

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ

M. POIARES MADURO

της 24ης Νοεμβρίου 2004¹

1. Με την παρούσα προσφυγή περί διαπίστωσης παραβάσεως, η Επιτροπή ζητεί από το Δικαστήριο να αναγνωρίσει ότι η Γαλλική Δημοκρατία, περιορίζοντας με το άρθρο 4 του νόμου 85-704, της 12ης Ιουλίου 1985, ο οποίος αφορά τον κύριο δημοσίου έργου και τις σχέσεις του με ιδιώτες αναδόχους, όπως τροποποιήθηκε με τον νόμο 91-662, της 13ης Ιουλίου 1991, και με τον νόμο 96-987, της 14ης Νοεμβρίου 1996², την απονομή της ιδιότητας του κατ' ανάθεση κυρίου του έργου σε εξαντλητικούς अपαριθμούμενα νομικά πρόσωπα του γαλλικού δικαίου, παρέβη τις υποχρεώσεις που υπέχει από την οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για το συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών³, και, ειδικότερα, από τα άρθρα 8 και 9 της εν λόγω οδηγίας, καθώς και από το άρθρο 49 ΕΚ.

2. Η υπό κρίση προσφυγή παρέχει στο Δικαστήριο την αφορμή να προσδιορίσει το καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50 και, ιδίως, το περιεχόμενο της έννοιας της δημόσιας συμβάσεως. Επιπλέον, η παρούσα προσφυγή αφορά ταυτοχρόνως τόσο την τήρηση της προαναφερθείσας οδηγίας όσο και την αρχή της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, την οποία καθιερώνει το άρθρο 49 ΕΚ, οπότε καθίσταται αναγκαία η αποσα-

φήνιση της διαρθρώσεως μεταξύ των δύο κοινοτικών κειμένων.

I — Το πραγματικό και κανονιστικό πλαίσιο

3. Εκ προοιμίου, πρέπει να διευκρινισθεί ότι το άρθρο 4 του νόμου 85-704, ο οποίος αποτελεί το αντικείμενο της παρούσας προσφυγής, τελεί υπό αναθεώρηση. Η διάταξη 2004-566, της 17ης Ιουνίου 2004, τροποποιεί το εν λόγω άρθρο και προβλέπει ότι στο εξής κατ' ανάθεση κύριος έργου μπορεί να είναι τόσο το Δημόσιο όσο και ιδιώτης⁴. Η εν λόγω διάταξη καθιερώνει το ασυμβίβαστο μεταξύ, αφενός, της ιδιότητας του κατ' ανάθεση κυρίου του έργου και, αφετέρου, «κάθε δραστηριότητας που συνδέεται με τη διαχείριση του έργου, με την υλοποίηση των εργασιών ή με τον τεχνικό έλεγχο επί του έργου ή των έργων που αφορά η σύμβαση περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου», προκειμένου να αποφευχθεί το ενδεχόμενο συγκρούσεως συμφερόντων⁵. Το ασυμβίβαστο εκτείνεται και στις επιχειρήσεις που συνδέονται με τον κατ' ανάθεση κύριο. Στις 15 Σεπτεμβρίου 2004, κατατέθηκε στη Γαλλική Εθνοσυνέλευση νομοσχέδιο που σκοπούσε να κωρώσει την εν λόγω διάταξη. Εντούτοις, κατά πάγια νομολογία, η προσαπτόμενη σε κράτος μέλος παράβαση πρέπει να εκτιμάται κατά την ημερομηνία λήξεως της προθεσμίας των δύο μηνών που τάσσει η αιτιολο-

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η πορτογαλική.

2 — Αντιστοίχως *JORF* της 13ης Ιουλίου 1985, σ. 7914 της 19ης Ιουλίου 1991, σ. 9524, και της 15ης Νοεμβρίου 1996, σ. 16656, στο εξής: νόμος 85-704.

3 — ΕΕ L 209, σ. 1.

4 — *JORF* 141 της 19ης Ιουνίου 2004.

5 — Το άρθρο 4, δεύτερη περίπτωση, του νόμου ως είχε πριν από την έκδοσή της εν λόγω διατάξεως καθιέρωνε το ασυμβίβαστο μόνον ως προς τους κατ' ανάθεση κυρίου του άρθρου 4.

γημένη γνώμη, η οποία εν προκειμένω απευθύνθηκε στη Γαλλική Δημοκρατία στις 27 Ιουνίου 2002. Για τον λόγο αυτό, οι προτάσεις μου αφορούν τον γαλλικό νόμο ως είχε κατά το κρίσιμο αυτό χρονικό σημείο.

4. Πριν προχωρήσω στην ανάλυση των επιχειρημάτων της Γαλλικής Δημοκρατίας και της Επιτροπής αντιστοίχως, θα παραθέσω εν συντομία τις εθνικές και κοινοτικές διατάξεις που ασκούν επιρροή στην παρούσα υπόθεση.

5. Η οδηγία 92/50 συντονίζει τις διαδικασίες συνάψεως δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών. Η οδηγία αυτή αποσκοπεί «στην εξάλειψη των εμποδίων στην ελεύθερη παροχή των υπηρεσιών και, συνεπώς, στην προστασία των συμφερόντων των εγκατεστημένων σε κράτος μέλος επιχειρηματιών οι οποίοι επιθυμούν να παραδώσουν αγαθά ή να παράσχουν υπηρεσίες στις αναθέτουσες αρχές που είναι εγκατεστημένες σε άλλο κράτος μέλος»⁶. Προς επίτευξη αυτού του σκοπού, η οδηγία επιχειρεί «[να διασφαλίσει] ότι επιχειρήσεις άλλων κρατών μελών θα είναι σε θέση να υποβάλλουν προσφορά για συμβάσεις ή σύνολα συμβάσεων που μπορεί να παρουσιάζουν ενδιαφέρον για αντικειμενικούς λόγους σχετικούς με την αξία τους»⁷. Η οδηγία 92/50 προβλέπει ότι οι δύο κατηγορίες υπηρεσιών που απαριθμούνται στα παραρτήματα I A και I B, αντιστοίχως, υπόκεινται σε διαφορετικό καθεστώς. Σύμφωνα με το άρθρο 9 της οδηγίας, οι εφαρμοστέοι στις υπηρεσίες που περιλαμβάνονται στο παράρτημα I B

κανόνες επιβάλλουν, απλώς, την υποχρέωση καθορισμού των τεχνικών προδιαγραφών και αποστολής μιας προκηρύξεως με τα αποτελέσματα της διαδικασίας αναθέσεως στην Υπηρεσία Επίσημων Εκδόσεων των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων. Αντιθέτως, το άρθρο 8 της οδηγίας επιβάλλει πιο σύνθετες υποχρεώσεις για τις υπηρεσίες που περιλαμβάνονται στο παράρτημα I A της εν λόγω οδηγίας: παραδείγματος χάρη, στις περιπτώσεις αυτές πρέπει να προηγείται η δημοσίευση προκηρύξεως σύμφωνα με τις προβλεπόμενες διαδικασίες και εντός των καθοριζόμενων προθεσμιών.

6. Η αρχή της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, την οποία καθιερώνει το άρθρο 49 ΕΚ, έχει εφαρμογή σε όλες τις παροχές υπηρεσιών που δεν εμπίπτουν στις διαλαμβανόμενες στα άρθρα 45 ΕΚ και 46 ΕΚ εξαιρέσεις. Δεδομένου ότι η οδηγία 92/50 εφαρμόζεται μόνο στις παροχές υπηρεσιών που στηρίζονται σε δημόσια σύμβαση⁸, οι υπηρεσίες που παρέχονται επί άλλων βάσεων υπόκεινται μόνο στην αρχή της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών. Οι δημόσιες συμβάσεις που δεν υπερβαίνουν τα προβλεπόμενα με το άρθρο 13 της οδηγίας κατώτατα χρηματικά όρια υπόκεινται επίσης στο άρθρο 49 ΕΚ.

7. Ο νόμος που αποτελεί το αντικείμενο της παρούσας προσφυγής ρυθμίζει και διέπει τις έννομες σχέσεις του κυρίου δημοσίου έργου. Εφαρμόζεται στην υλοποίηση όλων των κτιριακών έργων ή των έργων υποδομής, καθώς και στις βιομηχανικές εγκαταστάσεις που προορίζονται για την εκμετάλλευσή τους, των οποίων κύριος είναι το κράτος, δημόσιοι οργανισμοί ή ορισμένοι περιορι-

6 — Απόφαση του Δικαστηρίου της 10ης Νοεμβρίου 1998, C-360/96, BFI Holding (Σύλλογή 1998, σ. I-6821, σκέψη 41).

7 — Απόφαση του Δικαστηρίου της 5ης Οκτωβρίου 2000, C-16/98, Επιτροπή κατά Γαλλικής Δημοκρατίας (Σύλλογή 2000, σ. I-8315, σκέψη 44). Η εν λόγω απόφαση αφορούσε την οδηγία 93/38/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών σύνταξης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (ΕΕ L 199, σ. 84).

8 — Ογδοη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 92/50.

στικώς προσδιοριζόμενοι ιδιωτικοί οργανισμοί⁹. Εντός του πλαισίου αυτού, ο κύριος του έργου μπορεί να συνάψει σύμβαση αναθέσεως της κυριότητάς του, σύμφωνα με τις διατάξεις του εν λόγω νόμου.

— προετοιμασία της επιλογής του διαχειριστή του έργου, υπογραφή της συμβάσεως διαχείρισεως του έργου, κατόπιν εγκρίσεως της επιλογής του διαχειριστή του έργου από τον κύριο του έργου και διαχείριση της εν λόγω συμβάσεως·

8. Το άρθρο 5 του νόμου 85-704 καθορίζει τα ουσιώδη στοιχεία αυτής της συμβάσεως: «Η συμφωνία που ρυθμίζει τις σχέσεις του κυρίου του έργου με τον κατ' ανάθεση κύριο προσδιορίζει, επί ποινή ακυρότητας: το έργο το οποίο αφορά η συμφωνία, τις αρμοδιότητες που ανατίθενται στον κατ' ανάθεση κύριο, τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες οι υποχρεώσεις του κατ' ανάθεση κυρίου λογίζονται εκπληρωθείσες, τους τρόπους καταβολής της αμοιβής του, τις ποινές που του επιβάλλονται σε περίπτωση παράβασης των υποχρεώσεών του και τους όρους ανακλήσεως της συμβάσεως περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου [...]»

— έγκριση των προσχεδίων και των πρόσθετων συμφωνιών·

— προετοιμασία της επιλογής του αναδόχου κατασκευής, υπογραφή της συμβάσεως εργοληψίας, κατόπιν εγκρίσεως της επιλογής του αναδόχου κατασκευής από τον κύριο του έργου και διαχείριση της συμβάσεως εργοληψίας·

— καταβολή της αμοιβής του διαχειριστή και του αναδόχου κατασκευής·

9. Το άρθρο 3 του εν λόγω νόμου απαριθμεί τις αρμοδιότητες τις οποίες ο κύριος του έργου μπορεί να αναθέσει στον κατ' ανάθεση κύριο:

— αποδοχή του έργου·

— και διενέργεια όλων των πράξεων που συνδέονται με τις προαναφερθείσες αρμοδιότητες.»

