

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΗΣ ΓΕΝΙΚΗΣ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ

JULIANE KOKOTT

της 1ης Μαρτίου 2005¹

I — Εισαγωγή

1. Ένα από τα θεμελιώδη ζητήματα του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων είναι η διάκριση μεταξύ των συμβάσεων για τη σύναψη των οποίων επιβάλλεται η διεξαγωγή δημόσιου διαγωνισμού και εκείνων για τις οποίες δεν υφίσταται τέτοια υποχρέωση. Ιδιαίτερος επίκαιρο είναι, συναφώς, το ζήτημα της διακρίσεως μεταξύ των δημόσιων συμβάσεων και των καλούμενων «εσωτερικών αναθέσεων», γνωστών και ως «in-house αναθέσεων».

2. Οι *in-house αναθέσεις υπό στενή έννοια* είναι πράξεις με τις οποίες ένας οργανισμός δημοσίου δικαίου αναθέτει το αντικείμενο συμβάσεως σε μια από τις υπηρεσίες του που δεν διαθέτουν νομική προσωπικότητα. *Υπό ευρεία έννοια*, στις *in-house αναθέσεις* περιλαμβάνονται επίσης ορισμένες περιπτώσεις κατά τις οποίες οι αναθέτουσες αρχές συνάπτουν συμβάσεις με εταιρίες τις οποίες ελέγχουν οι ίδιες και οι οποίες διαθέτουν νομική προσωπικότητα. Ενώ οι *in-house αναθέσεις υπό στενή έννοια* δεν υπάγονται σε καμία περίπτωση στο δίκαιο των δημο-

σίων συμβάσεων, δεδομένου ότι πρόκειται για διοικητικές πράξεις αμιγώς εσωτερικής φύσεως², αντιθέτως, στις *in-house αναθέσεις υπό ευρεία έννοια* (καλούμενες επίσης, σε ορισμένες περιπτώσεις, «οιονεί *in-house αναθέσεις*»³) ανακύπτει συχνά ένα περίπλοκο ζήτημα οριοθέτησεως, ήτοι αν υφίσταται ή όχι υποχρέωση δημοσιεύσεως διαγωνισμού. Εν προκειμένω, το Δικαστήριο επιλαμβάνεται εκ νέου της προβληματικής αυτής⁴.

3. Ο Δήμος Brixen ανέθεσε στη θυγατρική της εταιρίας Stadtwerke Brixen AG, χωρίς προηγούμενο διαγωνισμό, την εκμετάλλευση δύο δημοσίων χώρων σταθμεύσεως *vergeben*. Η ιδιωτική εταιρία Parking Brixen GmbH άσκησε προσφυγή κατά της αποφάσεως αυτής. Ένα ιταλικό δικαστήριο, το *Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen* (στο εξής, επίσης: αιτούν δικαστήριο), υπέβαλε στο Δικαστήριο δύο προδικαστικά ερωτήματα που αφορούν, κατ' ουσίαν, αφενός, την οριοθέτηση μεταξύ

2 — Απόφαση της 18ης Νοεμβρίου 1999, C-107/98, Teckal (Συλλογή 1999, σ. I-8121, σκέψεις 49 και 50), που αφορά την οδηγία 93/36/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων προμηθειών (ΕΕ L 199, σ. 1° στο εξής: οδηγία 93/36).

3 — Βλ., συναφώς, σημείο 49 των προτάσεων της γενικής εισαγγελέα Slix-Hackl της 23ης Σεπτεμβρίου 2004, C-26/03, Stadt Halle (Συλλογή 2004, σ. I-1).

4 — Βλ. τη θεμελιώδη απόφαση Teckal (υποσημείωση 2). Προσφάτως, στις 11 Ιανουαρίου 2005, εκδόθηκε η απόφαση στην υπόθεση C-26/03, Stadt Halle κ.λπ., (υποσημείωση 3). Βλ. αποφάσεις της 21ης Ιουλίου 2005, C-231/03, Coname (Συλλογή 2005, σ. I-7287) της 10ης Νοεμβρίου 2005, C-29/04, Επιτροπή κατά Αυστρίας (Συλλογή 2005, σ. I-9705), και C-216/04, Saba Italia (ακόμα εκκρεμεί).

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γερμανική.

παραχωρήσεων δημόσιων υπηρεσιών και δημόσιων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών και, αφετέρου, τον διαχωρισμό μεταξύ εξωτερικών συμβάσεων που υπόκεινται σε υποχρέωση δημοσιεύσεως διαγωνισμού και in-house αναθέσεων για τις οποίες δεν υφίσταται τέτοια υποχρέωση.

α) οι δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών: είναι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας συναπτόμενες εγγράφως μεταξύ ενός παρέχοντος υπηρεσίες και μιας αναθέτουσας αρχής [...].

β) ως αναθέτουσες αρχές: θεωρούνται το κράτος, οι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου, οι ενώσεις που αποτελούνται από έναν ή περισσότερους από τους παραπάνω οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης ή δημοσίου δικαίου.»

II — Νομικό πλαίσιο

A — Η κοινοτική νομοθεσία

4. Οι διατάξεις κοινοτικού δικαίου που ασκούν εν προκειμένω επιρροή είναι, αφενός, η οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για το συντονισμό των διαδικασιών συνάψεως δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών⁵ και, αφετέρου, τα άρθρα 43 ΕΚ, 49 ΕΚ και 86, παράγραφος 1, ΕΚ.

5. Το άρθρο 1, στοιχεία α' και β', της οδηγίας 92/50 προβλέπει, μεταξύ άλλων, τα εξής:

«Κατά την έννοια της παρούσας οδηγίας

6. Το άρθρο 43 ΕΚ καθιερώνει την ελευθερία εγκαταστάσεως και το άρθρο 49 ΕΚ την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών. Δυνάμει των άρθρων 48, πρώτο εδάφιο, ΕΚ και 55 ΕΚ, οι εταιρείες που έχουν συσταθεί σύμφωνα με τη νομοθεσία ενός κράτους μέλους και οι οποίες έχουν την καταστατική τους έδρα, την κεντρική τους διοίκηση ή την κύρια εγκατάστασή τους εντός της Κοινότητας εξομοιώνονται, για την εφαρμογή των διατάξεων του παρόντος κεφαλαίου, όσον αφορά τις δύο αυτές θεμελιώδεις ελευθερίες, προς τα φυσικά πρόσωπα που είναι υπήκοοι των κρατών μελών.

7. Τέλος, το άρθρο 86, παράγραφοι 1 και 2, ΕΚ ορίζει:

5 — ΕΕ L 209, σ. 1. Η οδηγία αυτή καταργήθηκε και αντικαταστάθηκε από την οδηγία 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών συνάψεως δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (ΕΕ L 134, σ. 114). Η οδηγία 92/50 εξακολουθεί να είναι, *ratione temporis*, η μόνη εφαρμόσιμη εν προκειμένω.

«1. Τα κράτη μέλη δεν θεσπίζουν ούτε διατηρούν μέτρα αντίθετα προς τους

κανόνες της παρούσας συνθήκης, ιδίως προς εκείνους των άρθρων 12 και 81 μέχρι και 89, ως προς τις δημόσιες επιχειρήσεις και τις επιχειρήσεις στις οποίες χορηγούν ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα.

2. Οι επιχειρήσεις που είναι επιφορτισμένες με τη διαχείριση υπηρεσιών γενικού οικονομικού συμφέροντος ή που έχουν χαρακτήρα δημοσιονομικού μονοπωλίου υπόκεινται στους κανόνες της παρούσας συνθήκης, ιδίως στους κανόνες ανταγωνισμού, κατά το μέτρο που η εφαρμογή των κανόνων αυτών δεν εμποδίζει νομικά ή πραγματικά την εκπλήρωση της ιδιαίτερης αποστολής που τους έχει ανατεθεί. Η ανάπτυξη των συναλλαγών δεν πρέπει να επηρεάζεται σε βαθμό ο οποίος θα αντέκειτο προς το συμφέρον της Κοινότητας.»

