις* και ποιο περιεχόμενο έχουν αυτές.

50. Από τη νομολογία αυτή συνάγεται ακριβώς η υποχρέωση των κρατών μελών να διαμορφώσουν και να εφαρμόσουν συγκεκριμένη διαδικασία. Η επιταγή για θετική ενέργεια απευθύνεται στον νομοθέτη καθώς και στη διοίκηση και στα δικαστήρια. Οι κανόνες που απορρέουν από τις θεμελιώδεις ελευθερίες αφορούν το περιεχόμενο της διαδικασίας, για παράδειγμα την υποχρέωση διεξαγωγής συγκεκριμένου ελέγχου. Από διαδικαστικής απόψεως ο έλεγχος αυτός εξειδικεύεται περαιτέρω, καθόσον προκαθορίζονται οι σκοποί του και οι μέθοδοί του, δηλαδή μέσω συγκρίσεως ορισμένων εγγράφων. Περαιτέρω οι αποφάσεις πρέπει να αιτιολογούνται και να προ-

βλέπονται ένδικα βοηθήματα για τον δικαστικό έλεγχο τους²⁶.

51. Οι κανόνες αυτοί μπορούν να μεταφερθούν και στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αφορά την τήρηση συγκεκριμένων αρχών διαδικαστικού χαρακτήρα. Επομένως, από την μέχρι τούδε νομολογία περί αιμοιβαίας αναγνώρισεως μπορεί να συναχθεί ότι οι θεμελιώδεις ελευθερίες επιβάλλουν πράγματι στα κράτη μέλη και συγκεκριμένες διαδικαστικού χαρακτήρα *επιταγές*.

52. Μια περαιτέρω πηγή δικαίου πρωτογενούς χαρακτήρα παράλληλα με τις θεμελιώδεις ελευθερίες από την οποία θα μπορούσαν να αντληθούν κανόνες διαδικαστικής φύσεως είναι το άρθρο 10 ΕΚ. Το πρώτο εδάφιο του άρθρου αφού περιέχει σαφώς επιταγή που απευθύνεται στα κράτη μέλη («Τα κράτη μέλη λαμβάνουν κάθε γενικό ή ειδικό μέτρο κατάλληλο [...]»). Από την εν λόγω γενική και πολύ θεμελιώδη διάταξη συνάγεται τουλάχιστον η επιταγή να διαμορφώνονται οι διαδικασίες και, επομένως, και οι διαδικασίες συνάψεως συμβάσεων, κατά τρόπον ώστε τα κράτη μέλη να πληρούν τις ουσιαστικές υποχρεώσεις που υπέχουν από το κοινοτικό δίκαιο.

53. Στο μέτρο που από το κοινοτικό δίκαιο, επομένως στη διαδικασία αυτή από τις θεμελιώδεις ελευθερίες, μπορούν να συνα-

χθούν ορισμένες υποχρεώσεις, τα κράτη μέλη, περιλαμβανομένων και των Δήμων, οφείλουν και σε σχέση με δημόσιες συμβάσεις ή παραχωρήσεις να προβαίνουν σε ορισμένες ενέργειες, δηλαδή να τηρούν ορισμένες προθεσμίες ή να προβαίνουν σε ορισμένες δημοσιεύσεις.

54. Σε σχέση με το άρθρο 10 ΕΚ πρέπει να επισημανθούν ακόμη οι κοινοτικές αρχές, που προέκυψαν από αυτό, της ισοδυναμίας και της αποτελεσματικότητας, οι οποίες θέτουν συγκεκριμένα όρια στο διαδικαστικό δίκαιο των κρατών μελών, περιλαμβανομένου και του δικαίου των διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων. Οι κανόνες αυτοί δεν αφορούν μόνο την έννομη προστασία, αλλά ήδη και το προηγούμενο στάδιο, δηλαδή τη διεξαγωγή της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως. Συναφώς, κάθε περίπτωση «πρέπει να αναλύεται λαμβανομένων υπόψη της θέσεως της διάταξης αυτής στο σύνολο της διαδικασίας, της εξελίξεως της διαδικασίας και των ιδιαιτεροτήτων της»²⁷.

55. Οι εν λόγω κανόνες του πρωτογενούς δικαίου, οι οποίοι συμπληρώνουν τις υποχρεώσεις που υπέχουν τα κράτη μέλη από τις θεμελιώδεις ελευθερίες, έχουν ακριβώς εκτός του πεδίου εφαρμογής των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων μεγάλη σημασία.

56. Τέλος, πρέπει να αναφερθούν οι γενικές αρχές του δικαίου, από τις οποίες μπορούν επίσης να συναχθούν κανόνες για το εθνικό

26 — Απόφαση της 7ης Μαΐου 1991, C-340/89, Βλασσουπούλου (Συλλογή 1991, σ. 1-2357, σκέψεις 16 ειρ.).

27 — Αποφάσεις της 10ης Απριλίου 2003, C-276/01, Steffensen (Συλλογή 2003, σ. 1-3735, σκέψη 66), και της 27ης Φεβρουαρίου 2003, C-327/00, Santex (Συλλογή 2003, σ. 1-1877, σκέψη 56).

διαδικαστικό δίκαιο, και οι οποίες μπορούν να διαδραματίσουν κάποιο ρόλο και στη διαδικασία συνάψεως δημοσίων συμβάσεων. Τούτο ισχύει ιδίως για τη γενική αρχή της ισότητας (αρχή της ίσης μεταχειρίσεως), η οποία βαίνει πέραν της απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας.