«— καθορισμός των διοικητικών και τεχνικών όρων μελέτης και εκτελέσεως του έργου·

10. Σύμφωνα με το άρθρο 2 του εν λόγω νόμου, ο κύριος του έργου δεν μπορεί να μεταβιβάσει σε άλλο πρόσωπο ορισμένες εκ των αρμοδιοτήτων του. Πρόκειται για τη γενική σύλληψη του έργου και τη συνέχιση της υλοποίησής του.

9 — Άρθρο 1 του νόμου 85-704: «Κύριος δημοσίου έργου μπορεί να είναι 1) το κράτος και οι δημόσιες υπηρεσίες του· 2) οι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης και οι δημόσιες τους υπηρεσίες, οι συσταθείσες κατ' εφαρμογήν του άρθρου L. 321-1 του κώδικα πολεοδομίας δημόσιες υπηρεσίες χωροταξίας νέων πόλεων, οι κοινοπραξίες τους και οι διαλαμβανόμενες στο άρθρο L. 166-1 του κώδικα για τους δήμους συνδικαλιστικές οργανώσεις μικτής μορφής· 3) οι διαλαμβανόμενοι στο άρθρο L. 64 του κώδικα κοινωνικής ασφάλισης ιδιωτικοί οργανισμοί, καθώς και οι ενώσεις και όμιλοι τους· 4) οι ιδιωτικοί οργανισμοί εκμεταλλεύσεως εργατικών κατοικιών που περιλαμβάνονται στο άρθρο L. 411-2 του κώδικα κατασκευών και κατοικιών, καθώς και οι εταιρίες μικτής οικονομίας, για έργα που αφορούν επιχορηγούμενες από το κράτος κατοικίες και υλοποιούνται από τους εν λόγω οργανισμούς και εταιρίες.»

11. Από τις προαναφερθείσες διατάξεις του νόμου που αποτελεί το αντικείμενο της παρούσας προσφυγής προκύπτει ότι οι αρμοδιότητες που μπορεί να αναθέσει ο κύριος του έργου στον κατ' ανάθεση κύριο είναι πολύ ευρείες. Εντούτοις, η ιδιαίτερο-

τητα της συμβάσεως περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου έγκειται στην επιλογή του προσώπου του κατ' ανάθεση κυρίου, καθόσον ο κύριος του έργου μπορεί να επιλέξει μόνο μεταξύ των περιοριστικών απαριθμούμενων στο άρθρο 4 του επίμαχου νόμου προσώπων, τα οποία είναι:

« — τα διαλαμβανόμενα στα σημεία 1 και 2 του άρθρου 1 του παρόντος νόμου νομικά πρόσωπα [ήτοι το κράτος και οι δημόσιες υπηρεσίες του, οι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοικήσεως και οι δημόσιες υπηρεσίες τους, οι δημόσιες υπηρεσίες χωροταξίας νέων πόλεων, οι κοινοπραξίες τους και οι συνδικαλιστικές οργανώσεις μικτής μορφής], εξαιρέσει των δημόσιων υγειονομικών και κοινωνικών υπηρεσιών, οι οποίες μπορούν να είναι κατ' ανάθεση κύριοι έργου μόνο για λογαριασμό άλλων δημόσιων υγειονομικών και κοινωνικών οργανισμών»

— τα νομικά πρόσωπα των οποίων το εταιρικό κεφάλαιο ανήκει, άμεσα ή έμμεσα, τουλάχιστον κατά το ήμισυ στα διαλαμβανόμενα στα σημεία 1 και 2 του άρθρου 1 νομικά πρόσωπα και τα οποία μπορούν να συνδράμουν τον κύριο του έργου υπό την προϋπόθεση ότι δεν δραστηριοποιούνται ως διαχειριστές ή ανάδοχοι κατασκευής για λογαριασμό τρίτου

— οι διαλαμβανόμενοι στο άρθρο L. 411-2 του κώδικα κατασκευών και κατοικιών ιδιωτικοί οργανισμοί κατοικιών χαμηλού ενοικίου, αλλά μόνον προς όφελος άλλων οργανισμών κατοικιών χαμηλού ενοικίου και για έργα που αφορούν επιχορηγούμενες κατοικίες

— οι εταιρίες μικτής οικονομίας τοπικού χαρακτήρα, τις οποίες ρυθμίζει ο νόμος 83-597, της 7ης Ιουλίου 1983, περί των εταιριών μικτής οικονομίας τοπικού χαρακτήρα

— οι ιδρυθείσες κατ' εφαρμογήν του άρθρου L. 321-1 του κώδικα πολεοδομίας δημόσιες υπηρεσίες και οι ενώσεις ιδιοκτητών αστικών ακινήτων που ιδρύονται κατόπιν αδειάς ή εκ του νόμου, κατ' εφαρμογήν των άρθρων L. 322-1 του κώδικα πολεοδομίας

— οι εταιρίες που έχουν συσταθεί κατ' εφαρμογήν του άρθρου 9 του νόμου 51-592, της 24ης Μαΐου 1951, περί των ειδικών κονδυλίων του προϋπολογισμού του έτους 1951, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 28 του νόμου 62-933, της 8ης Αυγούστου 1962, ο οποίος συμπληρώνει τον νόμο για τη γεωργία

— κάθε νομικό πρόσωπο δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου στο οποίο ανατίθεται η υλοποίηση της χωροταξικής διευθέτησεως μιας περιοχής ή της κατατήσεως μιας εδαφικής εκτάσεως, κατά την έννοια του πρώτου κεφαλαίου του τόμου III του κώδικα πολεοδομίας, όσον αφορά τα έργα που εντάσσονται στο πλαίσιο αυτών των πράξεων

— οι εταιρίες που συνάπτουν την προβλεπόμενη με το άρθρο L. 122-1 του κώδικα κατασκευών και κατοικιών σύμβαση για την εκτέλεση των εργασιών αστικής ανοικοδομήσεως μεγάλων συγκροτημάτων και οικισμών που περι-

λαμβάνονται στον τίτλο I του άρθρου 1466 Α του γενικού φορολογικού κώδικα.»

12. Οι συμβάσεις περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου που συνάπτονται κατ' εφαρμογήν του νόμου 85-704 δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του γαλλικού κώδικα για τις δημόσιες συμβάσεις¹⁰. Ο κύριος του έργου δεν υπέχει ουδεμία υποχρέωση προκηρύξεως διαγωνισμού πριν από την επιλογή του κατ' ανάθεση κυρίου. Αντιθέτως, οι συμβάσεις που συνάπτει ο κατ' ανάθεση κύριος για λογαριασμό του κυρίου του έργου εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του γαλλικού κώδικα για τις δημόσιες συμβάσεις¹¹. Συνεπώς, τίθεται το ζήτημα κατά πόσον οι συμβάσεις περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου που συνάπτονται κατ' εφαρμογήν του νόμου 85-704 πρέπει να υπόκεινται στις αρχές της προκηρύξεως διαγωνισμού και της προηγούμενης δημοσιεύσεως, τις οποίες καθιερώνουν τόσο η οδηγία 92/50 όσο και οι διατάξεις της Συνθήκης ΕΚ που αφορούν την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών.

13. Στις 31 Μαΐου 2000, η Επιτροπή απέστειλε στη Γαλλική Δημοκρατία έγγραφο ζητώντας πληροφορίες για την εθνική κανονιστική ρύθμιση και, κρίνοντας μη ικανοποιητικές τις διευκρινίσεις που παρασχέθηκαν, απηύθυνε στο εν λόγω κράτος μέλος έγγραφο οχλήσεως, στις 25 Ιουλίου 2001, προκειμένου να διατυπώσει τις παρατηρήσεις του. Στις 27 Ιουνίου 2002, η Επιτροπή απηύθυνε στη Γαλλική Δημοκρατία αιτιολο-

γημένη γνώμη, διότι έκρινε ότι οι παρατηρήσεις των γαλλικών αρχών δεν ήταν πειστικές. Μολονότι η Γαλλική Δημοκρατία ανακοίνωσε ότι επρόκειτο να καταργήσει τις επίμαχες εθνικές διατάξεις στο εγγύς μέλλον, η Επιτροπή κίνησε διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου.

14. Κατ' αρχάς, πρέπει να διευκρινισθεί ότι οι αιτιάσεις της Επιτροπής εστιάζονται σε δύο ζητήματα. Αφενός, η Επιτροπή ισχυρίζεται ότι η κατά τον γαλλικό νόμο σύμβαση περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50 και, ως τούτου, το ισχύον καθεστώς δεν είναι συμβατό με τα άρθρα 8 και 9 της εν λόγω οδηγίας. Αφετέρου, στις περιπτώσεις που η οδηγία 92/50 δεν έχει εφαρμογή, το άρθρο 4 του επίμαχου εν προκειμένω νόμου αντιβαίνει στις διατάξεις της Συνθήκης ΕΚ που αφορούν την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών, καθώςσον προβλέπει ότι ορισμένα μόνο νομικά πρόσωπα μπορούν να συνάπτουν συμβάσεις περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου.

15. Με τις προτάσεις μου, εξετάζω το ζήτημα της τηρήσεως της οδηγίας 92/50, για τις περιπτώσεις που η εν λόγω οδηγία έχει εφαρμογή. Εν συνεχεία, για τις λοιπές περιπτώσεις που η επίμαχη οδηγία δεν έχει εφαρμογή, πρέπει να εξετασθεί το κατά πόσον ο νόμος 85-704 είναι σύμφωνος προς το άρθρο 49 ΕΚ.

10 — Τούτο προκύπτει από το άρθρο 3, παράγραφος 7, του γαλλικού κώδικα για τις δημόσιες συμβάσεις, ο οποίος επικυρώθηκε με το διάταγμα 2001-210, της 7ης Μαρτίου 2001, το οποίο επέχει θέση κώδικα για τις δημόσιες συμβάσεις (*JORF* της 8ης Μαρτίου 2001, σ. 3700). Συναφώς, βλ. Richer, L., «*Le contrat de mandat au risque du droit administratif*», *CJEG* 1999, σ. 127. Πρέπει να επισημανθεί ότι το Συμβούλιο του Κράτους, με την απόφασή του της 8ης Μαρτίου 2003 ακύρωσε την επίμαχη διάταξη. Ο κώδικας για τις δημόσιες συμβάσεις, ως έχει μετά την έκδοση του διατάγματος 2004-15, της 7ης Ιανουαρίου 2004 (*JORF* της 8ης Ιανουαρίου 2004, σ. 703), λαμβάνει υπόψη την εν λόγω απόφαση και ορίζει ότι στο εξής οι συμβάσεις εντολής εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του.

11 — Άρθρο 4, τελευταίο εδάφιο, του νόμου 85-704.