B — Η εθνική νομοθεσία

8. Στην Ιταλία, το άρθρο 115, παράγραφος 1, του Decreto legislativo⁶ 267 του Προέδρου της Δημοκρατίας, της 18ης Αυγούστου 2000 (στο εξής: νομοθετικό διάταγμα 267/2000)⁷, παρέχει στους δήμους και στους λοιπούς φορείς τοπικής αυτοδιοίκησης τη δυνατότητα να μετατρέπουν με μονομερή δικαιοπραξία τις δημοτικές και κοινοτικές επιχειρήσεις (καλούμενες, επίσης, «ειδικές επιχειρήσεις») σε ανώνυμες εταιρίες. Οι εταιρίες αυτές διατηρούν τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις που γεννήθηκαν κατά τον

χρόνο προ της μετατροπής και αναλαμβάνουν το σύνολο των στοιχείων του ενεργητικού και του παθητικού των αρχικών ειδικών επιχειρήσεων. Η διάταξη αυτή προβλέπει ότι ο εκάστοτε φορέας τοπικής αυτοδιοίκησης μπορεί να παραμείνει μοναδικός μέτοχος μιας τέτοιας εταιρίας, πλην όμως μόνο για χρονικό διάστημα έως δύο έτη από της μετατροπής.

9. Το άρθρο 88, παράγραφος 6, των κωδικοποιημένων διατάξεων περί οργανώσεως των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης της Αυτόνομης Περιφέρειας Trentino-Südtirol (στο εξής: κωδικοποιημένες διατάξεις για την Περιφέρεια Trentino-Südtirol) ορίζει:

«Οι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης ρυθμίζουν με κανονισμό τις διαδικασίες και τα κριτήρια επιλογής των ακόλουθων μορφών οργανώσεως για τη διαχείριση των δημόσιων υπηρεσιών οικονομικής και εμπορικής σημασίας:

α) σύσταση ειδικών επιχειρήσεων

β) σύσταση ή συμμετοχή σε ad hoc ανώνυμες εταιρίες ή εταιρίες περιορισμένης ευθύνης με κεφάλαιο ανήκον κατά πλειοψηφία στην τοπική αυτοδιοίκηση·

6 — Νομοθετικό διάταγμα.

7 — Το νομοθετικό διάταγμα 267/2000 έχει τίτλο «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali» (Κωδικοποιημένο κείμενο των διατάξεων περί των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης) και δημοσιεύθηκε στο *GIURI* υπ' αριθ. 227 της 28ης Σεπτεμβρίου 2000, τακτικό συμπλήρωμα υπ' αριθ. 162).

ε) ανάθεση της διαχείρισεως δημόσιων υπηρεσιών σε τρίτους, οι οποίοι επιλέγονται βάσει ενδεδειγμένων προς τούτο διαδικασιών [...]»⁸.

η εκμετάλλευση είχαν ανατεθεί το 2000 στην επιχείρηση Stadtwerken Brixen. Από την επ' ακροατηρίου συζήτηση προέκυψε ότι οι χώροι αυτοί σταθμεύσεως δεν χρησιμοποιούνται μόνον από τους επισκέπτες του κολυμβητηρίου.

10. Εξάλλου, το άρθρο 88, παράγραφος 18, των κωδικοποιημένων διατάξεων για την Περιφέρεια Trentino-Südtirol προβλέπει ότι οι φορείς τοπικής αυτοδιοικήσεως μπορούν ανά πάσα στιγμή —υπό τις εκεί οριζόμενες προϋποθέσεις— να αναθέτουν στις συσταθείσες δυνάμει του ως άνω άρθρου 88, παράγραφος 6, εταιρίες, των οποίων είναι μέτοχοι, άλλες δημόσιες υπηρεσίες που είναι συμβατές με το αντικείμενο της εταιρίας.

12. Σύμφωνα με το αιτούν δικαστήριο, οι επίμαχοι χώροι σταθμεύσεως κείνται επί δύο γαιοτεμαχίων με αριθμούς κτηματολογίου 491/6 και 491/11.

III — Το ιστορικό της διαφοράς

A — Τα πραγματικά περιστατικά και η διαφορά της κύριας δίκης

11. Ο Δήμος Brixen, ο οποίος βρίσκεται στην ιταλική Αυτόνομη Περιφέρεια Trentino-Südtirol, ανέθεσε το 2001 και το 2002 —σε αμφότερες τις περιπτώσεις χωρίς προηγούμενο δημόσιο διαγωνισμό— την εκμετάλλευση δύο δημόσιων χώρων σταθμεύσεως οχημάτων στην εταιρία Stadtwerke Brixen AG. Οι δύο χώροι σταθμεύσεως εντάσσονται στο συγκρότημα του δημοτικού κολυμβητηρίου, του οποίου η κατασκευή και

13. Για το γαιοτεμάχιο 491/11 ο Δήμος Brixen παραχώρησε στη Stadtwerke Brixen AG, τον Δεκέμβριο του 2001⁹, δικαίωμα κατασκευής θέσεων σταθμεύσεως οχημάτων στο έδαφος και στο υπέδαφος της εκτάσεως αυτής. Για την κάλυψη των αναγκών έως την κατασκευή του υπόγειου χώρου σταθμεύσεως προβλέφθηκε προσωρινός υπέργειος χώρος σταθμεύσεως. Προς τον σκοπό αυτό, το εν λόγω γαιοτεμάχιο, το οποίο χρησιμοποιούνταν μέχρι τότε ως γήπεδο ποδοσφαίρου, επιστρώθηκε προσωρινώς με άσφαλτο προκειμένου να λειτουργήσει ως υπέργειος χώρος σταθμεύσεως περίπου 200 θέσεων.

14. Προκειμένου να εξασφαλισθούν επιπλέον θέσεις σταθμεύσεως, το δημοτικό συμβούλιο του Brixen ανέθεσε στη Stadtwerke Brixen AG, τον Νοέμβριο του 2002 και για διάστημα εννέα ετών, τη διαχείριση του υπέργειου χώρου σταθμεύσεως που

⁸ — Η διάταξη αυτή απορρέει από το άρθρο 44 του περιφερειακού νόμου 1 της 4ης Ιανουαρίου 1993 (*Επίσημη Εφημερίδα της Αυτόνομης Περιφέρειας Trentino-Südtirol*, υπ' αριθ. 3 της 19ης Ιανουαρίου 1993, τακτικό συμπλήρωμα υπ' αριθ. 1), όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 10 του περιφερειακού νόμου 10 της 23ης Οκτωβρίου 1998 (*Επίσημη Εφημερίδα της Αυτόνομης Περιφέρειας Trentino-Südtirol*, υπ' αριθ. 45 της 27ης Οκτωβρίου 1998, συμπλήρωμα υπ' αριθ. 2).

⁹ — Απόφαση 118 του δημοτικού συμβουλίου, της 18ης Δεκεμβρίου 2001.

βρίσκεται στην παρακείμενη έκταση, ήτοι στο γαιοτεμάχιο 491/6¹⁰. Την άμεση διαχείριση του χώρου αυτού σταθμεύσεως, ο οποίος περιλαμβάνει επίσης περίπου 200 θέσεις, είχε για περισσότερο από 10 έτη ο εν λόγω δήμος.