θεμελιωδών ελευθεριών. Θα μπορούσαν να αναφερθούν συναφώς όχι μόνον οι λόγοι που ρυθμίζονται ρητώς στη σύμβαση, όπως π.χ. δημόσια ασφάλεια ή δημόσια υγεία²⁸, αλλά και τα γενικά συμφέροντα υπό την έννοια της νομολογίας Cassis-de-Dijon.

Γ — Υποχρεώσεις από τις θεμελιώδεις ελευθερίες στο δίκαιο των συμβάσεων

59. Η Επιτροπή αναγνώρισε την κατ' αρχήν δυνατότητα εφαρμογής των δικαιολογητικών λόγων στον τομέα των συμβάσεων παραχωρήσεως σε μία από τις ανακοινώσεις της²⁹. Είναι αυτονόητο ότι πρέπει να πληρούνται και στο δίκαιο των συμβάσεων οι προϋποθέσεις των δικαιολογητικών λόγων οι οποίες δεν χρήζουν περαιτέρω διευκρινίσεως, όπως π.χ. η αναλογικότητα του εθνικού μέτρου.

1) Περιορισμένο πεδίο εφαρμογής των θεμελιωδών ελευθεριών

57. Ακόμη και αν γίνει δεκτή η κατ' αρχήν εφαρμογή των θεμελιωδών ελευθεριών στις δημόσιες αναθέτουσες αρχές και στους παραχωρούντες, τούτο ουδόλως σημαίνει ότι κάθε διαδικασία συνάψεως υπόκειται στις θεμελιώδεις ελευθερίες.

60. Στους εν λόγω δικαιολογητικούς λόγους που συνδέονται με τις θεμελιώδεις ελευθερίες προστίθενται ακόμη οι διατάξεις παρεκκλίσεως που ρυθμίζονται ρητώς στη Συνθήκη. Και αυτές μπορούν να τύχουν εφαρμογής στις συμβάσεις παραχωρήσεως, με συνέπεια ότι ο παραχωρών δεν δεσμεύεται από τους κανόνες των θεμελιωδών ελευθεριών.

61. Ειδικότερα έχουν εν προκειμένω σημασία οι διατάξεις που αφορούν διάφορες πτυχές της εσωτερικής ή εξωτερικής ασφάλειας, στις οποίες έγινε αναφορά και κατά

58. Επομένως, δεν αποκλείεται η αναθέτουσα αρχή ή ο παραχωρών να επικαλείται ορθώς έναν από τους πολλούς λόγους οι οποίοι δικαιολογούν τη μη εφαρμογή των

28 — Σε σχέση με την ελευθερία εγκαταστάσεως και την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών είναι το άρθρο 45 ΕΚ και το άρθρο 55 ΕΚ.

29 — Ερμηνευτική ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με τις συμβάσεις παραχώρησης στο κοινοτικό δίκαιο (ΕΕ 2000, C 121, σ. 2).

την προφορική διαδικασία. Πράγματι, το άρθρο 296, παράγραφος 1, στοιχείο β', ΕΚ παρέχει στα κράτη μέλη τη δυνατότητα να λαμβάνουν τα μέτρα που θεωρούν κατάλληλα για την προστασία ουσιωδών συμφερόντων της ασφαλείας τους. Στο δίκαιο των συμβάσεων αυτό αφορά την αγορά ορισμένων αγαθών για την άμυνα. Ο τομέας αυτός δεν είναι οπωσδήποτε ο πλέον κατάλληλος για τις παραχωρήσεις, εν πάση περιπτώσει όμως το κοινοτικό δίκαιο δεν τον αποκλείει.

προϋπόθεση ότι η ανάπτυξη των συναλλαγών δεν επηρεάζεται σε μεγάλο βαθμό. Αποδέκτες του κανόνα αυτού είναι —σε αντιδιαστολή προς την εφαρμογή στα κράτη μέλη σε συνδυασμό με το άρθρο 10 ΕΚ— εν πάση περιπτώσει μόνον επιχειρήσεις και μάλιστα μόνον εκείνες στις οποίες έχουν ανατεθεί συγκεκριμένες παροχές υπηρεσιών ή αποτελούν οικονομικά μονοπώλια. Επομένως, έχει εφαρμογή μόνον στους παραχωρούντες οι οποίοι πρέπει να χαρακτηρισθούν ως επιχειρήσεις με την ανωτέρω έννοια.

62. Το άρθρο 297 ΕΚ επιτρέπει περαιτέρω στα κράτη μέλη σε περίπτωση συγκεκριμένων κρίσεων να λαμβάνουν ορισμένα μέτρα. Και η διάταξη αυτή έχει κατ' αρχήν εφαρμογή και στις αγορές.

63. Όπως προκύπτει πρωτίστως από το άρθρο 298 ΕΚ, οι εξουσίες των κρατών μελών κατά την εφαρμογή των δύο προαναφερθεισών διατάξεων της Συνθήκης δεν είναι απεριόριστες και υπόκεινται ιδίως στον έλεγχο της Επιτροπής και του Δικαστηρίου.