II — Το ασύμβατο του νόμου 85-704 με την οδηγία 92/50

16. Προκειμένου να διαπιστωθεί το βάσιμο του προβαλλόμενου με την παρούσα προσφυγή ισχυρισμού της Επιτροπής ότι το άρθρο 4 του νόμου 85-704 δεν είναι συμβατό με τις διατάξεις της οδηγίας 92/50, πρέπει, κατ' αρχάς, να εξετασθεί το

κατά πόσον οι καταστάσεις που αφορά ο επίμαχος νόμος εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της εν λόγω οδηγίας.

A — Ανάλυση του κατά πόσον η κατά τον γαλλικό νόμο 85-704 σύμβαση περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50

17. Οι διάδικοι διαφωνούν, κατ' ουσίαν, ως προς το ζήτημα κατά πόσον οι κατά τον νόμο 85-704 συμβάσεις περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου εμπίπτουν στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50. Το άρθρο 1 της εν λόγω οδηγίας προσδιορίζει το πεδίο εφαρμογής της. Συνεπώς, προκειμένου να θεμελιωθεί η ύπαρξη ενδεχόμενης παραβάσεως, πρέπει, κατ' αρχάς, να εξετασθεί το κατά πόσον η κατά το νόμο 85-704 σύμβαση περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου πληροί τα κριτήρια που θέτει το άρθρο 1, στοιχείο α', της οδηγίας 92/50.

18. Σύμφωνα με τον διαλαμβανόμενο στην εν λόγω διάταξη ορισμό, «οι δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών είναι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας συναπτόμενες εγγράφως μεταξύ ενός παρέχοντος υπηρεσίες και μιας αναθέτουσας αρχής». Εκ πρώτης όψεως, τα κριτήρια αυτά πληρούνται εν προκειμένω.

19. Πρώτον, κατά την έννοια του άρθρου 1, στοιχείο β', της οδηγίας, «ως αναθέτουσες αρχές θεωρούνται το κράτος, οι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου, οι ενώσεις που αποτελούνται από έναν ή περισσότερους από τους παρα-

πάνω οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης ή δημοσίου δικαίου». Το ίδιο άρθρο ορίζει ως οργανισμό δημοσίου δικαίου «κάθε οργανισμό που δημιουργείται για την ικανοποίηση συγκεκριμένων αναγκών γενικού συμφέροντος που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα» και ελέγχεται από το κράτος το οποίο είτε κατέχει την πλειονότητα των εταιρικών του μεριδίων είτε είναι αρμόδιο να διορίζει τα όργανα διαχειρίσεως του οικείου οργανισμού. Σύμφωνα με το άρθρο 1 του νόμου 85-704, τα πρόσωπα που μπορούν να ασκούν αρμοδιότητες του κυρίου του έργου είναι το κράτος και οι δημόσιες υπηρεσίες του, οι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοικήσεως και οι δημόσιες υπηρεσίες τους, οι δημόσιες υπηρεσίες χωροταξίας νέων πόλεων, οι κοινοπραξίες τους και οι συνδικαλιστικές οργανώσεις μικτού χαρακτήρα. Επίσης, συμβάσεις περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου, κατ' εφαρμογήν του νόμου 85-704, μπορούν να συνάπτουν οι διαλαμβανόμενοι στο άρθρο L. 64 του κώδικα κοινωνικής ασφαλίσεως ιδιωτικού οργανισμού, οι ενώσεις τους και οι όμιλοι τους, καθώς και οι ιδιωτικοί οργανισμοί εκμεταλλεύσεως εργατικών κατοικιών και οι εταιρίες μικτής οικονομίας, για έργα που αφορούν επιχορηγούμενες από το κράτος κατοικίες και υλοποιούνται από τους εν λόγω οργανισμούς και εταιρίες. Δεν αμφισβητείται ότι όλοι οι ανωτέρω οργανισμοί αποτελούν αναθέτουσες αρχές, κατά την έννοια της οδηγίας 92/50.

20. Δεύτερον, από το άρθρο 5 του νόμου 85-704 προκύπτει ότι όλες οι συμβάσεις περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου πρέπει να καταρτίζονται εγγράφως. Συνεπώς, η δεύτερη προϋπόθεση του άρθρου 1, στοιχείο α', της οδηγίας 92/50 πληρούται εν προκειμένω.

21. Τρίτον, το άρθρο 5 του επίμαχου νόμου προβλέπει, επί ποινή ακυρότητας της οικείας συμβάσεως, την καταβολή αμοιβής στον κατ' ανάθεση κύριο. Συνεπώς, η σύμβαση περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου συνιστά σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας.

22. Τέταρτον, οι αρμοδιότητες οι οποίες, σύμφωνα με το άρθρο 4 του επίμαχου εν προκειμένω νόμου, μπορούν να απονεμηθούν στον κατ' ανάθεση κύριο αντιστοιχούν, εκ πρώτης όψεως, στην εκτέλεση παροχής υπηρεσιών.

23. Από την εφαρμογή των ανωτέρω κριτηρίων προκύπτει, με μια πρώτη ανάλυση, ότι η σύμβαση περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου, κατά την έννοια του γαλλικού νόμου, αποτελεί δημόσια σύμβαση υπηρεσιών, κατά την έννοια του άρθρου 1, στοιχείο α', της οδηγίας 92/50.

24. Εντούτοις, η Γαλλική Δημοκρατία προβάλλει δύο επιχειρήματα κατά του χαρακτηρισμού αυτού. Κατ' αρχάς, ισχυρίζεται ότι, λαμβανομένων υπόψη των ποικίλων ιδιαιτεροτήτων της, η κατά τον νόμο 85-704 σύμβαση περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι συνιστά δημόσια σύμβαση υπηρεσιών. Επιπλέον, υποστηρίζει ότι η κατ' αναλογία εφαρμογή της συλλογιστικής του Δικαστηρίου στην υπόθεση *Ordine degli Architetti κ.λπ.*¹² οδηγεί στο ίδιο αποτέλεσμα, ήτοι στον αποκλεισμό της συμβάσεως περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου, κατά την έννοια του νόμου 85-704, από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50.

12 — Απόφαση της 12ης Ιουλίου 2001, C-399/98, *Ordine degli Architetti κ.λπ.* (Συλλογή 2001, σ. I-5409).

1) Συνεπάγεται η σύναψη συμβάσεως περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου τη μεταβίβαση δημόσιας εξουσίας;

25. Το καθού η προσφυγή κράτος μέλος διατείνεται ότι η σύμβαση περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου διακρίνεται από τις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών για πολλούς λόγους. Η ουσία της συμβάσεως περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου έγκειται στο ότι παρέχει στον κατ' ανάθεση κύριο δικαίωμα εκπροσωπήσεως του κυρίου του έργου. Το εν λόγω δικαίωμα εκπροσωπήσεως συνδέεται άρρηκτα με τις λοιπές αρμοδιότητες που απονέμονται στον κατ' ανάθεση κύριο. Κατ' αυτόν τον τρόπο, ο κατ' ανάθεση κύριος ασκεί εξουσία προς εξυπηρέτηση του γενικού συμφέροντος και, ταυτοχρόνως, διατηρεί το δικαίωμα να αποφασίζει από κοινού με τον κύριο του έργου. Συνεπώς, οι σχέσεις που συνδέουν τον κατ' ανάθεση κύριο με τον κύριο του έργου είναι εντελώς διαφορετικές από τις σχέσεις που απορρέουν από τις συμβάσεις εμπορικού χαρακτήρα. Το σύνολο των ανωτέρω ιδιαιτεροτήτων εμποδίζει την εξομείωση της συμβάσεως περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου προς τις λοιπές συμβάσεις παροχής υπηρεσιών.

26. Η Επιτροπή αμφισβητεί την ορθότητα αυτών των επιχειρημάτων. Ειδικότερα, υποστηρίζει ότι το γεγονός ότι η παροχή υπηρεσιών πραγματοποιείται σε εκτέλεση συμβάσεως περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου δεν αρκεί για να αποκλείσει την εν λόγω σύμβαση από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50. Παραδείγματος χάρι, οι συμβάσεις εντολής που συνάπτονται μεταξύ του δικηγόρου και του πελάτη του εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, κατ' εφαρμογήν του σημείου 21 του παραρτήματος I Β της εν λόγω οδηγίας. Επιπλέον, η ανάλυση αυτή είναι σύμφωνη προς τη συλλογιστική που ανέπτυξε το Συμβούλιο του Κράτους, με την απόφαση

της 5ης Μαρτίου 2003¹³, σύμφωνα με την οποία ο γενικός και συστηματικός αποκλεισμός όλων των συμβάσεων εντολής από το πεδίο εφαρμογής του γαλλικού κώδικα για τις δημόσιες συμβάσεις αντιβαίνει στις διατάξεις της οδηγίας 92/50. Τέλος, η ύπαρξη λόγων γενικού συμφέροντος δεν αποκλείει τον χαρακτηρισμό της σύμβασης περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου ως σύμβασης παροχής υπηρεσιών, κατά την έννοια της οδηγίας, δεδομένου ότι παρόμοιοι λόγοι συντρέχουν συχνά και σε περιπτώσεις συμβάσεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας¹⁴. Συνεπώς, ουδεμία εκ των προβαλλόμενων από τη Γαλλική Δημοκρατία ιδιαίτεροτήτων της επίμαχης σύμβασης δεν μπορεί να δικαιολογήσει τον αποκλεισμό της από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50.

27. Το πρώτο ερώτημα στο οποίο πρέπει να δοθεί απάντηση αφορά τον χαρακτήρα της σύμβασης που συνάπτεται μεταξύ του κυρίου του έργου και του κατ' ανάθεση κυρίου. Μολοντί, ο χαρακτηρισμός που προσδίδει το εθνικό δίκαιο στη σύμβαση η οποία συνάπτεται μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του παρέχοντος την υπηρεσία δεν επηρεάζει, κατ' αρχήν, τον χαρακτηρισμό της κατά το κοινοτικό δίκαιο, πρέπει εντούτοις να επισημανθεί ότι η οδηγία έχει εφαρμογή μόνο στις «δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών» και αποκλείει από το πεδίο εφαρμογής της τις συμβάσεις παραχωρήσεως δημόσιων υπηρεσιών.

28. Η Γαλλική Δημοκρατία, δίχως να ισχυρίζεται ότι η επίμαχη εν προκειμένω συμβατική σχέση μπορεί να εξομοιωθεί πλήρως

προς την παραχώρηση δημόσιας υπηρεσίας¹⁵, διατείνεται ότι υφίσταται μεταβίβαση δημόσιας εξουσίας, καθόσον ο κατ' ανάθεση κύριος υποκαθιστά τον κύριο του έργου στην άσκησή της. Κατ' αυτόν τον τρόπο, επιχειρεί να θεμελιώσει την ύπαρξη συνδέσμου μεταξύ της νομολογίας του Δικαστηρίου περί των συμβάσεων παραχωρήσεως και της συλλογιστικής που θα μπορούσε να ακολουθήσει το Δικαστήριο όσον αφορά τις συμβάσεις περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου. Πράγματι, από τη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει ότι ακριβώς η ύπαρξη της μεταβίβασης δημόσιας εξουσίας στον κατόπιν παραχωρήσεως ανάδοχο δικαιολογεί τον αποκλεισμό του από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50. Αφού αναλύσω την κοινοτική νομολογία περί των συμβάσεων παραχωρήσεως, θα εξετάσω κατά πόσον μπορεί να εφαρμοσθεί στην επίμαχη εν προκειμένω σύμβαση περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου.