15. Η Stadtwerke Brixen AG είναι εξουσιοδοτημένη, δυνάμει της συμφωνίας που συνήψε με τον Δήμο Brixen στις 19 Δεκεμβρίου 2002, να εισπράττει τέλη σταθμεύσεως από τους χρήστες του χώρου σταθμεύσεως επί του γεωτεμαχίου 491/6. Ως αντιπαροχή καταβάλλει στον Δήμο Brixen ετήσια αποζημίωση ύψους 151 700 ευρώ, η οποία αποτελεί συνάρτηση των τιμών των δελτίων σταθμεύσεως, με αποτέλεσμα η αύξηση της τιμής σταθμεύσεως να επιφέρει αύξηση της αποζημιώσεως προς τον δήμο¹¹. Περαιτέρω, η Stadtwerke Brixen AG προσέλαβε το προσωπικό που απασχολούσε προηγουμένως εκεί ο Δήμος Brixen, ανέλαβε την τακτική και έκτακτη συντήρηση του χώρου, καθώς και την απορρέουσα από την υποχρέωση αυτή ευθύνη. Τέλος, η Stadtwerke Brixen AG δεσμεύθηκε να συνεχίσει την παροχή υπηρεσιών δωρεάν δανεισμού ποδηλάτων και να επιτρέψει την πραγματοποίηση της παραδοσιακής εβδομαδιαίας λαϊκής αγοράς στην ίδια αυτή έκταση.

16. Αντιθέτως, κατά το αιτούν δικαστήριο, ουδεμία σύμβαση συνάφθηκε για την εκμε-

τάλλευση του γεωτεμαχίου 491/11 ως υπέργιου χώρου σταθμεύσεως.

17. Κατά της αναθέσεως της εκμεταλλεύσεως του χώρου σταθμεύσεως στη Stadtwerke Brixen AG βάλλει η εταιρία Parking Brixen GmbH, η οποία εκμεταλλεύεται έναν άλλο χώρο σταθμεύσεως εντός των ορίων του Δήμου Brixen και ενδιαφέρεται για την εκμετάλλευση των δύο επίμαχων χώρων. Η εν λόγω εταιρία άσκησε προσφυγή ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου στις 17 Ιανουαρίου 2003, ζητώντας την ακύρωση των πράξεων αναθέσεως.

B — Συμπληρωματικά στοιχεία περί της Stadtwerke Brixen AG και της προγενέστερης ίδιας επιχειρήσεως

18. Η Stadtwerke Brixen AG διαδέχθηκε τη Stadtwerke Brixen, προγενέστερη ίδια επιχείρηση (καλούμενη, επίσης, «ειδική επιχείρηση») του Δήμου Brixen. Η ίδια αυτή επιχείρηση, η οποία διέθετε από 1ης Ιανουαρίου 1999 νομική προσωπικότητα και διαχειριστική αυτοτέλεια, μετατράπηκε τον Οκτώβριο του 2001 από τον δήμο, κατ'εφαρμογή του άρθρου 115 του νομοθετικού διατάγματος 267/2000, σε ανώνυμη εταιρία με την επωνυμία «Stadtwerke Brixen AG»¹².

10 — Απόφαση 107 του δημοτικού συμβουλίου, της 28ης Νοεμβρίου 2002.

11 — Κατά τη διάταξη περί παραπομπής, η αύξηση της τιμής σταθμεύσεως επιφέρει αύξηση της ετήσιας αποζημιώσεως «ίση με το 80 % της αντίστοιχης ποσοστιαίας αύξησεως της τιμής».

12 — Απόφαση 97 του διοικητικού συμβουλίου, της 25ης Οκτωβρίου 2001.

19. Οι δραστηριότητες της Stadtwerke Brixen AG απαριθμούνται στο άρθρο 4 του καταστατικού της και εκτείνονται σε διάφορους τομείς παροχής υπηρεσιών δημοσίου, υπό ευρύτατη έννοια, συμφέροντος, όπως η υδροδότηση και ο καθαρισμός των λυμάτων, η παροχή θερμάνσεως και ενέργειας, η οδοποιία, η διάθεση αποβλήτων, η μεταφορά προσώπων και εμπορευμάτων, καθώς και η πληροφορική και οι τηλεπικοινωνίες, τούτο δε τόσο σε τοπικό, όσο και σε εθνικό και διεθνές επίπεδο. Η διαχείριση ανοικτών και κλειστών χώρων σταθμεύσεως και οι σχετικές δραστηριότητες εμπíπτουν στο πεδίο αυτό δραστηριοτήτων.

εξουσίες που είναι αναγκαίες για την τρέχουσα διαχείριση της εταιρίας, η οποία, πάντως, υπόκειται σε διάφορους περιορισμούς και εκτείνεται, σε ορισμένες περιπτώσεις, μόνον έως την πραγματοποίηση πράξεων των οποίων η αξία δεν υπερβαίνει τα 5 εκατομμύρια ευρώ. Κατά το άρθρο 24 του καταστατικού, το εποπτικό συμβούλιο της εταιρίας αποτελείται από τρία τακτικά και δύο αναπληρωματικά μέλη, από τα οποία ο Δήμος Βrixen διορίζει τουλάχιστον δύο τακτικά και ένα αναπληρωματικό μέλος.

20. Κατά τον χρόνο αναθέσεως της εκμετάλλευσής των δύο χώρων σταθμεύσεως και ακόμη παλαιότερα, μοναδικός μέτοχος της Stadtwerke Brixen AG ήταν ο Δήμος Βrixen. Το άρθρο 5, παράγραφος 2, του καταστατικού της Stadtwerke Brixen AG ορίζει ότι η συμμετοχή του Δήμου Βrixen στο εταιρικό κεφάλαιο δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να είναι μικρότερη της απόλυτης πλειοψηφίας των μετοχών.

22. Οι καθ' ύλην αρμοδιότητες της ειδικής επιχείρησης Stadtwerke Brixen ήταν ανάλογες προς αυτές της εταιρίας Stadtwerke Brixen AG, περιορίζονταν, εντούτοις, στο πεδίο αρμοδιοτήτων του δήμου και στη συνεργασία με φορείς άλλων δήμων και κοινοτήτων. Η εκμετάλλευση ανοικτών και κλειστών χώρων σταθμεύσεως ενέπιπτε στο πεδίο δραστηριοτήτων της, όχι όμως και οι τομείς της πληροφορικής και των τηλεπικοινωνιών. Το διοικητικό συμβούλιο της Stadtwerke Brixen διοριζόταν από το δημοτικό συμβούλιο, τις κατευθυντήριες γραμμές του οποίου όφειλε να ακολουθεί κατά την άσκηση των δραστηριοτήτων του.

21. Κατά το άρθρο 17 του καταστατικού της, η Stadtwerke Brixen AG διοικείται από το διοικητικό συμβούλιο, το οποίο αποτελείται από τρία έως επτά μέλη και διορίζεται από τη γενική συνέλευση των μετόχων, ενώ ο Δήμος Βrixen¹³ έχει σε κάθε περίπτωση το δικαίωμα να διορίζει στην πλειοψηφία τους τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου. Δυνάμει του άρθρου 18 του καταστατικού, το διοικητικό συμβούλιο διαθέτει όλες τις

IV — Η αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως και η διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου

23. Με διάταξη της 23ης Ιουλίου 2003, το αιτούν δικαστήριο αποφάσισε να αναστείλει την ενώπιόν του διαδικασία και να υποβάλει

13 — Όπως προέκυψε κατά την ειρ' ακροατηρίου συζήτηση, η αρμοδιότητα αυτή ανήκει στο δημοτικό συμβούλιο.