65. Όσον αφορά την παρούσα διαδικασία για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως θα πρέπει να εξετασθεί αν ο παραχωρών επιπίπτει σε μία από τις εξαιρούμενες κατηγορίες επιχειρήσεων και αν ο τρόπος με τον οποίο συνήφθη η σύμβαση ήταν αναγκαίος για να της παράσχει τη δυνατότητα να εκπληρώσει την αποστολή γενικού συμφέροντος που έχει υπό συνθήκες οικονομικές αποδεκτές³⁰. Είναι βεβαίως δυνατόν για το οικείο κράτος μέλος να επικαλεστεί το άρθρο 86 ΕΚ, για να δικαιολογήσει τη μεταβίβαση δικαιωμάτων σε επιχείρηση³¹.

64. Τέλος, πρέπει να γίνει μνεία μιας ακόμη διατάξεως, η οποία δεν συνδέεται βεβαίως με τις θεμελιώδεις ελευθερίες, πλην όμως μπορεί να λειτουργήσει ως εξαίρεση απ' αυτές. Το άρθρο 86, παράγραφος 2, ΕΚ προβλέπει πράγματι ότι οι «κανόνες της παρούσας Συνθήκης», δηλαδή και οι θεμελιώδεις ελευθερίες, ισχύουν, «κατά το μέτρο που η εφαρμογή των κανόνων αυτών δεν εμποδίζει νομικά ή πραγματικά την εκπλήρωση της ιδιαίτερης αποστολής που τους έχει ανατεθεί». Σ' αυτό προστίθεται ως περαιτέρω

66. Τέλος, πρέπει να γίνει μνεία της αναφερθείσας κατά τη διαδικασία νομολογίας στις υποθέσεις Teckal³² και Stadt Halle³³ καθώς και της αναφερόμενης στο άρθρο 13 της οδηγίας περί ειδικών τομέων εξαιρέσεως για ορισμένες συμβάσεις σε συνδεδεμένες επιχειρήσεις.

30 — Απόφαση της 25ης Οκτωβρίου 2001, C-475/99, *Ambulanz Glöckner* (Σύλλογος 2001, σ. I-8089, σκέψη 57), και της 19ης Μαΐου 1993, C-320/91, *Corbeau* (Σύλλογος 1993, σ. I-2533, σκέψη 16).

31 — Απόφαση της 23ης Οκτωβρίου 1997, C-157/94, *Επιτροπή κατά Κάιτο Χωρών* (Σύλλογος 1997, σ. I-5699, σκέψη 32).

32 — Απόφαση στην υπόθεση C-107/98 (παραπεμπείσα στην υποσημείωση 24).

33 — Απόφαση στην υπόθεση C-26/03 (παραπεμπείσα στην υποσημείωση 23).

67. Η εν λόγω νομολογία ή η ρύθμιση επιτρέπει υπό απολύτως ορισμένες προϋποθέσεις τη μη εφαρμογή των κλασικών οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων ή της οδηγίας για τους ειδικούς τομείς. Συμβάσεις οι οποίες εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής κάποιας από τις εξαιρέσεις αυτές δεν εμπίπτουν, επομένως, στους περί συμβάσεων κανόνες του παραγώγου δικαίου. Κατά συνέπεια, ανοίγει αυτομάτως το πεδίο εφαρμογής του πρωτογενούς δικαίου, περιλαμβανομένων και των θεμελιωδών ελευθεριών τις οποίες αφορά εν προκειμένω η υπό κρίση διαδικασία.

68. Πάντως ούτε η προπαρατεθείσα νομολογία ούτε η ρητή ρύθμιση της οδηγίας περί ειδικών τομέων καταλήγουν σε μη εφαρμογή του πρωτογενούς δικαίου. Πράγματι, ούτε το πρωτογενές δίκαιο ούτε η νομολογία παρέχουν τη βάση για μια τόσο ευρεία εξαίρεση από το κοινοτικό δίκαιο. Επομένως, εάν πρέπει να εφαρμοστεί πρωτογενές δίκαιο στον τομέα των συμβάσεων της διαφοράς της κύριας δίκης, δεν τίθεται πλέον το ερώτημα της σημασίας της προπαρατεθείσας νομολογίας ή της ρυθμίσεως της οδηγίας περί ειδικών τομέων, διότι πρόκειται συναφώς για εξαιρέσεις από την εφαρμογή του παραγώγου δικαίου.

2) Διαβαθμίσεις στο εσωτερικό του πρωτογενούς δικαίου ή ενιαίο καθεστώς συμβάσεων;

69. Ακόμη και αν είναι βέβαιο ότι υπάρχει δυνατότητα εφαρμογής του πρωτογενούς δικαίου, π.χ. των θεμελιωδών ελευθεριών,

σε συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να διευκρινισθεί σε μεταγενέστερο στάδιο, ποιες συγκεκριμένες υποχρεώσεις υπέχει η αναθέτουσα αρχή ή ο παραχωρών. Πρόκειται, επομένως, για τον έλεγχο του καθεστώτος των δημοσίων συμβάσεων που απορρέει ενδεχομένως από τις θεμελιώδεις ελευθερίες.

70. Συναφώς είναι κατ' αρχάς αμφίβολο αν οι θεμελιώδεις ελευθερίες καθιερώνουν οπωσδήποτε ένα καθεστώς, το οποίο είναι επιπλέον ένα ενιαίο καθεστώς, δηλαδή οι ίδιοι κανόνες εφαρμόζονται σε όλες τις συμβάσεις που αφορούν. Αυτό μπορεί να ισχύει σε ένα λίαν αφηρημένο επίπεδο. Επομένως, οι αναθέτουσες αρχές και οι παραχωρούντες που ανήκουν στα κράτη μέλη οφείλουν να τηρούν την απαγόρευση των διακρίσεων και ορισμένους περιορισμούς της ελευθερίας εγκαταστάσεως και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών.