29. Μολοντί οι συμβάσεις παραχωρήσεως δημοσίων έργων υπόκεινται ρητώς στην οδηγία 93/37/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων¹⁶, η οδηγία 92/50, η οποία αφορά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, δεν ρυθμίζει τις συμβάσεις παραχωρήσεως υπηρεσιών. Έχει γίνει δεκτό ότι οι εν λόγω συμβάσεις αποκλείονται από το

15 — Πρέπει να τονισθεί ότι διάφορα είδη συμβάσεων του γαλλικού δικαίου που συνεπάγονται τη μεταβίβαση δημόσιας υπηρεσίας μπορούν να εξομοιωθούν προς τις συμβάσεις παραχωρήσεως, κατά την έννοια του κοινοτικού δικαίου. Ο όρος «παραχώρηση» έχει ευρύτερη έννοια στο κοινοτικό δίκαιο απ' ό,τι στο γαλλικό δίκαιο.

16 — Άρθρο 3 της οδηγίας 93/37 (ΕΕ L 199, σ. 54), η οποία τροποποιήθηκε με την οδηγία 2001/78/ΕΚ της Επιτροπής, της 13ης Σεπτεμβρίου 2001, για την τροποποίηση του παραρτήματος IV της οδηγίας 93/36/ΕΟΚ του Συμβουλίου, των παραρτημάτων IV, V και VI της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ του Συμβουλίου, των παραρτημάτων III και IV της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, όπως τροποποιήθηκαν από την οδηγία 97/52/ΕΚ, καθώς και των παραρτημάτων XII έως XV, XVII και XVIII της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ του Συμβουλίου, όπως τροποποιήθηκε από την οδηγία 98/4/ΕΚ (οδηγία για τη χρήση τυποποιημένων εντύπων στη δημοσίευση των προκηρξσεων δημοσίων συμβάσεων) (ΕΕ L 285, σ. 1).

13 — Υπόθεση 233372, Union Nationale des Services publics et industriels et commerciaux, et autres.

14 — Βλ., συναφώς, την απόφαση της 5ης Δεκεμβρίου 1989, C-3/88, Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας (Συλλογή 1989, σ. I-4035).

πεδίο εφαρμογής της¹⁷. Η οδηγία 2004/18/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών¹⁸, η οποία αντικαθιστά, μεταξύ άλλων, και την οδηγία 92/50, αποκλείει επίσης τις συμβάσεις παραχωρήσεως υπηρεσιών από το πεδίο εφαρμογής της.

30. Μολονότι το κριτήριο της παραχωρήσεως δεν καθιερώνεται με διατάξεις νομοθετικής ισχύος, εντούτοις μπορεί να προσδιορισθεί σε σύγκριση με τον διαλαμβανόμενο στην οδηγία 93/37 ορισμό¹⁹. Η Επιτροπή, με την ερμηνευτική της ανακοίνωση περί των συμβάσεων παραχωρήσεως στο κοινοτικό δίκαιο²⁰, επιχειρεί να καταλήξει σε έναν ορισμό της εν λόγω έννοιας και εμμένει στην ύπαρξη του κινδύνου της εκμεταλλεύσεως ως κριτηρίου αποφασιστικής σημασίας. Πρέπει να επισημανθεί ότι η οδηγία 2004/18 αίρει κάθε αμφιβολία ως προς το ζήτημα αυτό, διότι το άρθρο 1, παράγραφος 4, της εν λόγω οδηγίας ορίζει τη σύμβαση παραχωρήσεως υπηρεσιών ως «μια σύμβαση η οποία παρουσιάζει τα ίδια χαρακτηριστικά με μια δημόσια σύμβαση υπηρεσιών, εκτός από το γεγονός ότι το εργολαβικό αντάλλαγμα συνίσταται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμετάλλευσής της υπηρεσίας είτε στο δικαίωμα αυτό σε συνδυασμό με καταβολή αμοιβής».

31. Το Δικαστήριο, με την απόφασή του BFI Holding, έκρινε ότι η επίμαχη στην υπόθεση εκείνη σύμβαση, η οποία χαρακτηριζόταν κατά το εθνικό δίκαιο ως παραχώρηση υπηρεσίας και αφορούσε την περισυλλογή απορριμμάτων, ενέπιπτε στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50²¹. Πράγματι, το Δικαστήριο στηρίχθηκε αποκλειστικώς στις διαλαμβανόμενες στο άρθρο 1 της οδηγίας 92/50 προϋποθέσεις, δίχως να λάβει υπόψη τον χαρακτηρισμό της συμβάσεως κατά το εθνικό δίκαιο.

32. Ο γενικός εισαγγελέας Fennelly, με τις προτάσεις του στην υπόθεση Teleaustria και Telefonadress, προέκρινε ως στοιχείο αποφασιστικής σημασίας το ότι «ο ίδιος ο δικαιούχος της παραχωρήσεως πρέπει να φέρει τον κύριο, ή τουλάχιστον τον ουσιαστικό, οικονομικό κίνδυνο που συνδέεται με την παροχή της υπηρεσίας»²². Επιπλέον, ο γενικός εισαγγελέας πρότεινε, αφενός, τη διατήρηση του κριτηρίου της συνάψεως της συμβάσεως παραχωρήσεως προς όφελος τρίτων —αποδεκτών της υπηρεσίας— ως επικουρικού και, αφετέρου, τον παραμερισμό της προϋποθέσεως ότι η παραχωρούμενη υπηρεσία πρέπει να έχει τον χαρακτηρισμό δημοσίου συμφέροντος. Στην υπόθεση εκείνη, το Δικαστήριο δεν προσδιόρισε επακριβώς την έννοια της παραχωρήσεως, πλην όμως τόνισε ότι παραχώρηση υφίσταται όταν «η αντιπαροχή της πρώτης επιχει-

17 — Απόφαση της 7ης Δεκεμβρίου 2000, C-324/98, Teleaustria και Telefonadress (Συλλογή 2000, σ. I-10745, σκέψη 48), και διάταξη της 30ής Μαΐου 2002, C-358/00, Buchhändler-Vereinigung (Συλλογή 2002, σ. I-4685, σκέψεις 47 και 48).

18 — ΕΕ L 134, σ. 114. Πράγματι, το άρθρο 17 της εν λόγω οδηγίας προβλέπει ότι «η παρούσα οδηγία δεν εφαρμόζεται στις συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών».

19 — Το άρθρο 1, στοιχείο δ', της οδηγίας 93/37 ορίζει την παραχώρηση δημοσίων έργων ως «δ) η παραχώρηση δημοσίων έργων είναι μια σύμβαση η οποία παρουσιάζει τα ίδια χαρακτηριστικά με τις αναφερόμενες στο στοιχείο α' συμβάσεις [ήτοι τις συμβάσεις δημοσίων έργων] εκτός του ότι το εργολαβικό αντάλλαγμα συνίσταται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμετάλλευσής του έργου είτε στο δικαίωμα αυτό σε συνδυασμό με καταβολή αμοιβής».

20 — ΕΕ C 121, σ. 2.

21 — Προαναφερθείσα απόφαση. Ο γενικός εισαγγελέας La Pergola είχε καταλήξει σε διαφορετικό συμπέρασμα: «Κατά- ληξη στο συμπέρασμα ότι, εν προκειμένω, η ΑΡΑ δεν έχει τον χαρακτήρα τρίτου σε σχέση προς τους δύο δήμους, ήτοι δεν διακρίνεται ουσιαστικά από αυτούς. Βρισκόμαστε ενώπιον μιας μορφής διοργανικής εξουσιοδοτήσεως που δεν εξέρχεται των διοικητικών ορίων των δήμων, οι οποίοι, αναθέτοντας στην ΑΡΑ τις επίδικες δραστηριότητες, ουδόλως είχαν την πρόθεση να ιδιωτικοποιήσουν τις υπηρεσίες που παρέχον μέχρι τότε στον τομέα αυτόν. Τελικά, κατά τη γνώμη μου, η σχέση που συνδέει τους δήμους με την ΑΡΑ δεν μπορεί να θεωρηθεί ως δημόσια σύμβαση υπό την έννοια της οδηγίας» (σημείο 38 των προτάσεων του γενικού εισαγγελέα).

22 — Προτάσεις της 18ης Μαΐου 2000 στην υπόθεση Teleaustria και Telefonadress.

ρήσεως προς τη δεύτερη συνίσταται στο ότι η δεύτερη αποκτά το δικαίωμα εκμεταλλεύσεως της δικής της παροχής, ως ανταμοιβή»²³.

33. Το Δικαστήριο έκρινε, με την απόφασή του στην υπόθεση που αφορούσε την ανάθεση του συστήματος αυτοματοποίησης του παιχνιδιού Lotto στην Ιταλία²⁴, ότι η επίμαχη σύμβαση παραχωρήσεως, ελλείπει μεταβιβάσεως δημόσιας εξουσίας προς τον ανάδοχο παραχωρήσεως, ενέπιπτε στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 77/62/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1976, περί συντονισμού των διαδικασιών συνάψεως συμβάσεων κρατικών προμηθειών²⁵.

34. Το κριτήριο της καταβολής αμοιβής στον κατόπιν παραχωρήσεως ανάδοχο δεν μπορεί να εφαρμοσθεί στη συλλογιστική που αφορά τη σύμβαση περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου. Πράγματι, δεν είναι δυνατό να γίνεται λόγος για δικαίωμα εκμεταλλεύσεως στο πλαίσιο της συμβάσεως περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου. Αντιθέτως, επιβάλλεται η διαπίστωση κατά πόσον η εν λόγω σύμβαση συνεπάγεται τη μεταβίβαση δημόσιας εξουσίας από τον κύριο του έργου στον κατ' ανάθεση κύριο. Η συνδρομή αυτού του στοιχείου θα αποτελούσε ένδειξη ότι η επίμαχη σύμβαση δεν αποτελεί, στην πράξη, δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών, κατά την έννοια της οδηγίας 92/50. Αντιθέτως, ελλείπει μεταβιβάσεως δημόσιας εξουσίας, το επιχείρημα που προβάλλει η Γαλλική Δημοκρατία πρέπει να απορριφθεί.

35. Η δυσκολία της παρούσας υποθέσεως έγκειται στον ιδιαίτερο χαρακτήρα της συμβάσεως περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου, η οποία προβλέπει ότι ο κατ' ανάθεση κύριος εκπροσωπεί τον κύριο του έργου. Εντούτοις, η κατά τον γαλλικό νόμο 85-704 σύμβαση περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου δεν αποτελεί απλώς μια σύμβαση με την οποία ο κατ' ανάθεση κύριος αναλαμβάνει να εκπροσωπεί τον κύριο του έργου και για αυτόν τον λόγο το επιχείρημα της Γαλλικής Δημοκρατίας που στηρίζεται σε αυτήν την ιδιαιτερότητα της συμβάσεως δεν μπορεί να γίνει δεκτό. Από τον διαλαμβανόμενο στο άρθρο 3 του επίμαχου νόμου κατάλογο των αρμοδιοτήτων που μπορούν να ανατεθούν στον κατ' ανάθεση κύριο προκύπτει ότι ο κατ' ανάθεση κύριος ασκεί ταυτοχρόνως και αρμοδιότητες αρωγής του κυρίου του έργου²⁶.