στο Δικαστήριο δύο προδικαστικά ερωτήματα. Το αιτούν δικαστήριο, κάνοντας ρητή αναφορά στα άρθρα 43 επ. ΕΚ, 49 επ. ΕΚ και 86 ΕΚ, ερωτά τα εξής:

- 1) Αποτελεί η ανάθεση της διαχείρισης των επίδικων δημόσιων χώρων σταθμεύσεως δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών, κατά την έννοια της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ, ή παραχώρηση δημόσιας υπηρεσίας, επί της οποίας εφαρμόζονται οι κανόνες ανταγωνισμού της Ευρωπαϊκής Κοινότητας και, ειδικότερα, οι υποχρεώσεις ίσης μεταχειρίσεως και διαφάνειας;
- 2) Αν υποθεθεί ότι πρόκειται πράγματι για παραχώρηση που αφορά τη διαχείριση μιας τοπικής δημόσιας υπηρεσίας, είναι συμβατή προς το κοινοτικό δίκαιο, και συγκεκριμένα προς τις αρχές της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών και του ελεύθερου ανταγωνισμού, της απαγορεύσεως των διακρίσεων και τις απορρέουσες υποχρεώσεις ίσης μεταχειρίσεως και διαφάνειας, καθώς και προς την αρχή της αναλογικότητας, η παραχώρηση της διαχείρισεως δημόσιου χώρου σταθμεύσεως οχημάτων επί πληρωμή, η οποία πραγματοποιείται, κατά τα άρθρα 44, παράγραφος 6, στοιχείο b, του περιφερειακού νόμου 1/4.1.1993, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 10 του περιφερειακού νόμου 10/23.1.1998, και κατά το άρθρο 88, παράγραφος 6, στοιχεία a και b, των κωδικοποιημένων διατάξεων περί οργάνωσης των οργανισμών τοπικής αυτοδιοικήσεως [της Αυτόνομης Περιφέρειας Trentino-Südtirol], χωρίς προηγουμένως να πραγματοποιηθεί δημόσιος διαγωνισμός, όταν πρόκειται για ανώνυμη εταιρία, η οποία προέκυψε, σύμφωνα με το άρθρο 115 του νομοθετικού διατάγματος 267/2000,

από τη μετατροπή μιας ειδικής δημοτικής επιχειρήσεως σε ανώνυμη εταιρία και της οποίας το εταιρικό κεφάλαιο κατά τον χρόνο της συνάψεως της συμβάσεως ανήκε κατά 100 % στον ίδιο τον δήμο, αλλά της οποίας το διοικητικό συμβούλιο είναι εξουσιοδοτημένο να ενεργεί κάθε πράξη τακτικής διαχείρισεως της οποίας η αξία δεν υπερβαίνει το ποσό των 5 εκατομμυρίων ευρώ;

24. Με έγγραφο της 16ης Δεκεμβρίου 2004, η Γραμματεία του Δικαστηρίου επέστησε την προσοχή των διαδίκων στη δημοσίευση, στις 11 Ιανουαρίου 2005, της αποφάσεως Stadt Halle¹⁴ και τους κάλεσε να λάβουν θέση επί της εν λόγω αποφάσεως κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση της 13ης Ιανουαρίου 2005.

25. Στο πλαίσιο της ενώπιον του Δικαστηρίου διαδικασίας γραπτές και προφορικές παρατηρήσεις υπέβαλαν η Parking Brixen AG, η Stadtwerke Brixen AG, ο Δήμος Brixen, η Ιταλική και η Αυστριακή Κυβέρνηση, καθώς και η Επιτροπή. Η Ολλανδική Κυβέρνηση προέβαλε τους ισχυρισμούς της κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση.

V — Νομική εκτίμηση

26. Η αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως αποσκοπεί, κατ' ουσίαν, στη διευ-

14 — Βλ. υποσημείωση 4.

κρίνιση του ζητήματος αν το κοινοτικό δίκαιο θέτει προϋποθέσεις, και αν ναι ποιες, όσον αφορά τις συναλλαγές μεταξύ των αναθετουσών αρχών και των θυγατρικών τους εταιριών· αυτό είναι το αντικείμενο του δευτέρου προδικαστικού ερωτήματος. Κατ' αρχάς, όμως, στο πλαίσιο του πρώτου ερωτήματος πρέπει να εξετασθούν οι διατάξεις από τις οποίες απορρέουν ενδεχομένως οι ως άνω προϋποθέσεις —η οδηγία 92/50 ή οι γενικές αρχές της Συνθήκης ΕΚ· προς τον σκοπό αυτό, είναι αναγκαίο να γίνει διαχωρισμός μεταξύ δημόσιων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών και παραχωρήσεων δημόσιων υπηρεσιών.

Α. — Επί του πρώτου ερωτήματος: διαχωρισμός μεταξύ δημόσιων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών και παραχωρήσεων δημόσιων υπηρεσιών

27. Με το πρώτο προδικαστικό ερώτημα το αιτούν δικαστήριο ερωτά κατ' ουσίαν αν η ανάθεση από δημόσια αρχή της διαχείρισης δημόσιου χώρου σταθμεύσεως επί πληρωμή σε παρέχοντα υπηρεσίες, ο οποίος αμείβεται από τα τέλη που καταβάλλουν τρίτοι για τη χρήση του χώρου σταθμεύσεως, συνιστά δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών, κατά την έννοια της οδηγίας 92/50, ή παραχώρησης δημόσιας υπηρεσίας.

28. Η απάντηση στο ερώτημα αυτό δεν εξαρτάται από τον περιγραφέντα με τις εισαγωγικές παρατηρήσεις διαχωρισμό μεταξύ εξωτερικών συμβάσεων που υπόκεινται σε υποχρέωση δημοσιεύσεως διαγωνι-

σμού και in-house αναθέσεων¹⁵ ως προς τις οποίες δεν υφίσταται τέτοια υποχρέωση. Στο παρόν στάδιο αρκεί να εξετασθεί αν το αντικείμενο μιας συμβάσεως όπως η εν προκειμένω συναφθείσα μεταξύ του Δήμου Βρίξεν και της Stadtwerke Brixen AG μπορεί να θεωρηθεί ότι εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50. Τέτοια περίπτωση θα συνέτρεχε σε περίπτωση δημόσιας συμβάσεως παροχής υπηρεσιών, άλλως θα είχαν τα πράγματα σε περίπτωση παραχωρήσεως δημόσιας υπηρεσίας. Πράγματι, κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, η οποία αφορούσε κατ' αρχάς την οδηγία 93/38 περί των ειδικών τομέων¹⁶ και εν συνεχεία επεκτάθηκε στο πεδίο της οδηγίας 92/50 περί υπηρεσιών, οι παραχωρήσεις αυτές δεν συνιστούν συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας, συναπτόμενες εγγράφως, κατά την έννοια των δύο οδηγιών¹⁷, τούτο δε ακόμη και όταν αφορούν τομείς δραστηριοτήτων εκ των απαριθμούμενων στα παραρτήματα της οικείας οδηγίας. Ένα a contrario επιχείρημα υπέρ της απόψεως αυτής προκύπτει από την εφαρμοστέα στο μέλλον οδηγία 2004/18, με την οποία γίνεται για πρώτη φορά ρητή μνεία των περιπτώσεων παραχωρήσεως δημόσιων υπηρεσιών¹⁸.

29. Αντιθέτως προς τις δημόσιες συμβάσεις παροχής υπηρεσιών, η παραχώρηση δημό-

15 — Βλ. σημεία 1 και 2 των προτάσεών μου.

16 — Οδηγία 93/38/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών συνάψεως συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (ΕΕ L 199, σ. 84), η οποία, εν τω μεταξύ, καταργήθηκε και αντικαταστάθηκε από την οδηγία 2001/17/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών συνάψεως συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών (ΕΕ L 134, σ. 1).

17 — Όσον αφορά το άρθρο 1, στοιχείο α', της οδηγίας 92/50, βλ. διάταξη της 30ης Μαΐου 2002, C-358/00, Buchhändler-Vereinigung (Συλλογή 2002, σ. I-4685, σκέψεις 29 και 30) επί του άρθρου 1, σημείο 4, της οδηγίας 93/38, βλ. απόφαση της 7ης Δεκεμβρίου 2000, C-324/98, Teleustria και Telefonadress (Συλλογή 2000, σ. I-10745, σκέψεις 57 και 58).

18 — Άρθρο 1, παράγραφος 4, της οδηγίας 2004/18.