71. Ήδη μόνον το γεγονός ότι κανένας κανόνας που συνδέεται έστω και ελάχιστα με τους κανόνες των οδηγιών λόγω του συγκεκριμένου χαρακτήρα του δεν απορρέει από τις θεμελιώδεις ελευθερίες αποκλείει το ενδεχόμενο οι ίδιοι διαδικαστικοί κανόνες, π.χ. όσον αφορά τη μορφή της δημοσιότητας και το περιεχόμενό της, να μπορούν να εφαρμοστούν σε όλες τις συμβάσεις.

72. Θα ήταν βεβαίως ευκαίριο, προς το συμφέρον της σαφήνειας και της ασφάλειας του δικαίου, για τις αναθέτουσες αρχές και τους παραχωρούντες καθώς και για τις επιχειρήσεις ως δυνάμει προσφέροντες, να υφίσταται ένα καθεστώς δημοσίων συμβάσεων ή τουλάχιστον ορισμένα τέτοια καθε-

στάτα: έτσι θα μπορούσαν για παράδειγμα να αποτραπούν τα προβλήματα που δημιουργούνται ενίοτε, στην πράξη, από το γεγονός ότι, στα πλαίσια μιας διαδικασίας παραχωρήσεως, για πρώτη φορά κατά τη διάρκεια των διαπραγματεύσεων η σύμβαση αυτή γίνεται δημόσια σύμβαση³⁴.

73. Από την άλλη πλευρά είναι, εν τούτοις, θετικό ότι τα μέρη διαθέτουν ορισμένη ελευθερία δράσεως στα πλαίσια της διαδικασίας συνάψεως. Πράγματι, οι οδηγίες προβλέπουν μια σειρά δυνατοτήτων διαμορφώσεως των συμβάσεων. Το ίδιο θα πρέπει κατά μείζονα λόγο να ισχύει και στο πεδίο εφαρμογής του πρωτογενούς δικαίου.

74. Το πρόβλημα έγκειται τώρα στον καθορισμό κατηγοριών συμβάσεων για εκάστη των οποίων ισχύει ορισμένο καθεστώς. Πάντως, ούτε από το γράμμα της Συνθήκης ούτε από τη νομολογία περί των θεμελιωδών ελευθεριών, ιδίως από τη σχετική με τις δημόσιες συμβάσεις, προκύπτουν κριτήρια για την οριοθέτηση των διαφόρων ομάδων (κατηγοριών) συμβάσεων. Η ανάγκη όμως διαβαθμίσεως προκύπτει ήδη από την αρχή της αναλογικότητας.

75. Θα ήταν βεβαίως δυνατόν και στο πλαίσιο αυτό να ληφθούν υπόψη οι εξαιρέ-

σεις κατά τη νομολογία στις υποθέσεις Teckal και Stadt Halle καθώς και αυτές του άρθρου 13 της οδηγίας περί ειδικών τομέων, υπό την έννοια ότι οι συμβάσεις που εμπíπτουν σ' αυτήν υπόκεινται σε απλοποιημένο καθεστώς. Η ανάλογη εφαρμογή των εξαιρέσεων αυτών ως κριτηρίου οριοθετήσεως προσκρούει, εν πάση περιπτώσει, στο γεγονός ότι δεν υπάρχει ακριβώς στο πρωτογενές δίκαιο ενιαίο καθεστώς δημοσίων συμβάσεων, από το οποίο θα ήταν δυνατή η παρέκκλιση.

76. Θα ήταν επομένως, λογικό να ληφθούν υπόψη κριτήρια τα οποία προβλέπουν οι οδηγίες για τον καθορισμό κατηγοριών συμβάσεων.

77. Μια ουσιαστική πτυχή συναφώς αποτελεί η εκτιμηθείσα αξία της συμβάσεως³⁵. Σ' αυτήν προστίθεται το αντικείμενο της συμβάσεως, επομένως το αν πρόκειται για παροχή υπηρεσιών, για προμήθειες ή για εκτέλεση έργου. Στον τομέα των υπηρεσιών, είναι δυνατή η διάκριση, όπως το πράττουν οι οδηγίες, μεταξύ εξαιρουμένων υπηρεσιών, υπηρεσιών που δεν έχουν προτεραιότητα και υπηρεσιών που έχουν προτεραιότητα, ανάλογα με το ακριβέστερο αντικείμενό τους. Περαιτέρω, θα μπορούσε επίσης να ληφθεί υπόψη ο βαθμός περιπλοκότητας των συμβάσεων, επομένως αν πρόκειται για τυποποιημένα προϊόντα ή για περίπλοκα προγράμματα υποδομής, των οποίων οι τεχνικοί, νομικοί ή οικονομικοί όροι δεν μπορούν να καθορισθούν κατά την έναρξη της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως.

34 — Πράσινο βιβλίο σχετικά με τις συμπεριφορές δημοσίου και ιδιωτικού τομέα και το κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων και των συμβάσεων παραχωρήσεων COM(2004) 327 τελικό, αριθ. 34 εφ.