36. Η Γαλλική Δημοκρατία ισχυρίζεται ότι τα δύο είδη αρμοδιοτήτων που ασκεί ο κατ' ανάθεση κύριος είναι αδιαχώριστα. Εντούτοις, η κατά το άρθρο 3 του νόμου 85-704 ενδεικτική απαρίθμηση των αρμοδιοτήτων που μπορούν να ανατεθούν στον κατ' ανάθεση κύριο αντίκειται στην ερμηνεία που προκρίνει το καθού η προσφυγή κράτος μέλος. Σύμφωνα με την εν λόγω διάταξη του επίμαχου νόμου, ο κύριος του έργου μπορεί κάλλιστα να ζητήσει τη συνδρομή ενός παρέχοντος υπηρεσίες για την εκτέλεση ορισμένων υπηρεσιών και να αναθέσει στον κατ' ανάθεση κύριο μόνον την εκπροσώπησή του. Εντούτοις, έχει επίσης την ευχέρεια να αναθέσει το σύνολο των απαριθμούμενων στο άρθρο 3 του επίμαχου νόμου αρμοδιοτήτων στο ίδιο πρόσωπο. Μόνον το άρθρο 2 του επίμαχου νόμου θέτει όρια στη διακριτική ευχέρεια του κυρίου του έργου, στο μέτρο που του απαγορεύει να απεκδυθεί τις

23 — Προαναφερθείσα απόφαση *Telaustria* και *Telefonadress*, σκέψη 58.

24 — Απόφαση του Δικαστηρίου της 26ης Απριλίου 1994, C-272/91, Επιτροπή κατά Γαλλικής Δημοκρατίας (Συλλογή 1994, σ. I-1409, σκέψη 24).

25 — ΕΕ ειδ. έκδ. 17/001, σ. 24, η οποία τροποποιήθηκε με την οδηγία 88/295/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 22ας Μαρτίου 1988, για την τροποποίηση της οδηγίας 77/62 και την κατάρτιση ορισμένων διατάξεων της οδηγίας 80/767/ΕΟΚ (ΕΕ L 127, σ. 1).

26 — Όπως, παραδείγματος χάρι ο καθορισμός των διοικητικών και τεχνικών όρων μελέτης και εκτελέσεως του έργου ή η διαχείριση των συμβάσεων που συνάπτονται με τους διαχειριστές και τους εργολήπτες.

αρμοδιότητες που ασκεί ως «κύριος υπεύθυνος του έργου». Από το γεγονός ότι ο κύριος του έργου έχει τη δυνατότητα να αναθέσει όλες ή ορισμένες μόνον αρμοδιότητες στον κατ' ανάθεση κύριο προκύπτει ότι είναι απολύτως θεμιτός ο διαχωρισμός των ανατιθέμενων αρμοδιοτήτων σε δύο κατηγορίες: αφενός, σε εκείνες που αντιστοιχούν στην παροχή υπηρεσιών και, αφετέρου, σε εκείνες που αφορούν την εκπροσώπηση του κυρίου του έργου.

37. Δεδομένου ότι είναι δυνατό να γίνει διάκριση μεταξύ δύο ειδών αρμοδιοτήτων που ανατίθενται στον κατ' ανάθεση κύριο, τίποτε δεν εμποδίζει την ενδεχόμενη υπαγωγή των δύο αυτών κατηγοριών αρμοδιοτήτων σε διαφορετικό νομικό καθεστώς. Οι υπηρεσίες που παρέχονται κατ' εφαρμογή συμβάσεως περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου αντιστοιχούν στην κατ' άρθρο 1, στοιχείο α', της οδηγίας 92/50 έννοια της δημόσιας συμβάσεως υπηρεσιών. Συνεπώς, η συναπτόμενη κατ' εφαρμογήν του νόμου 85-704 σύμβαση περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου υπόκειται στους κανόνες της εν λόγω οδηγίας, τουλάχιστον στο μέτρο που αφορά την εκτέλεση της παροχής υπηρεσιών.

38. Κατόπιν, πρέπει να εξετασθεί η δεύτερη κατηγορία των απονεμομένων στον κατ' ανάθεση κύριο αρμοδιοτήτων, προκειμένου να διαπιστωθεί εάν διαφεύγουν το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, στο μέτρο που τυχόν ενέχουν μεταβίβαση δημόσιας εξουσίας. Ο κατ' ανάθεση κύριος εκπροσωπεί τον κύριο του έργου σε δύο περιπτώσεις: αφενός, κατά την υπογραφή της συμβάσεως διαχείρισεως του έργου και κατά την υπογραφή της συμβάσεως εργοληψίας και, αφετέρου, κατά την καταβολή της αμοιβής στους παρέχοντες τις υπηρεσίες και στους αναδόχους της κατασκευής.

39. Μολονότι ο κατ' ανάθεση κύριος μπορεί να έχει το δικαίωμα να συνάπτει τις συμβάσεις διαχείρισεως του έργου και εργοληψίας εξ ονόματος του κυρίου του έργου, εντούτοις απαιτείται η σύμφωνη γνώμη του προς τούτο²⁷. Στην περίπτωση αυτή, δεν υφίσταται πραγματική μεταβίβαση δημόσιας εξουσίας, δεδομένου ότι ο κατ' ανάθεση κύριος δεν έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει αποφάσεις αυτοτελώς.

40. Επιπλέον, ο κύριος του έργου εξασφαλίζει τη χρηματοδότηση για την καταβολή της αμοιβής των παρεχόντων υπηρεσίες και των αναδόχων κατασκευής, με αποτέλεσμα ο κατ' ανάθεση κύριος να στερείται διακριτικής ευχέρειας στον τομέα αυτό. Ειδικότερα, περιορίζεται, απλώς, στην προώθηση των ποσών που του καταβάλλει ο κύριος του έργου.

41. Συνεπώς, μολονότι ο κατ' ανάθεση κύριος έχει το δικαίωμα να πραγματοποιεί ορισμένες νομικές πράξεις για λογαριασμό του κυρίου του έργου, εντούτοις δεν λειτουργεί αυτοτελώς κατά την υλοποίησή του, με συνέπεια να μην μπορεί να θεωρηθεί δικαιούχος μεταβίβασης δημόσιας εξουσίας²⁸. Για τον λόγο αυτό, το επιχείρημα της Γαλλικής Δημοκρατίας περί του ιδιαίτερου χαρακτήρα της συμβάσεως περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου πρέπει να απορριφθεί και να θεωρηθεί ότι η εν λόγω σύμβαση εμπίπτει, στο σύνολό της, στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50.

2) Η ενδεχόμενη εφαρμογή της αποφάσεως του Δικαστηρίου *Ordine degli Architetti* κ.λπ.

42. Η Γαλλική Δημοκρατία ισχυρίζεται ότι η συλλογιστική της προαναφερθείσας αποφά-

27 — Αντιθέτως, ο κατ' ανάθεση κύριος δεν μπορεί να αντιταχθεί στις αποφάσεις που λαμβάνει ο κύριος του έργου.

28 — Ως προς το ζήτημα της ελλείψεως αυτοτέλειας ορκωτού ελεγκτή έναντι της Υπηρεσίας Ελέγχου Ασφαλίσεων, βλ. απόφαση της 13ης Ιουλίου 1993, C-42/92, *Thijssen* (Συλλογή 1993, σ. I-1047, σκέψεις 20 έως 22). Βλ., επίσης, προαναφερθείσες αποφάσεις της 5ης Δεκεμβρίου 1989 και της 26ης Απριλίου 1994, Επιτροπή κατά Ιταλίας.

σεώς του Δικαστηρίου Ordine degli Architetti κ.λπ. μπορεί να εφαρμοσθεί κατ' αναλογία και ότι συνεπάγεται τον αποκλεισμό όλων των συμβάσεων εντολής από το πεδίο εφαρμογής των οδηγιών που αφορούν τις δημόσιες συμβάσεις. Στην υπόθεση εκείνη, ένα ιταλικό δικαστήριο υπέβαλε στο Δικαστήριο προδικαστικό ερώτημα περί του συμβατού με το κοινοτικό δίκαιο εθνικής νομοθεσίας η οποία προέβλεπε ότι ο αιτών οικοδομική άδεια μπορούσε να απαλλαγεί, εν μέρει ή πλήρως, από την υποχρέωση καταβολής του οφειλομένου κατά τη χορήγηση της αδειάς τέλους, ενόψει του ότι θα εκτελούσε άμεσα έργο υποδομής (όπως κατασκευή οδών, χώρων σταθμεύσεως ή δικτύου διανομής αεριοφώτος).

43. Το Δικαστήριο, αφού έκρινε ότι η εκτέλεση παρόμοιων εργασιών εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 93/37, αποφάνθηκε ότι μια εθνική διάταξη, όπως η επίμαχη στην υπόθεση εκείνη, αντιβαίνει στην εν λόγω οδηγία, εφόσον η αξία του έργου υπερβαίνει το όριο που θέτει η εν λόγω οδηγία²⁹. Με άλλα λόγια, το Δικαστήριο έκρινε ότι η σύμβαση που συνάπτεται μεταξύ ενός δήμου και του αιτούντος οικοδομική άδεια κυρίου εδαφικής εκτάσεως εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οικείας οδηγίας. Το Δικαστήριο, πριν καταλήξει στο συμπέρασμα αυτό, διατύπωσε, με τη σκέψη 100 της αποφάσεώς του, την εξής επιφύλαξη: «Τούτο δεν σημαίνει ότι, για να τηρείται η οδηγία σε περίπτωση πραγματοποιήσεως έργου υποδομής, πρέπει οπωσδήποτε οι δημοτικές αρχές να εφαρμόζουν οι ίδιες τις διαδικασίες που προβλέπει η εν λόγω οδηγία για τη σύναψη των συμβάσεων. Η πρακτική αποτελεσματικότητα της εν λόγω οδηγίας θα διασφαλιζόταν εξίσου, αν η εθνική νομοθεσία επέτρεπε στις δημοτικές αρχές

να υποχρεώνουν τον προβαίνοντα στην κατάτμηση της γης και κάτοχο της οικοδομικής άδειας, μέσω των συμφωνιών που συνάπτουν μαζί του, να πραγματοποιεί τα συμφωνηθέντα έργα κατ' εφαρμογή των διαδικασιών που προβλέπει η οδηγία, προκειμένου οι δημοτικές αρχές να εκπληρώνουν τις υποχρεώσεις που υπέχουν από την εν λόγω οδηγία. Συγκεκριμένα, στην περίπτωση αυτή ο προβαίνον στην κατάτμηση της γης πρέπει να θεωρηθεί, δυνάμει των συμφωνιών που έχει συνάψει με τον δήμο και που τον απαλλάσσουν από την καταβολή του τέλους δαπανών υποδομής ενόψει του ότι θα πραγματοποιήσει δημόσιο έργο υποδομής, ως εντολοδόχος του δήμου για την κατασκευή του εν λόγω έργου. Εξάλλου, αυτή η δυνατότητα εφαρμογής των κανόνων της οδηγίας περί δημοσιότητας παρέχεται ρητά στα λοιπά, πλην της αναθέτουσας αρχής, πρόσωπα από το άρθρο 3, παράγραφος 4, της οδηγίας, όταν πρόκειται για παραχώρηση δημοσίων έργων».