σιας υπηρεσίας χαρακτηρίζεται από το γεγονός ότι ο παρέχων την υπηρεσία αποκτά από την αναθέτουσα αρχή το δικαίωμα να εκμεταλλεύεται τη δική του παροχή¹⁹.

30. Όπως ορθώς επισήμαναν η Επιτροπή, η Αυστριακή και η Ιταλική Κυβέρνηση, στην περίπτωση παραχώρησης δημόσιας υπηρεσίας είναι ο ανάδοχος που αναλαμβάνει τους συνδεδεμένους με τη σχετική υπηρεσία κινδύνους και αμείβεται, τουλάχιστον εν μέρει, από τον χρήστη της υπηρεσίας, ο οποίος καταβάλλει, π.χ., ένα τέλος²⁰. Πρόκειται, επομένως, για τριμερή σχέση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής, του παρέχοντος τις υπηρεσίες και του χρήστη αυτών. Αντιθέτως, η δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών συνεπάγεται μόνο διμερή νομική σχέση, στο πλαίσιο της οποίας η ίδια η αναθέτουσα αρχή καταβάλλει την αμοιβή για την παρεχόμενη υπηρεσία και αναλαμβάνει τον σχετικό κίνδυνο.

31. Από τα πραγματικά περιστατικά της υποθέσεως προκύπτει ότι η καταβαλλόμενη από τον Δήμο Brixen στη Stadtwerke Brixen AG αντιπαροχή για την εκμετάλλευση του χώρου σταθμεύσεως επί του γεωτεμαχίου 491/6 συνίσταται αποκλειστικώς στην παροχή αδείας προς τη Stadtwerke Brixen AG να εισπράττει από τους χρήστες του χώρου σταθμεύσεως τέλη για τη χρήση αυτή. Επομένως, από οικονομικής απόψεως, η Stadtwerke Brixen AG μπορεί να αντλεί όφελος από τη δική της παροχή, ήτοι την

εκμετάλλευση και τη λειτουργία του εν λόγω χώρου σταθμεύσεως. Ταυτοχρόνως φέρει τον οικονομικό κίνδυνο της εκμεταλλεύσεως του χώρου σταθμεύσεως, δεδομένου ότι οφείλει να χρηματοδοτεί, από τα εισπραττόμενα τέλη, όχι μόνον τις τρέχουσες δαπάνες, αλλά και τη συντήρηση του χώρου και την καταβαλλόμενη στον Δήμο Brixen ετήσια αποζημίωση. Από το σύνολο των στοιχείων αυτών προκύπτει ότι δεν πρόκειται για σύμβαση παροχής υπηρεσιών, αλλά για παραχώρηση δημόσιας υπηρεσίας.

32. Τα διαθέσιμα στοιχεία δεν αρκούν προκειμένου να κριθεί αν η περίπτωση του χώρου σταθμεύσεως επί του γεωτεμαχίου 491/11 είναι όμοια με την ανωτέρω περιγραφόμενη. Εν πάση περιπτώσει, το αιτούν δικαστήριο, και όχι το Δικαστήριο, είναι αρμόδιο να εφαρμόσει στα πραγματικά περιστατικά της υποθέσεως της κύριας δίκης τα κριτήρια που προβλέπει το κοινοτικό δίκαιο²¹. Το αιτούν δικαστήριο θα πρέπει ιδίως να προσδιορίσει αν η καταβαλλόμενη από τον Δήμο Brixen στη Stadtwerke Brixen AG αντιπαροχή για την εκμετάλλευση του χώρου σταθμεύσεως συνίσταται στην παροχή αδείας προς τη Stadtwerke Brixen AG να εισπράττει από τους χρήστες του χώρου σταθμεύσεως τέλη για τη χρήση αυτή.

19 — Προαναφερθείσα στην υποσημείωση 17 απόφαση Telaustria και Telefonadress, σκέψη 58, δεύτερη περίπτωση, και προαναφερθείσα στην ίδια υποσημείωση διάταξη Buchhändler-Vereinigung, σκέψη 27. Βλ. επίσης, υπό την έννοια αυτή, τον νομικό ορισμό του άρθρου 1, παράγραφος 4, της οδηγίας 2004/18, ο οποίος πρόκειται να εφαρμοσθεί στο μέλλον.

20 — Η Επιτροπή παραπέμπει, συναφώς, στην ερμηνευτική ανακοίνωσή της περί των συμβάσεων παραχώρησης στο κοινοτικό δίκαιο (ΕΕ 2000, C 121, σ. 2, ιδίως σημείο 2.2).

21 — Βλ., υπό την έννοια αυτή, μεταξύ άλλων, απόφαση της 16ης Ιουλίου 1998, C-235/95, Dumon και Froment (Σύλλογη 1998, σ. I-4531, σκέψη 25) ομοίως, προαναφερθείσα στην υποσημείωση 17 απόφαση Telaustria και Telefonadress, σκέψη 63).

33. Συνεπώς, συμμερίζομαι την άποψη της Parking Brixen GmbH, της Αυστριακής και της Ιταλικής Κυβερνήσεως, καθώς και της Επιτροπής²², ότι η ανάθεση από δημόσια αρχή της διαχειρίσεως δημόσιου χώρου σταθμεύσεως σε παρέχοντα υπηρεσίες, ο οποίος αμείβεται από τα τέλη που καταβάλλουν οι χρήστες του χώρου σταθμεύσεως, ενώ ο ίδιος καταβάλλει ως αντιπαροχή ετήσια αποζημίωση στην αναθέτουσα αρχή, δεν συνιστά δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών, κατά την έννοια της οδηγίας 92/50, αλλά παραχώρηση δημόσιας υπηρεσίας, επί της οποίας δεν εφαρμόζεται η οδηγία αυτή.

1) Η ισχύς των αρχών περί απαγορεύσεως των δυσμενών διακρίσεων και περί διαφάνειας και πέραν του πεδίου εφαρμογής των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων

35. Αντιθέτως προς τους ισχυρισμούς της Ολλανδικής Κυβερνήσεως, το Δικαστήριο έχει αποφανθεί ότι οι αναθέτουσες αρχές υπέχουν, ακόμη και εκτός του πεδίου εφαρμογής των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων²³, τις υποχρεώσεις κοινοτικού χαρακτήρα που απορρέουν από τους θεμελιώδεις κανόνες της Συνθήκης ΕΚ, συγκεκριμένα δε από τις θεμελιώδεις ελευθερίες²⁴ και ιδίως από την αρχή της απαγορεύσεως των δυσμενών διακρίσεων²⁵.

B — Επί του δευτέρου ερωτήματος: οι προϋποθέσεις που θέτει το κοινοτικό δίκαιο για την παραχώρισεως δημόσιων υπηρεσιών σε θυγατρική εταιρία της αναθέτουσας αρχής

36. Εν προκειμένω, η αρχή της απαγορεύσεως των δυσμενών διακρίσεων συνδέεται στενά με υποχρέωση διαφάνειας. Πράγματι, μόνον υπό συνθήκες διαφάνειας κατά τη σύναψη συμβάσεως παροχής υπηρεσιών ή κατά την παραχώρηση δημόσιας υπηρεσίας μπορεί να εξετασθεί αν τηρήθηκε η αρχή της απαγορεύσεως των δυσμενών διακρίσεων σε ορισμένη περίπτωση ή αν, αντιθέτως, ελί-

34. Με το δεύτερο ερώτημά του το αιτούν δικαστήριο ερωτά, κατ' ουσίαν, υπό ποιες προϋποθέσεις μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να παραχωρήσει σε θυγατρική της εταιρία, χωρίς προηγούμενο δημόσιο διαγωνισμό, την εκμετάλλευση δημόσιων χώρων σταθμεύσεως επί πληρωμή.

23 — Ως προς τη μη εφαρμογή της οδηγίας 92/50 σε μια περίπτωση όπως η εν προκειμένω επίμαχη, βλ. την ανάλυση του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος (σημεία 27 έως 33 των προτάσεων μου).