35 — Ο κοινοτικός νομοθέτης ήταν της γνώμης ότι οι διαδικασίες των οδηγιών για συμβάσεις ελάχιστης αξίας δεν είναι κατάλληλες. Διάταξη στην υπόθεση C-59/00 (παραπεμπάση στην υποσημείωση 19), σκέψη. 19.

78. Η εν λόγω κατηγοριοποίηση που απα-
ντά στις οδηγίες στηρίζεται στη γενικώς
ισχύουσα για τις δημόσιες συμβάσεις σκέψη
ότι ορισμένες συμβάσεις αφορούν περισσό-
τερο την εσωτερική αγορά από άλλες, π.χ.
παρουσιάζουν ενδιαφέρον για μεγαλύτερο
κύκλο επιχειρηματιών και μάλιστα και για
επιχειρήσεις από άλλα κράτη μέλη. Η πτυχή
αυτή θα πρέπει ακριβώς να έχει σημασία για
την εφαρμογή των θεμελιωδών ελευθεριών,
εφόσον αυτές απαιτούν διασυνοριακό στοι-
χείο.

79. Περαιτέρω, θα ήταν δυνατόν, προς τον
σκοπό της οριοθέτησής των κατηγοριών
μεταξύ τους, π.χ. της κατατάξεως ορισμένης
συμβάσεως σε συγκεκριμένη κατηγορία και,
επομένως, και σε ορισμένο καθεστώς, όπως
στις οδηγίες, να ληφθούν υπόψη και ορι-
σμένες περιστάσεις, όπως η ύπαρξη απο-
κλειστικών δικαιωμάτων ή επείγουσας ανά-
γκης. Κατά τον τρόπο αυτόν, ορισμένες
συμβάσεις, οι οποίες εμπίπτουν στο πεδίο
εφαρμογής των θεμελιωδών ελευθεριών, θα
απαλλάσσονταν πλήρως από την υπο-
χρέωση δημοσιεύσεως προκηρύξεως διαγω-
νισμού.

80. Σε ακραία περίπτωση, ένα σύστημα το
οποίο περικλείει όλες τις συμβάσεις —και το
οποίο αποτελείται από πλείονες κατηγορίες,
για τις οποίες υφίσταται εκάστοτε ορισμένο
καθεστώς— θα κατέληγε, σε τελική ανά-
λυση, σε σύστημα πρωτογενούς δικαίου
πολλών επιπέδων διαμορφωμένο βάσει των
οδηγιών ή ακριβέστερα βάσει πλειόνων
καθεστώτων. Η διαφάνεια για την οποία
γίνεται λόγος στην παρούσα διαδικασία για
την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως δεν
συνιστά παρά έναν τομέα μεταξύ πολλών.

81. Τέλος, πρέπει να αναφερθεί η αρχή της
αποτελεσματικότητας που έχει εφαρμογή
στις διαδικασίες συνάψεως συμβάσεων.
Κατά την αρχή αυτή, πρέπει να λαμβάνονται
υπόψη το σύνολο της συγκεκριμένης διαδι-
κασίας, η εξέλιξη της διαδικασίας και οι
ιδιαιτερότητες της διαδικασίας³⁶.

3) Οι κανόνες του πρωτογενούς δικαίου

82. Ως αφετηρία επιβάλλεται η διαπίστωση
ότι, στο πλαίσιο του πρωτογενούς δικαίου,
δεν πρέπει, εν πάση περιπτώσει, να εφαρμο-
στεί το ίδιο καθεστώς συμβάσεων, όπως στο
πεδίο εφαρμογής των οδηγιών. Δύο λόγοι
αποκλείουν πρωτίστως μια τόσο γενική
μεταφορά.

83. Πρώτον, θα ίσχυε κατά τον τρόπο αυτόν
—και μάλιστα χωρίς διεξαγωγή της προβλε-
πόμενης στο πρωτογενές δίκαιο νομοπαρα-
γωγικής διαδικασίας— ακόμη και εκτός των
οδηγιών το καθεστώς που θεσπίστηκε μόνον
για τις συμβάσεις τις οποίες αφορούν οι
οδηγίες αυτές. Αυτό θα αποτελούσε κατα-
στρατήγηση της κοινοτικής νομοπαραγω-
γικής διαδικασίας. Δεύτερον, θα υπήρχε
καταστρατήγηση των ιδίων των οδηγιών, οι
οποίες καθιερώνουν ακριβώς διατάξεις
μόνον για ορισμένες συμβάσεις.

36 — Αποφάσεις της 10ης Απριλίου 2003, C-276/01, Steffensen
(Συλλογή 2003, σ. I-3735, σκέψη 66) και —ειδικά για το
δίκαιο των συμβάσεων— της 27ης Φεβρουαρίου 2003,
C-327/00, Santex (Συλλογή 2003, σ. I-1877, σκέψη 56).

84. Πρέπει, εν πάση περιπτώσει, να υπομνησθεί, κατ' αρχάς, το γεγονός ότι οι κανόνες που απορρέουν από τις θεμελιώδεις ελευθερίες ισχύουν κατ' αρχήν για όλες τις πτυχές των συμβάσεων, π.χ. αφενός για την ουσιαστική πλευρά, όπως για παράδειγμα η περιγραφή του αντικειμένου της παροχής (π.χ. μέσω τεχνικών προδιαγραφών ή της διάρκειας της παραχωρήσεως) ή κριτηρίων επιλογής (πρωτίστως προσόντων) και για την κατακύρωση, οπότε πρέπει να τηρείται ιδίως η αρχή της αμοιβαίας αναγνωρίσεως. Αφετέρου, οι κανόνες αυτοί ισχύουν και για τη διαδικαστική πλευρά, επομένως για τη διαδικασία εν στενή έννοια, όπως π.χ. η επιλογή του τύπου της διαδικασίας —στον οποίο ανήκει και η δημοσίευση της προκηρύξεως— και οι προθεσμίες (π.χ. για την κατάθεση της αιτήσεως συμμετοχής ή της προσφοράς).