44. Η Επιτροπή και η Γαλλική Δημοκρατία ερμηνεύουν το ανωτέρω απόσπασμα της αποφάσεως του Δικαστηρίου με διαφορετικό τρόπο.

45. Η Γαλλική Δημοκρατία επιχειρεί να συναγάγει από τη σκέψη αυτή μια γενική θεωρία περί εντολής³⁰. Σύμφωνα με την προκρινθείσα από τη Γαλλική Δημοκρατία ερμηνεία, για την τήρηση των διαλαμβανόμενων στην οδηγία 93/37 ή στην οδηγία 92/50 προϋποθέσεων, αρκεί ο ίδιος ο εντολοδόχος να δεσμεύεται από τις εν λόγω οδηγίες. Συνεπώς, ο νόμος 85-704 είναι συμβατός με το κοινοτικό δίκαιο, καθόσον

30 — Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, η Γαλλική Δημοκρατία προσέθεσε ότι το άρθρο 11 της οδηγίας 2004/18 επιβεβαιώνει τη θεωρία της περί εντολής, προβλέποντας την εφαρμογή της στις κεντρικές αρχές προμηθειών.

29 — Προαναφερθείσα απόφαση Ordine degli Architetti κ.λπ., σκέψη 103.

επιβάλλει για τις συναπτόμενες από τον κατ' ανάθεση κύριο συμβάσεις τις ίδιες υποχρεώσεις που θα υπείχε ο κύριος του έργου κατά τη σύναψή τους³¹.

46. Η Επιτροπή επισημαίνει τις διαφορές μεταξύ, αφενός, της υποθέσεως της κύριας δίκης και, αφετέρου, της υποθέσεως η οποία οδήγησε στην απόφαση του Δικαστηρίου Ordine degli Architetti κ.λπ. Κατ' αρχάς, τονίζει ότι οι δύο υποθέσεις αφορούν διαφορετικές οδηγίες. Εν συνεχεία, υπογραμμίζει ότι, στο πλαίσιο της υποθέσεως Ordine degli Architetti κ.λπ., ο οικείος δήμος στερούνταν της δυνατότητας επιλογής του εντολοδόχου, ο οποίος ήταν, κατ' ανάγκην, ο φορολογούμενος δικαιούχος της οικοδομικής άδειας. Τέλος, η σύμβαση που συνάπτεται μεταξύ ενός δήμου και του αιτούντος οικοδομική άδεια κυρίου εδαφικής εκτάσεως προβλέπει, απλώς, την έκπτωση από ορισμένη φορολογική επιβάρυνση λόγω της εκτελέσεως έργου υποδομής, και όχι λόγω της παροχής οποιασδήποτε υπηρεσίας προς όφελος του δήμου.

47. Κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, φρονώ ότι η ερμηνεία της αποφάσεώς του Δικαστηρίου Ordine degli Architetti κ.λπ. που προκρίνει η Γαλλική Δημοκρατία δεν μπορεί να γίνει δεκτή. Πράγματι, όπως ορθώς επισημαίνει η Επιτροπή, η πρακτική αποτελεσματικότητα της οδηγίας 93/37 διασφαλίζεται από τη στιγμή που οι συναπτόμενες από τον κύριο της οικείας εδαφικής εκτάσεως συμβάσεις υπόκεινται στους κανόνες που καθιερώνει η εν λόγω οδηγία³². Με

άλλα λόγια, είναι αδιάφορο, για την επίτευξη των σκοπών της οδηγίας 93/37, το κατά πόσον ο υπέχων την υποχρέωση προκηρύξεως διαγωνισμού κύριος του έργου είναι ο δήμος ή ο αιτών οικοδομική άδεια κύριος εδαφικής εκτάσεως.

48. Πάντως, αν γίνει δεκτό, κατ' αναλογία, ότι η σύμβαση παροχής υπηρεσιών που συνάπτεται μεταξύ του κυρίου του έργου και του κατ' ανάθεση κυρίου μπορεί να αποκλεισθεί από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50, δεν διασφαλίζεται η πρακτική αποτελεσματικότητα της εν λόγω οδηγίας. Πράγματι, στην προκειμένη περίπτωση, τα πραγματικά περιστατικά διαφέρουν από εκείνα της υποθέσεως Ordine degli Architetti κ.λπ., καθόσον πρέπει να γίνει διάκριση μεταξύ, αφενός, των αρμοδιοτήτων του κατ' ανάθεση κυρίου που αφορούν την εκπροσώπηση του κυρίου του έργου, όπως η υπογραφή των συμβάσεων που συνάπτονται εξ ονόματος του κυρίου του έργου και, αφετέρου, των υπηρεσιών που παρέχει εξ επαχθούς αιτίας ο κατ' ανάθεση κύριος στον κύριο του έργου. Η ενδεχόμενη εφαρμογή της αποφάσεως του Δικαστηρίου Ordine degli Architetti κ.λπ. αφορά, κατ' ανάγκην, μόνον το πρώτο είδος αρμοδιοτήτων. Σε περίπτωση μεταβιβάσεως δημόσιας εξουσίας από τον κύριο του έργου στον κατ' ανάθεση κύριο, μπορεί να θεωρηθεί ότι η εφαρμογή της οδηγίας 92/50 στον αποκλειστικό εντολοδόχο αρκεί για να διασφαλισθεί η πρακτική αποτελεσματικότητα της εν λόγω οδηγίας. Αντιθέτως, στις περιπτώσεις των υπηρεσιών που παρέχονται προς όφελος του κυρίου του έργου, το γεγονός και μόνον ότι πραγματοποιούνται εντός του πλαισίου μιας συμβάσεως εντολής δεν συνεπάγεται τον αποκλεισμό τους από το πεδίο εφαρμογής της εν λόγω οδηγίας.

31 — Άρθρο 4, τελευταίο εδάφιο, του νόμου 85-704.

32 — Το αποτέλεσμα θα ήταν οπωσδήποτε διαφορετικό αν ο αιτών οικοδομική άδεια κύριος εδαφικής εκτάσεως δεν δεσμευόταν από τις υποχρεώσεις που επιβάλλει η οδηγία για τις συμβάσεις τις οποίες συνάπτει με τους αναδόχους κατασκευής, διότι, στην περίπτωση αυτή, η εφαρμογή της οδηγίας θα αποκλείονταν εντελώς, παρόλο που τα υπό κατασκευήν κτίρια συνιστούν «δημόσια έργα», κατά την έννοια της εν λόγω οδηγίας.

49. Ελλείψει μεταβίβασης δημόσιας εξουσίας, οι δραστηριότητες του κατ' ανάθεση κυρίου που αφορούν την εκπροσώπηση του κυρίου του έργου μπορούν να εξομοιωθούν προς την παροχή υπηρεσιών. Επιπλέον, δεν μπορεί να αμφισβητηθεί ότι η οδηγία 92/50 έχει εφαρμογή στις συμβάσεις περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου, τουλάχιστον στο μέτρο που τίποτα δεν εμποδίζει τον κύριο του έργου να αναθέσει, εντός του πλαισίου δημόσιας σύμβασης και όχι με σύμβαση εντολής, σε τρίτον, παρέχοντα υπηρεσίες, την εκτέλεση υπηρεσιών αρωγής τις οποίες θα μπορούσε να πραγματοποιήσει ο κατ' ανάθεση κύριος. Εξάλλου, κατά πάγια νομολογία, ο χαρακτηρισμός μιας σύμβασης κατά το εθνικό δίκαιο δεν μπορεί να έχει ως συνέπεια την καταστρατήγηση του κοινοτικού δικαίου. Ως εκ τούτου, η οδηγία 92/50 έχει εφαρμογή στις υπηρεσίες που παρέχει ο κατ' ανάθεση κύριος στον κύριο του έργου, δίχως ο χαρακτηρισμός της συμβατικής τους σχέσεως κατά το εθνικό δίκαιο να ασκεί οποιαδήποτε επιρροή.

50. Εν πάση περιπτώσει, όπως θα καταστεί σαφές με το τρίτο μέρος των προτάσεών μου, ακόμη και αν η κατά τον γαλλικό νόμο σύμβαση περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου δεν ενέπιπτε στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50, θα εξακολουθούσε να υπόκειται στους κανόνες που αφορούν την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών.

B — Το ασύμβατο του άρθρου 4 του νόμου 85-704 με την οδηγία 92/50

51. Εφόσον η σύμβαση περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου, κατά την έννοια του νόμου 85-704, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50, πρέπει να εξετασθεί κατά πόσον η επίμαχη εθνική διάταξη είναι συμβατή με την εν λόγω

οδηγία. Το άρθρο 4 του νόμου 85-704, ο οποίος αποτελεί το αντικείμενο της παρούσας προσφυγής, απονέμει την ιδιότητα του κατ' ανάθεση κυρίου σε ορισμένα περιοριστικώς απαριθμούμενα νομικά πρόσωπα του γαλλικού δικαίου.

52. Τούτο αντιβαίνει προδήλως στον επιδιωκόμενο με την οδηγία 92/50 σκοπό της διασφάλισης ίσης προσβάσεως στη δημόσια διοίκηση για όλους τους παρέχοντες υπηρεσίες³³. Πράγματι, όπως έχει αποφανθεί το Δικαστήριο σε σχέση με την εφαρμογή της οδηγίας 71/305/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 26ης Ιουλίου 1971, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων³⁴, «καίτοι η οδηγία δεν μνημονεύει ρητώς την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των υποβαλλόντων προσφορά, γεγονός πάντως είναι ότι το καθήκον τηρήσεως της αρχής αυτής ανταποκρίνεται στην ίδια την ουσία της οδηγίας αυτής»³⁵. Η ίδια διαπίστωση ισχύει και για την οδηγία 92/50. Συνεπώς, το άρθρο 4 του νόμου 85-704 αντιβαίνει προδήλως στην αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των υποβαλλόντων προσφορά λόγω του ότι παρέχει το δικαίωμα συνάψεως συμβάσεως περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου μόνο σε ορισμένες κατηγορίες νομικών προσώπων του γαλλικού δικαίου.

33 — Βλ., ιδίως, την εικοστή αιτιολογική σκέψη της οδηγίας.

34 — ΕΕ ειδ. έκδ. 17/001, σ. 7.