24 — Σε μια περίπτωση όπως η εν προκειμένω επίμαχη διεκδικούν εφαρμογή η ελευθερία παροχής υπηρεσιών (άρθρο 49 ΕΚ) και —στο μέτρο που ένας αλλοδαπός προσφέρων προτίθεται να εγκατασταθεί στην Ιταλία προς τον σκοπό της εκμετάλλευσής των χώρων σταθμεύσεως— η ελευθερία εγκαταστάσεως (άρθρο 43 ΕΚ).

25 — Βλ., υπό την έννοια αυτή, όσον αφορά την παραχώρηση δημόσιας υπηρεσίας, προαναφερθείσα στην υποσημείωση 17 απόφαση *Telaustria* και *Telefonadress* (σκέψη 60): βλ., επίσης, απόφαση της 23ης Ιανουαρίου 2003, C-57/01, *Μακεδονικό Μετρό* και *Μηχανική* (Συλλογή 2003, σ. I-1091, σκέψη 69), και διάταξη της 3ης Δεκεμβρίου 2001, C-59/00, *Vestergaard* (Συλλογή 2001, σ. I-9505, σκέψεις 20 και 21): κατ' αναλογία, απόφαση της 18ης Ιουνίου 2002, C-92/00, *ΗΙ* (Συλλογή 2002, σ. I-5553, σκέψη 47).

22 — Οι λοιποί μετέχοντες στη διαδικασία δεν έλαβαν σαφή θέση επί του ζητήματος αυτού. Ο Δήμος Brixen και η Stadtwerke Brixen AG αμφισβητούν ότι πρόκειται για παραχώρηση δημόσιας υπηρεσίας για τον λόγο ότι η Stadtwerke Brixen AG δεν είναι τρίτος σε σχέση με τον Δήμο Brixen.

φθη αυθαίρετη απόφαση υπέρ ή κατά ορισμένου προσφέροντος²⁶.

37. Τούτο δεν σημαίνει, βεβαίως, ότι η σχετική διαδικασία πρέπει να παρουσιάζει όλα τα χαρακτηριστικά των διαδικασιών που προβλέπονται με τις οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων. Πάντως, όπως τόνισε το Δικαστήριο με την απόφαση *Telaustria* και *Telefonadress*, η υποχρέωση διαφάνειας την οποία υπέχει η αναθέτουσα αρχή «συνίσταται στη διασφάλιση, υπέρ όλων των ενδεχομένων αναδόχων, προσήκοντος βαθμού δημοσιότητας που να καθιστά δυνατό το άνοιγμα της αγοράς υπηρεσιών στον ανταγωνισμό καθώς και τον έλεγχο του αμερόληπτου χαρακτήρα των διαδικασιών διαγωνισμού»²⁷.

38. Πρέπει, εξάλλου, να επισημανθεί ο ισχυρισμός της *Stadtwerke Brixen AG* ότι τα άρθρα 43 επ. ΕΚ δεν εφαρμόζονται εν προκειμένω, διότι τα πραγματικά περιστατικά της υποθέσεως της κύριας δίκης δεν έχουν διακοινοτικό χαρακτήρα. Όλοι οι διάδικοι της κύριας δίκης έχουν την έδρα τους στην Ιταλία.

39. Συναφώς, επιβάλλεται να τονισθεί ότι οι θεμελιώδεις ελευθερίες δεν εφαρμόζονται σε αμιγώς εσωτερικές καταστάσεις ενός κρά-

26 — Προαναφερθείσα στην υποσημείωση 17 απόφαση *Telaustria* και *Telefonadress* (σκέψη 61) και προαναφερθείσα στην υποσημείωση 25 απόφαση *HI* (σκέψη 45), καθώς και απόφαση της 18ης Νοεμβρίου 1999, C-275/98, *Unitron Scandinavia* και 3-S (Συλλογή 1999, σ. I-8291, σκέψη 31).

27 — Προαναφερθείσα στην υποσημείωση 17 απόφαση *Telaustria* και *Telefonadress*, σκέψη 62.

τους μέλους²⁸. Εντούτοις, όπως ορθώς επισήμαναν η Επιτροπή, η *Parking Brixen GmbH* και η Αυστριακή Κυβέρνηση, ενδεχόμενη παραβίαση της αρχής της διαφάνειας στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων επηρεάζει όχι μόνον τις εθνικές επιχειρήσεις, όπως η *Parking Brixen GmbH*, αλλά και όλους τους δυνητικούς ενδιαφερομένους, στους οποίους καταλέγονται και προσφέροντες από άλλα κράτη μέλη²⁹. Επομένως, κάθε έλλειψη δημοσιότητας θίγει τις θεμελιώδεις ελευθερίες των δυνητικών ενδιαφερομένων σε άλλα κράτη μέλη.

2) Δυνατότητα παρεκκλίσεως ως προς τις αναθέσεις σε θυγατρικές εταιρίες: η νομολογία *Teckal*

40. Τίθεται, πάντως, το ζήτημα αν η αναθέτουσα αρχή απαλλάσσεται από τις προαναφερθείσες υποχρεώσεις του κοινοτικού δικαίου όταν αναθέτει την εκτέλεση των παροχών σε φορέα τον οποίο ελέγχει η ίδια.

28 — Από την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου βλ., προσφάτως, απόφαση της 16ης Δεκεμβρίου 2004, C-293/03, *My* (Συλλογή 2004, σ. I-12013, σκέψη 40). Ειδικώς για την ελευθερία εγκαταστάσεως και την ελευθερία παροχής υπηρεσιών, βλ. απόφαση της 7ης Φεβρουαρίου 1979, 115/78, *Knioors* (Συλλογή τόμος 1979, σ. 169, σκέψη 24, πρώτη περίοδος).

29 — Βλ., επίσης, απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου (Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 33), η σύναψη δημόσιας συμβάσεως μπορεί κάλλιστα να αφορά, άμεσα ή έμμεσα, επιχειρήσεις εγκατεστημένες σε άλλα κράτη μέλη. Για τον λόγο αυτό, οι διαδικασίες που προβλέπονται για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων πρέπει να ακολουθούνται ανεξάρτητα από την ιθαγένεια ή τον τόπο εγκαταστάσεως των προσφερόντων. Το επιχείρημα αυτό ισχύει όχι μόνο ως προς τις επιταγές που απορρέουν από τις οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων, αλλά και στις περιπτώσεις στις οποίες, όπως εν προκειμένω, εφαρμόζονται οι γενικές αρχές του κοινοτικού δικαίου.

41. Όταν η αναθέτουσα αρχή προτίθεται να απευθυνθεί, προς τον σκοπό αυτό, σε δημόσια επιχείρηση με οργανική αυτονομία, ήτοι σε κάποια από τις θυγατρικές της, η απάντηση είναι κατ' αρχήν μάλλον πρόδηλη: δύναμει της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως των δημόσιων και των ιδιωτικών επιχειρήσεων, στην οποία στηρίζεται ιδίως το άρθρο 86, παράγραφος 1, ΕΚ, οι δημόσιες επιχειρήσεις — με την επιφύλαξη των εξαιρέσεων του άρθρου 86, παράγραφος 2, ΕΚ— δεν πρέπει να τυγχάνουν ευνοϊκής μεταχειρίσεως σε σχέση με τις ανταγωνιστικές επιχειρήσεις του ιδιωτικού τομέα. Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να αναθέτει άνευ ετέρου την παροχή υπηρεσιών σε ελεγχόμενη από την ίδια επιχείρηση, χωρίς να λαμβάνει προηγουμένως υπόψη άλλους πιθανούς υποψηφίους και χωρίς να διεξάγει, προς τον σκοπό αυτό, διαφανή διαδικασία διαγωνισμού.