νικής βάσεως. Τούτο σημαίνει επίσης ότι οι προϋποθέσεις που θεσπίζονται κατά την έναρξη της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως πρέπει να διατηρούνται και να εφαρμόζονται κατά τον ίδιο τρόπο σε όλους τους προσφέροντες.

87. Επειδή η υπό κρίση διαδικασία για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως αφορά, εν τούτοις, μόνον το ζήτημα της επιβαλλόμενης διαφάνειας, οι αναλύσεις περιορίζονται στο εξής στην πτυχή αυτή.

α) Η διαφάνεια

85. Εκτός της επιταγής της διαφάνειας που αποτελεί αντικείμενο της παρούσας διαδικασίας μπορούν να αναφερθούν η συνδεόμενη με αυτήν αρχή της ίσης μεταχειρίσεως³⁷, η αρχή του ανταγωνισμού και η αρχή της αναλογικότητας ως κανόνες, οι οποίοι θα μπορούσαν να εφαρμοστούν και στο πεδίο του πρωτογενούς δικαίου.

88. Κατ' αρχάς, επιβάλλεται η διευκρίνιση ότι η διαφάνεια περιλαμβάνει, κατά τις οδηγίες περισσότερες πτυχές από αυτές που συνδέονται με τη δημοσιότητα συγκεκριμένων διαδικασιών συνάψεως συμβάσεων. Σ' αυτές ανήκουν για παράδειγμα οι διάφορες μορφές γνωστοποιήσεων, είτε πρόκειται για πρόσκληση συμμετοχής σε διαδικασία συνάψεως συμβάσεως είτε σε διαγωνισμό, δηλαδή η πρόσκληση υποβολής προσφορών.

86. Θα ήταν δυνατόν για παράδειγμα να συναχθεί από την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως ότι η επιλογή των παραχωρησιούχων πρέπει να πραγματοποιηθεί επί αντικειμε-

89. Περαιτέρω οι οδηγίες γνωρίζουν και άλλες υποχρεώσεις δημοσιότητας, όπως η γνωστοποίηση της συνάψεως της συμβάσεως. Επιπλέον, οι οδηγίες προβλέπουν εσωτερικές υποχρεώσεις, για παράδειγμα υπό τη μορφή των πρακτικών ή της διατη-

37 — Αποφάσεις της 18ης Νοεμβρίου 1999, C-275/98, *Unitron Scandinavia* και 3-S (Συλλογή 1999, σ. I-8291, σκέψη 31), και στην υπόθεση C-324/98 (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 2), σκέψη 61.

ρήσεως ορισμένων εγγράφων³⁸. Οι υποχρεώσεις αυτές θα μπορούσαν να μεταφερθούν και στο πρωτογενές δίκαιο.

λει, και στο πεδίο εφαρμογής του πρωτογενούς δικαίου, στη διασφάλιση ανόθευτου ανταγωνισμού και στο άνοιγμα των εθνικών αγορών.

90. Η αρχή της διαφάνειας συνιστά μάλλον κατευθυντήρια αρχή για το σύνολο της διαδικασίας συνάψεως δημοσίων συμβάσεων. Σ' αυτήν ανήκουν επίσης η δυνατότητα επανεξετάσεως των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής και γενικώς μια αντικειμενική στάση κατά τη διάρκεια της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως.

91. Στην υπό κρίση διαδικασία ζητείται από το Δικαστήριο να εξειδικεύσει περαιτέρω τη νομολογία του για την υποχρέωση δημοσιότητας. Πράγματι, στην υπόθεση *Telaustria* έκρινε, κατ' αρχήν, ότι «η αναθέτουσα αρχή [πρέπει να διασφαλίζει], υπέρ όλων των ενδεχομένων αναδόχων, *προσέχοντα βαθμό δημοσιότητας* που να καθιστά δυνατό το άνοιγμα της αγοράς υπηρεσιών στον ανταγωνισμό καθώς και τον έλεγχο του αμερόληπτου χαρακτήρα των διαδικασιών διαγωνισμού³⁹».

93. Ο «προσέχων βαθμός δημοσιότητας» ενός διαγωνισμού αφορά πρωτίστως το ζήτημα αν πρέπει να λαμβάνει χώρα οποσδήποτε μια δημοσίευση. Κατά συνέπεια, δεν μπορεί να αποκλεισθεί το ενδεχόμενο να υπάρχουν και περιπτώσεις κατά τις οποίες μπορεί να συναφθεί ελεύθερη σύμβαση, δηλαδή διαδικασία διαγωνισμού χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκηρύξεως. Αυτό δηλαδή που επιτρέπουν οι οδηγίες πρέπει κατά μείζονα λόγο να επιτρέπεται στο πεδίο εφαρμογής του πρωτογενούς δικαίου. Για να μην εξαφανισθεί η διαφορά μεταξύ των οδηγιών και του πρωτογενούς δικαίου, θα ήταν υπερβολικά αυστηρό να επιτρέπεται η διεξαγωγή διαδικασιών διαγωνισμού χωρίς δημοσίευση προκηρύξεως μόνον υπό τις προϋποθέσεις των οδηγιών, δηλαδή για τους λόγους που αναφέρονται εκεί. Θα ήταν εξίσου αυστηρό να εξαρτάται το παραδεκτό των διαδικασιών αυτών από το ότι υπήρξε επαφή με όλους τους δυναμει προσφέροντες. Εάν όμως η αναθέτουσα αρχή ή ο παραχωρών ενεργούσαν κατά τον τρόπο αυτόν, η διαφάνεια θα ήταν εν πάση περιπτώσει εξασφαλισμένη⁴⁰.