35 — Απόφαση του Δικαστηρίου της 22ας Ιουνίου 1993, C-243/89, Επιτροπή κατά Βασιλείου της Δανίας (Συλλογή 1993, σ. I-3353, σκέψη 33). Βλ., επίσης, το σημείο 18 των προτάσεων του γενικού εισαγγελέα Tesouro στην υπόθεση αυτή: «Πράγματι, είναι περιττό εν προκειμένω να υπογραμμιστεί ότι στο πλαίσιο διαγωνισμού για τη σύναψη συμβάσεως δημοσίου έργου, διότι ακριβώς πρόκειται για διαγωνισμό, πρέπει, κατ' ανάγκην, να διασφαλίζεται η ισότητα όλων όσοι συμμετέχουν σ' αυτόν: διαφορετικά, δεν θα ειρρόκετο για διαγωνισμό συνάψεως συμβάσεως δημοσίου έργου αλλά μάλλον για [...] ιδιωτική διαπραγμάτευση. Εν ολίγοις, η ίση μεταχείριση αποτελεί τη βάση κάθε ρυθμίσεως περί διαγωνισμών, εφόσον αποτελεί την ίδια την ουσία του διαγωνισμού.»

53. Επιπλέον, ο νόμος 85-704 δεν επιβάλλει ουδεμία υποχρέωση προκηρύξεως διαγωνισμού για την επιλογή του κατ' ανάθεση κυρίου, με συνέπεια ο κύριος του έργου να είναι απολύτως ελεύθερος, εντός των ορίων που θέτει το άρθρο 4 του εν λόγω νόμου με την απαρίθμηση των νομικών προσώπων που μπορούν να απολαύουν αυτής της ιδιότητας, κατά την επιλογή του, ακόμη και αν η προϋπολογιζόμενη αξία των οικείων υπηρεσιών υπερβαίνει το όριο που προβλέπει το άρθρο 13 της οδηγίας 92/50.

54. Όπως επισημάνθηκε προηγουμένως, οι βαρύνουσες την εκάστοτε αναθέτουσα αρχή υποχρεώσεις προκηρύξεως διαγωνισμού και προηγούμενης δημοσιεύσεως διαφέρουν αναλόγως με το αν οι παρεχόμενες υπηρεσίες περιλαμβάνονται στον κατάλογο του παραρτήματος I A ή του παραρτήματος I B της οδηγίας 92/50. Συνεπώς, το κατά πόσον μια υπηρεσία εμπίπτει στην κατηγορία I A ή στην κατηγορία I B αποτελεί κρίσιμο στοιχείο για τον προσδιορισμό του νομικού καθεστώτος που ρυθμίζει την οικεία σύμβαση παροχής υπηρεσιών. Οι δημόσιες συμβάσεις οι οποίες αφορούν τις διαλαμβανόμενες στο παράρτημα I B υπηρεσίες υπόκεινται σε λιγότερο αυστηρούς όρους από εκείνους που ισχύουν για τις απαριθμούμενες στο παράρτημα I A υπηρεσίες. Σε περίπτωση μικτής συμβάσεως, το άρθρο 10 προβλέπει ότι: «Οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο υπηρεσίες που απαριθμούνται τόσο στο παράρτημα I A όσο και στο παράρτημα I B συνάπτονται σύμφωνα με τις διατάξεις των τίτλων III έως VI, όταν η αξία των υπηρεσιών που απαριθμούνται στο παράρτημα I A είναι υψηλότερη από εκείνη των υπηρεσιών που απαριθμούνται στο παράρτημα I B. Στις λοιπές περιπτώσεις, συνάπτονται σύμφωνα με τα άρθρα 14 και 16».

55. Εν προκειμένω, δίχως να είναι αναγκαίο να προσδιορισθεί η διαδικασία η οποία είναι ακολουθητέα στη σύμβαση περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου, αρκεί η επισήμανση ότι ο νόμος που

αποτελεί το αντικείμενο της παρούσας προσφυγής δεν προβλέπει διαδικασία προκηρύξεως διαγωνισμού για την επιλογή του κατ' ανάθεση κυρίου. Συνεπώς, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι ο νόμος 85-704 είναι ασύμβατος με τα άρθρα 8 και 9 της οδηγίας 92/50, ανεξαρτήτως του αν οι υπηρεσίες που αναλαμβάνει να παράσχει ο κατ' ανάθεση κύριος εμπίπτουν στο παράρτημα I A ή στο παράρτημα I B.

56. Μολονότι ο χαρακτηρισμός των παρεχόμενων από τον κατ' ανάθεση κύριο υπηρεσιών δεν ασκεί ιδιαίτερη επιρροή, λαμβανομένου υπόψη του ασύμβατου της εθνικής νομοθεσίας με την οδηγία 92/50, επιβάλλεται η παροχή ορισμένων διευκρινίσεων, δεδομένου ότι οι διάδικοι διαφωνούν ως προς το ζήτημα αυτό³⁶. Το καθού η προσφυγή κράτος μέλος ισχυρίζεται, επικουρικός, ότι οι παρεχόμενες από τον κατ' ανάθεση κύριο υπηρεσίες συνιστούν, κυρίως, νομικές υπηρεσίες, κατά την έννοια του σημείου 21 του παραρτήματος I B της οδηγίας 92/50 και, επικουρικός, διοικητικές αρμοδιότητες, όπως η προετοιμασία της διαδικασίας προκηρύξεως διαγωνισμού, της συνάψεως συμβάσεων και των ζητημάτων που αφορούν τον προϋπολογισμό, οι οποίες εμπίπτουν στην κατηγορία 27 (Άλλες Υπηρεσίες) του ίδιου παραρτήματος. Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι ο κατ' ανάθεση κύριος παρέχει, ως επί το πλείστον, υπηρεσίες αρχιτέκτονα και μηχανικού, οι οποίες περιλαμβάνονται στο σημείο 12 του παραρτήματος I A. Επιπλέον, η Επιτροπή διατείνεται ότι οι αρμοδιότητες του κατ' ανάθεση κυρίου οι οποίες αφορούν αμιγώς την εκπροσώπηση του κυρίου του έργου εμπίπτουν στην κατηγορία 27 του παραρτήματος I B η οποία φέρει τον τίτλο «Άλλες Υπηρεσίες».

36 — Επιπλέον, το ζήτημα αυτό δεν στερείται σημασίας, διότι ασκεί επιρροή ως προς το συμβατό του νόμου 85-704, όπως τροποποιήθηκε με το διάταγμα 2001-566, με την οδηγία 92/50.

57. Από το προαναφερθέν στο σημείο 9 των προτάσεών μου άρθρο 3 του νόμου 85-704, το οποίο απαριθμεί τις αρμοδιότητες που μπορούν να απονεμηθούν στον κατ' ανάθεση κύριο, προκύπτει ότι είναι δύσκολο να γίνει δεκτός ο ισχυρισμός της Επιτροπής ότι οι απονεμόμενες στον κατ' ανάθεση κύριο αρμοδιότητες συνιστούν, αποκλειστικώς, υπηρεσίες αρχιτέκτονα ή μηχανικού, εμπιπτουσες στην κατηγορία 12 του παρατήματος ΙΑ, μολοντί «ο καθορισμός των τεχνικών και διοικητικών όρων μελέτης και εκτελέσεως του έργου»³⁷ και «η αποδοχή του έργου»³⁸ εμπίπτουν εκ πρώτης όψεως στην εν λόγω κατηγορία. Ως προς το ζήτημα αυτό δεν είναι δυνατό να γίνει κατά περίπτωση εξέταση. Σύμφωνα με το άρθρο 10 της οδηγίας 92/50, ο κύριος του έργου έχει τη δυνατότητα να καθορίσει το καθεστώς που διέπει την επίμαχη εν προκειμένω σύμβαση περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου, διότι είναι αδύνατο, λόγω της ποικιλίας του αντικειμένου τους, όλες οι εν λόγω συμβάσεις να υπόκεινται στο ίδιο καθεστώς³⁹.

58. Κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι το άρθρο 4 του επίμαχου νόμου είναι ασύμβατο με τα άρθρα 8 και 9 της οδηγίας 92/50⁴⁰. Για τις περιπτώσεις που η οδηγία 92/50 δεν έχει εφαρμογή, πρέπει να εξετασθεί κατά πόσον το άρθρο 4 του νόμου 85-704 είναι σύμφωνο προς την αρχή της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών.

III — Το ασύμβατο του άρθρου 4 του νόμου 85-704 με το άρθρο 49 ΕΚ

59. Τίθεται το ζήτημα της σωρευτικής εφαρμογής των άρθρων της Συνθήκης που αφορούν την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών και την ελευθερία εγκαταστάσεως και των οδηγιών που ρυθμίζουν τις διαδικασίες συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, εν προκειμένω δε της οδηγίας 92/50. Εντούτοις, στις περιπτώσεις δημοσίων συμβάσεων που αποκλείονται από το πεδίο εφαρμογής των οικείων οδηγιών, οι διατάξεις της Συνθήκης περί της ελεύθερης κυκλοφορίας εξακολουθούν εκ της φύσεώς τους να έχουν εφαρμογή⁴¹. Ομοίως, οι συμβάσεις που δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50, όπως οι συμβάσεις παραχωρήσεως, εξακολουθούν να υπόκεινται στους γενικούς κανόνες της Συνθήκης⁴². Συνεπώς, πρέπει να εξετασθεί το συμβατό του άρθρου 4 του επίμαχου νόμου με το άρθρο 49 ΕΚ, για τις περιπτώσεις που η σύμβαση περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου είτε δεν υπερβαίνει την οριακή χρηματική αξία που προβλέπει η οδηγία 92/50 είτε εξαιρείται από το πεδίο εφαρμογής της⁴³.

60. Η Γαλλική Δημοκρατία ισχυρίζεται ότι το άρθρο 49 ΕΚ δεν μπορεί να εφαρμοσθεί εν προκειμένω, διότι ο κατ' ανάθεση κύριος δεν παρέχει υπηρεσίες, κατά την έννοια του εν λόγω άρθρου. Ο κατ' ανάθεση κύριος διαφέρει από τον παρέχοντα υπηρεσίες, καθόσον ασκεί εξουσία προς εξυπηρέτηση δημοσίου συμφέροντος, αναλαμβάνει αρμο-

37 — Άρθρο 3, πρώτη περίπτωση, του νόμου 85-704.

38 — Άρθρο 3, έκτη περίπτωση, του νόμου 85-704.

39 — Απόφαση της 14ης Νοεμβρίου 2002, C-411/00, Felix Swoboda (Συλλογή 2002, σ. I-10567).

40 — Συναφώς, πρέπει να επισημανθεί ότι κατ' εφαρμογήν του άρθρου 2, παράγραφος 2, του γαλλικού κώδικα για τις δημόσιες συμβάσεις, ως έχει μετά την έκδοση του διατάγματος 2004-15, «οι δημόσιες συμβάσεις που συνάπτονται βάσει εντολής ενός εκ των διαλαμβανόμενων στο πρώτο σημείο του παρόντος άρθρου νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου» υπόκεινται στις διατάξεις του εν λόγω κώδικα.