42. Βεβαίως, οι δημόσιες αρχές διατηρούν επίσης την ευχέρεια να εκτελούν τα καθήκοντά τους αποκλειστικώς με δικά τους μέσα, ήτοι προσφεύγοντας στις δικές τους υπηρεσίες και χωρίς να απευθύνονται σε νομικά αυτοτελείς επιχειρήσεις, δημόσιες ή ιδιωτικές. Στην περίπτωση αυτή οι δημόσιες αρχές δεν δεσμεύονται από το δικαιο των δημόσιων συμβάσεων³⁰ και από το άρθρο 86 ΕΚ.

43. Όπως επισημάνθηκε με τις εισαγωγικές παρατηρήσεις, δεν είναι σπάνιες οι περιπτώσεις κατά τις οποίες η διάκριση μεταξύ εσωτερικών αναθέσεων και εξωτερικών συμβάσεων αποδεικνύεται δυσχερής. Στο πλαίσιο της οδηγίας 93/36, το Δικαστήριο

εξέδωσε τη θεμελιώδη απόφαση Teckal³¹. Από την απόφαση αυτή προκύπτει ότι το δικαιο των δημόσιων συμβάσεων εφαρμόζεται κατ' αρχήν εφόσον έχει συναφθεί *συμφωνία μεταξύ δύο διαφορετικών προσώπων*³², ήτοι εφόσον υπάρχει *σύμβαση*.

44. Η εφαρμογή του δικαίου των δημόσιων συμβάσεων δεν εξαρτάται, όμως, αποκλειστικώς τυπικής φύσεως, αλλά και από μια αξιολογική εκτίμηση. Πράγματι, ακόμη και αν τα δύο συμβαλλόμενα μέρη διαθέτουν τυπικώς αυτοτελή νομική προσωπικότητα, η μεταξύ τους σύμβαση ενδέχεται, παρ' όλα αυτά, να έχει κατ' εξαίρεση χαρακτήρα εσωτερικής αναθέσεως, εφόσον πληρούνται σωρευτικώς οι ακόλουθες δύο προϋποθέσεις που έθεσε το Δικαστήριο με τη νομολογία του³³:

— η αναθέτουσα αρχή³⁴ πρέπει να ασκεί επί του αντισυμβαλλομένου της³⁵ έλεγχο ανάλογο προς εκείνον που ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών (πρώτο κριτήριο κατά τη νομολογία Teckal), και

31 — Προαναφερθείσα στην υποσημείωση 2 απόφαση Teckal (σκέψεις 46, 49 και 50).

32 — Όσον αφορά το *ratione personae* πεδίο εφαρμογής, αναγκαία αλλά και εισαρκής συνθήκη είναι ο ένας από τους αντισυμβαλλομένους αποτελεί αναθέτουσα αρχή (προαναφερθείσα στην υποσημείωση 2 απόφαση Teckal, σκέψη 42, δεύτερη περίοδος, και προαναφερθείσα στην υποσημείωση 4 απόφαση Stadt Halle, σκέψη 47· βλ., επίσης, απόφαση της 7ης Δεκεμβρίου 2000, C-94/99, ARGE (Συλλογή 2000, σ. I-11037, σκέψη 40).

33 — Τα κριτήρια παρατίθενται, στην αρχική τους μορφή, με τη σκέψη 50, δεύτερη περίοδος, της προαναφερθείσας στην υποσημείωση 2 αποφάσεως και επανειλημμένως με την απόφαση της 13ης Ιανουαρίου 2005, C-84/03, Επιτροπή κατά Ισπανίας (Συλλογή 2005, σ. I-139, σκέψη 38). Η προαναφερθείσα στην υποσημείωση 4 απόφαση Stadt Halle (σκέψη 49, δεύτερη περίοδος) περιλαμβάνει μια ελαφρώς διαφοροποιημένη, από γλωσσικής απόψεως, εκδοχή των εν λόγω κριτηρίων. Στην εκδοχή αυτή στηρίζονται, εκτός αντίθετης μνείας, οι κατωτέρω σκέψεις.

34 — Η απόφαση Stadt Halle χρησιμοποίησε κατά λέξη την περιβόητη διατύπωση «δημόσια αρχή», η οποία είναι αναθέτουσα αρχή, ενώ η απόφαση Teckal κάνει λόγο — βάσει των πραγματικών περιστατικών της υποθέσεως αυτής — για «οργανισμό τοπικής αυτοδιοικήσεως».

35 — Ο αντισυμβαλλόμενος περιγράφεται με την απόφαση Teckal ως «εν λόγω πρόσωπο», με την απόφαση Stadt Halle ως «εν λόγω οργανισμός».

30 — Προαναφερθείσα στην υποσημείωση 4 απόφαση Stadt Halle (σκέψη 48).

— ο αντισυμβαλλόμενος αυτός πρέπει να πραγματοποιεί το κύριο μέρος της δραστηριότητάς του με³⁶ την ή τις αναθέτουσες αρχές που τον ελέγχουν (*δευτέρο κριτήριο κατά τη νομολογία Teckal*).

45. Το Δικαστήριο εφάρμοσε, στο μεταξύ, τη νομολογία αυτή όχι μόνο στην οδηγία 93/36, αλλά και στις οδηγίες 92/50 και 93/37^{37 38}.

46. Τα κριτήρια της αποφάσεως Teckal εφαρμόζονται επίσης σε περιπτώσεις όπως της υπό κρίση υποθέσεως, οι οποίες δεν εμπίπτουν σε καμία από τις οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων³⁹. Πράγματι, δεδομένου ότι οι οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων, οι οποίες θέτουν λεπτομερείς προδιαγραφές για τις διαδικασίες συνάψεως δημόσιων συμβάσεων, επιτρέπουν παρεκκλίσεις στις περιπτώσεις εσωτερικών αναθέσεων, τούτο πρέπει κατά μείζονα λόγο να ισχύει στις περιπτώσεις όπου οι διαδικασίες υπόκεινται σε λιγότερο ακριβείς προδιαγραφές, ήτοι σε γενικούς όρους που απορρέουν από τις αρχές της απαγορεύσεως των δυσμενών

διακρίσεων και της διαφάνειας. Άλλως ενόψει των πραγμάτων, θα παρατηρείτο το παράδοξο να υπόκεινται οι αναθέτουσες αρχές σε αυστηρότερες προδιαγραφές εκτός, παρά εντός, του πεδίου εφαρμογής των οδηγιών, ήτοι να υπέχουν, *άνευ εξαιρέσεων*, υποχρέωση διασφαλίσεως διαφάνειας και δημοσιότητας.

47. Πρέπει, εξάλλου, να ληφθεί υπόψη το γεγονός ότι ο σκοπός των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων δεν είναι άλλος από την πραγμάτωση των θεμελιωδών κανόνων της Συνθήκης ΕΚ, όπως αυτοί προκύπτουν ιδίως από τις θεμελιώδεις ελευθερίες⁴⁰. Επομένως, οι παρεκκλίσεις από τις οδηγίες αποτελούν εν τέλει παρεκκλίσεις από τις αρχές αυτές. Το στοιχείο αυτό, επίσης, συνηγορεί υπέρ της εφαρμογής της νομολογίας Teckal σε περιπτώσεις κατά τις οποίες οι αρχές της απαγορεύσεως των δυσμενών διακρίσεων και της διαφάνειας απορρέουν ευθέως από τα θεμελιώδη δικαιώματα και δεν συγκεκριμενοποιούνται με τις οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων.