92. Αφετηρία για τον έλεγχο του «προσέχοντος βαθμού δημοσιότητας» είναι ο σκοπός της αρχής της διαφάνειας η οποία πρέπει να ερμηνευθεί. Πράγματι, όπως για τις οδηγίες, η διαφάνεια πρέπει να συμβάλ-

94. Πρέπει, βεβαίως, να εμποδισθούν, αντιστρόφως, η αναθέτουσα αρχή και ο παραχωρών να προβούν σε καταχρηστική εκμετάλλευση της ελευθερίας που τους παρέχε-

38 — Βλ. συναφώς το άρθρο 12 των οδηγιών περί παροχής παροχής καθώς και το άρθρο 41 της οδηγίας περί των ειδικών τομέων.

39 — Απόφαση στην υπόθεση C-324/98 (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 2), σκέψη 62, η υπογράμμιση είναι δική μου.

40 — Τούτο δέχεται ο γενικός εισαγγελέας Fennelly στις προτάσεις του, σημείο 43, για τη διαφορά της κύριας δίκης στην υπόθεση *Telaustria* και *Telefonadress*, στο μέτρο που οι προσφέροντες δεν είναι όλοι ή στην πλειονότητά τους εγκατεστημένοι στο ίδιο κράτος όπως η αναθέτουσα αρχή.

ται. Κατά συνέπεια, θα μπορούσε να γίνει δεκτό ότι το πρωτογενές δίκαιο επιβάλλει την αρχή της υποχρεωτικής δημοσιότητας με πλείονες δυνατότητες παρεκκλίσεως. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή ή ο παραχωρών θα έπρεπε να αιτιολογεί σε κάθε περίπτωση γιατί παρεκκλίνει από τον κανόνα της δημοσιότητας.

95. Ακόμη όμως και αν γίνει δεκτή η κατ' αρχήν υποχρέωση δημοσιότητας, πολλές λεπτομέρειες παραμένουν ακόμη ανοικτές.

96. Επομένως, τίθεται το ερώτημα του μέσου δημοσιότητας. Αφενός πρόκειται για την πτυχή της γεωγραφικής διαδόσεως, δηλαδή τοπικό, περιφερειακό, εθνικό ή ευρωπαϊκό επίπεδο. Αφετέρου αυτό συνδέεται με το είδος του ίδιου του μέσου. Λαμβάνονται υπόψη, εκτός των κλασικών εντύπων μέσων, όπως επίσημων εφημερίδων, ημερησίων εφημερίδων ή δημοσιεύσεων του εκάστοτε οικονομικού τομέα, και ηλεκτρονικοί τόποι, όπως το διαδίκτυο. Υπό προϋποθέσεις μπορεί να χρησιμοποιηθεί και η αρχαϊκή μορφή της αναρτήσεως⁴¹.

97. Το είδος της δημοσιότητας συνιστά όμως μία μόνον πτυχή. Παράλληλα είναι σημαντικό για την αναθέτουσα αρχή ή τον παραχωρούντα να γνωρίζουν ποιες υποχρεώσεις τους επιβάλλουν οι θεμελιώδεις

ελευθερίες όσον αφορά το ελάχιστο περιεχόμενο της δημοσιότητας. Γενικώς ισχύει εν προκειμένω ως κριτήριο ότι πρέπει να παρέχονται τόσες πληροφορίες όσες είναι αναγκαίες για τις επιχειρήσεις, ώστε να μπορούν να αποφασίζουν για τη συμμετοχή τους στη διαδικασία του διαγωνισμού ή την υποβολή προσφοράς. Σε καμία περίπτωση όμως δεν προκύπτουν από τις θεμελιώδεις ελευθερίες τόσο πολλές και για το σύνολο των περιπτώσεων ισχύουσες λεπτομέρειες ώστε να συνιστούν πρότυπο για την προκήρυξη του διαγωνισμού όπως προβλέπουν οι οδηγίες. Επομένως, ισχύει ως αρχή και όσον αφορά το ελάχιστο περιεχόμενο της προκηρύξεως του διαγωνισμού: οι θεμελιώδεις ελευθερίες δεν υποχρεώνουν σε όλες τις περιπτώσεις στην παροχή των ενδείξεων που επιβάλλουν τα πρότυπα προκηρύξεων κατά το παράγωγο δίκαιο.

98. Τόσο το είδος όσο και το περιεχόμενο της προκηρύξεως αποτελούν συνάρτηση των προπαρατεθέντων κριτηρίων που παρέχουν τη δυνατότητα, στα πλαίσια του πρωτογενούς δικαίου, διαμορφώσεως κατηγοριών συμβάσεων και τη διαβάθμιση που απορρέει από αυτές.