41 — Απόφαση της 9ης Ιουλίου 1987, 27/86 έως 29/86, CEI κ.λπ. (Συλλογή 1987, σ. 3347, σκέψη 15), και διάταξη της 3ης Δεκεμβρίου 2001, C-59/00, Vestergaard (Συλλογή 2001, σ. I-9505, σκέψεις 19 έως 21).

42 — Απόφαση της 9ης Σεπτεμβρίου 1999, C-108/98, RLSAN. (Συλλογή 1999, σ. I-5219, σκέψη 20), και προαναφερθείσα απόφαση Telaustria και Telefonadress, σκέψη 60. Βλ., επίσης, Cassia, P., «*Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement*», RTDEur. 2002, σ. 413.

43 — Άρθρο 7 της οδηγίας 92/50.

διότητες εκπροσωπήσεως ενός προσώπου δημοσίου δικαίου και είναι δικαιούχος μεταβιβάσεως αρμοδιοτήτων που ενέχουν εξουσία λήψεως αποφάσεων.

61. Όπως επισημάνθηκε προηγουμένως, ουδέν μείζον επιχείρημα αντίκειται στον χαρακτηρισμό των αρμοδιοτήτων του κατ' ανάθεση κυρίου ως παρεχόμενων υπηρεσιών.

62. Εξάλλου, το καθού η προσφυγή κράτος μέλος επαναλαμβάνει τη στηριζόμενη στην προαναφερθείσα απόφαση Ordine degli Architetti κ.λπ. επιχειρηματολογία του και διατείνεται ότι η εθνική του νομοθεσία είναι συμβατή με το άρθρο 49 ΕΚ, διότι ο κατ' ανάθεση κύριος δεσμεύεται από τους κανόνες που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις, όσον αφορά τις συμβάσεις που συνάπτει εξ ονόματος του κυρίου του έργου.

63. Η προτεινόμενη από τη Γαλλική Δημοκρατία ερμηνεία της εν λόγω αποφάσεως του Δικαστηρίου δεν είναι πειστική. Πράγματι, όπως τονίσθηκε προηγουμένως, ο ρόλος του κατ' ανάθεση κυρίου δεν περιορίζεται στη σύναψη συμβάσεων για λογαριασμό του κυρίου του έργου, αλλά περιλαμβάνει και την εκτέλεση διαφόρων υπηρεσιών επί αμοιβή. Οι παρατηρήσεις της Επιτροπής αφορούν αποκλειστικώς τη συμβατική σχέση βάσει της οποίας ο κατ' ανάθεση κύριος λειτουργεί, στην πράξη, ως παρέχων υπηρεσίες. Εντούτοις, η απόφαση Ordine degli Architetti κ.λπ. αφορά μόνον τη σύμβαση εντολής υπό τη στενή έννοια, ήτοι την περίπτωση κατά την οποία ο εντολοδόχος περιορίζεται, απλώς, στην άσκηση ορισμένων δραστηριοτήτων για λογαριασμό του εντολέα τον οποίο εκπροσωπεί. Επιπλέον, η εν λόγω απόφαση δεν αποκλείει σε καμία περίπτωση τον χαρακτηρισμό μιας συμβάσεως εντολής ως παροχής υπηρεσιών.

Εφόσον ο εντολοδόχος λειτουργεί και ως παρέχων υπηρεσίες, εμπίπτει, υπό αυτήν την ιδιότητά του, στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 49 ΕΚ.

64. Το γεγονός ότι το άρθρο 4 του νόμου 85-704 παρέχει σε ορισμένα μόνο νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου το δικαίωμα συνάψεως συμβάσεως περί προσδόσεως της ιδιότητας του κυρίου του έργου συνιστά εμπόδιο στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών. Μολονότι η επίμαχη εθνική διάταξη δεν αναφέρεται ρητώς στην ιθαγένεια των νομικών προσώπων που απολαύουν αυτού του δικαιώματος, είναι σχεδόν αδύνατο, στην πράξη, μια επιχείρηση άλλου κράτους μέλους να υπαχθεί στο νομικό καθεστώς που διέπει τα νομικά πρόσωπα του γαλλικού δημοσίου δικαίου⁴⁴.

65. Επιπλέον, ακόμη και αν ήταν δυνατό μια αλλοδαπή επιχείρηση να εμπίπτει στις διαλαμβανόμενες στο άρθρο 4 του επίμαχου νόμου κατηγορίες νομικών προσώπων, το γεγονός ότι θα απαιτούνταν από την αλλοδαπή επιχείρηση να υπαχθεί σε διαφορετικό νομικό καθεστώς προκειμένου να μπορεί να εκτελέσει τις επίμαχες εν προκειμένω υπηρεσίες αντιβαίνει στην αρχή της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών. Όπως τόνισε ο γενικός εισαγγελέας Lenz με το σημείο 22 των προτάσεών του στην υπόθεση Επιτροπή

44 — Προαναφερθείσες αποφάσεις της 5ης Δεκεμβρίου 1989, Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, και της 26ης Απριλίου 1994, Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας. Το Δικαστήριο ακολουθεί την ίδια συλλογιστική ως προς την αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων: απόφαση της 20ής Μαρτίου 1990, C-21/88, Du pont de Nemours Italiana (Συλλογή 1990, σ. I-889). Βλ., επίσης, ως προς το ζήτημα αυτό, τη μελέτη του Nogueuou, R., «La délégation de maîtrise d'ouvrage publique face au droit communautaire: un conflit latent», στην έκδοση *Problèmes actuels de droit communautaire*, I.G.D.J., 1998.

κατά Ιταλικής Δημοκρατίας⁴⁵, «η ελευθερία παροχής υπηρεσιών, την οποία το άρθρο 59 αποσκοπεί ακριβώς να διαφυλάξει, συνεπάγεται τη δυνατότητα αποφυγής παρόμοιου συνεταιρισμού».

66. Τελικώς, το άρθρο 4 του νόμου 85-704 συνιστά εμπόδιο στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών, καθόσον η εφαρμογή του συνεπάγεται ότι μόνον οι παρέχοντες υπηρεσίες που έχουν τη γαλλική ιθαγένεια μπορούν να συνάπτουν συμβάσεις αφορώσες τις απαριθμούμενες στο άρθρο 3 του εν λόγω νόμου υπηρεσίες.

67. Εφόσον γίνεται δεκτό ότι ο νόμος 85-704 είναι ασύμβατος με το άρθρο 49 ΕΚ, τίθεται ζήτημα ενδεχόμενης εφαρμογής του άρθρου 45, πρώτο εδάφιο, ΕΚ, το οποίο προβλέπει ότι «εξαιρούνται από την εφαρμογή των διατάξεων του παρόντος κεφαλαίου, όσον αφορά το ενδιαφερόμενο κράτος μέλος, οι δραστηριότητες που συνδέονται στο κράτος αυτό, έστω και περιστασιακά, με την άσκηση δημόσιας εξουσίας». Η Επιτροπή δέχεται ότι τίθεται ζήτημα ενδεχόμενης εφαρμογής της εν λόγω εξαίρεσης, πλην όμως, εν συνεχεία, απορρίπτει την εφαρμογή της. Ειδικότερα, η Επιτροπή, αφού υπενθυμίζει ότι η εξαίρεση αυτή πρέπει να ερμηνεύεται στενά ως αφορώσα «τομείς δραστηριότητας οι οποίοι καθεαυτοί ενέχουν άμεση συμμετοχή στην άσκηση δημόσιας εξουσίας»⁴⁶, υποστηρίζει ότι οι απονεμόμενες στον κατ' ανάθεση κύριο αρμοδιότητες είναι, κυρίως, τεχνικού χαρακτήρα, ο οποίος δεν συνάδει με τον ανωτέρω ορισμό.

68. Η Επιτροπή καταλήγει ότι το άρθρο 45 ΕΚ δεν έχει εφαρμογή ούτε στις δραστηριότητες του κατ' ανάθεση κυρίου που αφορούν την εκπροσώπηση του κυρίου του έργου, όπως η υπογραφή των συμβάσεων διαχείρισης του έργου και εργοληψίας και η καταβολή αμοιβής στους αναδόχους κατασκευής και στους παρέχοντες υπηρεσίες. Η υπογραφή των διαφόρων συμβάσεων εξαρτάται από τη σύμφωνη γνώμη του κυρίου του έργου, με συνέπεια, όπως ισχυρίζεται η Επιτροπή, να μην μπορεί να γίνει λόγος για πραγματική μεταβίβαση δημόσιας εξουσίας στον κατ' ανάθεση κύριο. Επιπλέον, ούτε η καταβολή αμοιβής στους αναδόχους κατασκευής και στους παρέχοντες υπηρεσίες συνιστά άσκηση δημόσιας εξουσίας από τον κατ' ανάθεση κύριο, δεδομένου ότι ο κύριος του έργου εξασφαλίζει τη χρηματοδότηση.

69. Όπως επισημάνθηκε προηγουμένως, ο κατ' ανάθεση κύριος δεν μετέχει στην άσκηση δημόσιας εξουσίας ούτε με την άσκηση των αρμοδιοτήτων αρωγής ούτε με την άσκηση των αρμοδιοτήτων εκπροσωπήσεως που του απονέμονται. Συνεπώς, η εξαίρεση του άρθρου 45 ΕΚ δεν έχει εφαρμογή εν προκειμένω⁴⁷.

70. Δεδομένου ότι το καθού η προσφυγή κράτος μέλος δεν προέβαλε ουδέν επιχειρήματα στηριζόμενο σε λόγους δημοσίας τάξεως, δημοσίας ασφαλείας ή δημοσίας υγείας, ούτε η διαλαμβανόμενη στο άρθρο 46 ΕΚ εξαίρεση μπορεί να εφαρμοσθεί στην προκειμένη περίπτωση.

45 — Απόφαση της 3ης Ιουνίου 1992, C-360/89, Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας (Συλλογή 1992, σ. I-3401).

46 — Προαναφερθείσα απόφαση της 5ης Δεκεμβρίου 1989, Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας.

47 — Βλ., συναφώς, την προαναφερθείσα στην υποσημείωση 27 νομολογία του Δικαστηρίου.

IV — Πρόταση

71. Κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, προτείνω στο Δικαστήριο να αναγνωρίσει ότι η Γαλλική Δημοκρατία, περιορίζοντας με το άρθρο 4 του νόμου 85-704, της 12ης Ιουλίου 1985, ο οποίος αφορά τον κύριο δημοσίου έργου και τις σχέσεις του με ιδιώτες αναδόχους, όπως τροποποιήθηκε με τον νόμο 91-662, της 13ης Ιουλίου 1991, και με τον νόμο 96-987, της 14ης Νοεμβρίου 1996, την απονομή της ιδιότητας του κατ' ανάθεση κυρίου του έργου σε εξαντλητικώς απαριθμούμενα νομικά πρόσωπα του γαλλικού δικαίου, παρέβη τις υποχρεώσεις που υπέχει από την οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για το συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών και, ειδικότερα, από τα άρθρα 8 και 9 της εν λόγω οδηγίας, καθώς και από το άρθρο 49 ΕΚ.