99. Όσον αφορά το γεγονός ότι από τα έγγραφα, ειδικότερα από τη διάταξη περί παραπομπής, δεν προκύπτουν οι αναγκαίες λεπτομέρειες, ώστε να είναι δυνατόν να καθοριστεί ο προσήκων βαθμός δημοσιότητας, και σε σχέση με την αρχή ότι στα πλαίσια της διαδικασίας για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως κατά το άρθρο 234 ΕΚ δεν απόκειται στο Δικαστήριο να εφαρμόσει διατάξεις του κοινοτικού δικαίου

41 — Η Επιτροπή το δέχεται επίσης στην ανακοίνωσή της (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 29).

σε συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά, στο εθνικό δικαστήριο απόκειται να αποφανθεί αν η υποχρέωση διαφάνειας τηρήθηκε επαρκώς στη διαφορά της κύριας δίκης⁴².

100. Συναφώς ο εθνικός δικαστής πρέπει να λάβει υπόψη, στο πλαίσιο αναλύσεως της αγοράς, για ποιους επιχειρηματίες η σχεδιαζόμενη σύμβαση παρουσιάζει ενδιαφέρον ενόψει του ενδεχόμενου ανταγωνισμού, οπότε η αξία και το αντικείμενο της συμβάσεως διαδραματίζουν αποφασιστικό ρόλο.

β) Η εξαίρεση για ορισμένες συμβάσεις Quasi-In-House

101. Όπως εκτέθηκε ήδη, ούτε η παρέκκλιση από το παράγωγο δικαίο της νομολογίας Teckal και Stadt Halle ούτε η εξαίρεση του άρθρου 13 της οδηγίας περί ειδικών τομέων μπορεί να καταλήξει σε μη εφαρμογή του πρωτογενούς δικαίου, δηλαδή και των επίμαχων εν προκειμένω θεμελιωδών ελευθεριών.

102. Εάν η επίμαχη στη διαφορά της κύριας δίκης σύμβαση πρέπει πράγματι να χαρακτηριστεί ως παραχώρηση υπηρεσιών και, για τον λόγο αυτόν, δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών, παρέλκει η απάντηση στο ερώτημα αν οι οδηγίες δεν εφαρμόζονται στην επίμαχη σύμβαση λόγω άλλου γεγονότος, για παράδειγμα διότι έχουν εφαρμογή η νομολογιακή παρέκκλιση ή η εξαίρεση της οδηγίας περί των ειδικών τομέων. Πράγματι, το πρωτογενές δίκαιο εφαρμόζεται ήδη για άλλο λόγο.

103. Εξ άλλου, στο πλαίσιο διαδικασίας για την έκδοση προδικαστικής απόφασης κατά το άρθρο 234 ΕΚ, δεν απόκειται στο Δικαστήριο να εφαρμόσει τις διατάξεις του κοινοτικού δικαίου στα συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά. Αυτό τόνισε το Δικαστήριο κατ' επανάληψη σε υποθέσεις δημοσίων συμβάσεων⁴³. Στον εθνικό δικαστή απόκειται μάλλον να εξετάσει αν στη διαφορά της κύριας δίκης πληρούνται τα κριτήρια που διαμόρφωσε το Δικαστήριο ή οι προϋποθέσεις της οδηγίας περί των ειδικών τομέων. Προς τούτο πρέπει να εξετασθεί προηγουμένως αν έχει εφαρμογή μία από τις οδηγίες.

104. Εάν πρόκειται για παραχώρηση υπηρεσιών και οι οδηγίες δεν έχουν, κατά συνέπεια, εφαρμογή, αποκλείεται η εφαρμογή των δύο εξαιρέσεων που αφορούν τις διαδικασίες Quasi-In-House.

43 — Βλ. συναφώς μόνον τις αποφάσεις στην υπόθεση C-324/98 (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 2), σκέψη 63, της 22ας Μαΐου 2003, C-18/01, Korhonen (Συλλογή 2003, σ. I-5321), της 4ης Δεκεμβρίου 2003, C-448/01, EVN AG και Wien-Strom (Συλλογή 2003, σ. I-14527), και διάταξη στην υπόθεση C-310/01 (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 21).

42 — Βλ. για τη λύση αυτή την απόφαση στην υπόθεση C-324/98 (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 2), σκέψη 63.

VI — Πρόταση

105. Κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, προτείνω στο Δικαστήριο να δώσει στο προδικαστικό ερώτημα την ακόλουθη απάντηση:

«Τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ έχουν την έννοια ότι θεσπίζουν, κατ' αρχήν, υποχρέωση διαφάνειας. Τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ, πάντως, δεν αποκλείουν σε κάθε περίπτωση την απευθείας ανάθεση, δηλαδή σύναψη συμβάσεως χωρίς δημοσίευση προκηρύξεως ή χωρίς ανταγωνισμό. Κατά την εκτίμηση του ερωτήματος αν επιτρέπεται η απευθείας ανάθεση στα πλαίσια διαδικασίας διαγωνισμού όπως της διαφοράς της κύριας δίκης, ο εθνικός δικαστής οφείλει να λάβει υπόψη, υπό την έννοια αναλύσεως της αγοράς, για ποιους επιχειρηματίες η σχεδιαζόμενη σύμβαση παρουσιάζει ενδιαφέρον ενόψει του ενδεχόμενου ανταγωνισμού, οπότε η αξία και το αντικείμενο της συμβάσεως διαδραματίζουν αποφασιστικό ρόλο.»