48. Η συνδρομή στην υπό κρίση περίπτωση των δύο κριτηρίων της νομολογίας Teckal, γεγονός που θα συνεπαγόταν απαλλαγή της αναθέτουσας αρχής από την υποχρέωση τηρήσεως των προϋποθέσεων που προβλέπει το κοινοτικό δίκαιο, όπως υποστηρίζουν

36 — Η χρήση, στην απόφαση Stadt Halle και στην πλειονότητα των γλωσσικών αποδόσεων της αποφάσεως Teckal, της λέξεως «με» είναι ασυνήθης στο συγκεκριμένο γλωσσικό συγκείμενο, δεδομένου ότι κατά κανόνα δεν πρόκειται για συμπτραφή μεταξύ δύο επιχειρήσεων, αλλά για σχέση στο πλαίσιο της οποίας μια δημόσια επιχείρηση εκπληρώνει ορισμένα καθήκοντα ή παρέχει υπηρεσίες για τη δημόσια αρχή που την ελέγχει, συνήθως δε για έναν οργανισμό τοπικής αυτοδιοικήσεως.

37 — Οδηγία 93/37/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύνταξη συμβάσεων δημοσίων έργων (ΕΕ L 199, σ. 54), η οποία, εν τω μεταξύ, καταργήθηκε και αντικαταστάθηκε από την οδηγία 2004/18.

38 — Ως προς την οδηγία 92/50, βλ. προαναφερθείσα στην υποσημείωση 4 απόφαση Stadt Halle (σκέψεις 47 και 49) υπό την έννοια αυτή μπορούσε να ερμηνευθεί ήδη η προαναφερθείσα στην υποσημείωση 32 απόφαση ARGÉ (σκέψη 40). Όσον αφορά την οδηγία 93/37, βλ. προαναφερθείσα στην υποσημείωση 33 απόφαση Επιτροπή κατά Ισπανίας (σκέψη 39).

39 — Ως προς τη μη εφαρμογή της οδηγίας 92/50 σε περίπτωση όπως η εν προκειμένω επίμαχη, βλ. την εξέταση του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος (σημεία 27 έως 33 των προτάσεων μου).

40 — Συναφώς, βλ., μεταξύ άλλων, την έκτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 92/50 και τη δεύτερη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2004/18, καθώς και τις αποφάσεις της 3ης Οκτωβρίου 2000, C-380/98, University of Cambridge (Συλλογή 2000, σ. I-8035, σκέψη 16), και της 12ης Δεκεμβρίου 2002, C-470/99, Universale-Bau κ.λπ. (Συλλογή 2002, σ. I-11617, σκέψη 51). Βλ., επίσης, σημεία 35 έως 37 των προτάσεων μου.

ο Δήμος Βrixen, η Stadtwerke Brixen AG και η Ιταλική Κυβέρνηση, εξαρτάται από τη συνολική εκτίμηση όλων των περιστάσεων της υπό κρίση υποθέσεως.

α) Πρώτο κριτήριο κατά τη νομολογία Teckal: έλεγχος ανάλογος προς τον ασκούμενο επί των ιδίων υπηρεσιών

49. Σύμφωνα με το πρώτο κριτήριο της νομολογίας Teckal, η εξομοίωση με εσωτερική ανάθεση προϋποθέτει ότι η αναθέτουσα αρχή ασκεί επί του αντισυμβαλλομένου της έλεγχο ανάλογο αυτού που ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών.

50. Η Επιτροπή αμφισβητεί για δύο λόγους ότι το κριτήριο αυτό ισχύει σε μια περίπτωση όπως της Stadtwerke Brixen AG. Πρώτον, το κεφάλαιο της Stadtwerke Brixen AG πρέπει, εκ του νόμου, να περιλάβει στο μέλλον επενδύσεις τρίτων και, δεύτερον, τα όργανα της ανώνυμης αυτής εταιρίας δύνανται να διενεργούν τις πράξεις τρέχουσας διαχείρισεως υπό καθεστώς ευρείας αυτονομίας. Το δεύτερο αυτό στοιχείο προέβαλαν, επίσης, η Parking Brixen GmbH και η Αυστριακή Κυβέρνηση.

ι) Η αδυναμία ασκήσεως ελέγχου ανάλογου προς τον ασκούμενο επί των ιδίων υπηρεσιών σε περίπτωση ιδιωτικής συμμετοχής

51. Οι σχετικές σκέψεις στηρίζονται στην πρόσφατη απόφαση Stadt Halle. Με την

απόφαση αυτή το Δικαστήριο διευκρίνισε το πρώτο κριτήριο της νομολογίας Teckal, υπό την έννοια ότι κάθε ιδιωτική συμμετοχή, ακόμη και μειοψηφική, αποκλείει την περίπτωση ασκήσεως εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ελέγχου ανάλογου προς αυτόν που ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών⁴¹.

52. Η διευκρίνιση αυτή καταδεικνύει ότι η νομολογία καθιερώνει, με το κριτήριο του ανάλογου προς τον ασκούμενο επί των ιδίων υπηρεσιών ελέγχου, μια προϋπόθεση αυστηρότερη σε σχέση, π.χ., με το δίκαιο του ανταγωνισμού. Το γεγονός, επομένως, ότι η αναθέτουσα αρχή κατέχει την πλειοψηφία του κεφαλαίου της θυγατρικής της εταιρίας, διαθέτει την πλειοψηφία των ψήφων και διορίζει στην πλειοψηφία τους τα μέλη των οργάνων της επιχειρήσεως αυτής, σε συνδυασμό με ενδεχόμενες συμφωνίες μεταξύ των εταίρων, οδηγούν στο συμπέρασμα ότι υφίσταται έλεγχος κατά την έννοια του δικαίου του ανταγωνισμού⁴² και καθιστούν τη θυγατρική εταιρία δημόσια επιχείρηση κατά την έννοια του άρθρου 86, παράγραφος 1, ΕΚ⁴³. εντούτοις, τα στοιχεία αυτά δεν αρκούν για την απόδειξη ασκήσεως ελέγχου ανάλογου προς τον ασκούμενο επί των ιδίων υπηρεσιών.

53. Η παρουσία και μόνον ενός ιδιώτη τρίτου, έστω και υπό τη μορφή μειοψηφικής

41 — Προαναφερθείσα στην υποσημείωση 4 απόφαση Stadt Halle (σκέψεις 49 και 52).

42 — Βλ., συναφώς, ως προς την έννοια του ελέγχου σε περίπτωση συγκεντρώσεως επιχειρήσεων, τα σημεία 13, 14 και 18 ειρ. της ανακοινώσεως της Επιτροπής σχετικά με την έννοια της συγκεντρώσεως βάσει του κανονισμού (ΕΟΚ) 4064/89 του Συμβουλίου, για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων (ΕΕ 1998, C 66, σ. 5).

43 — Βλ. άρθρο 2 της οδηγίας 80/723/ΕΟΚ της Επιτροπής, της 25ης Ιουνίου 1980, περί της διαφάνειας των οικονομικών σχέσεων μεταξύ των κρατών μελών και των δημοσίων επιχειρήσεων (ΕΕ L 195, σ. 35, όπως τροποποιήθηκε εσχάτως με την οδηγία 2000/52/ΕΚ της Επιτροπής, της 26ης Ιουλίου 2000, ΕΕ L 193, σ. 75).

συμμετοχής χωρίς δικαίωμα βέτο, αποκλείει την άσκηση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ελέγχου ανάλογο προς τον ασκούμενο επί των ιδίων υπηρεσιών. Πράγματι, η παρουσία ιδιώτη τρίτου συνεπάγεται πάντοτε έναν ελάχιστο βαθμό συνεκτιμήσεως, εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, των συμφερόντων του εν λόγω τρίτου — άλλωστε, μόνον υπό αυτή την προϋπόθεση θα δεχθεί κατά κανόνα μια ιδιωτική επιχείρηση να διαθέσει στη δημόσια αρχή την τεχνολογία ή την οικονομική της ισχύ. Επομένως, όταν ένας ιδιώτης τρίτος συμμετέχει, ενδεχομένως κατόπιν διεξαγωγής δημόσιου διαγωνισμού, σε μια επιχείρηση, τότε η σύγκρουση των οικονομικών του συμφερόντων με τους σκοπούς δημόσιου συμφέροντος της δημόσιας αρχής μπορεί να έχει ως συνέπεια τη μη πλήρη εκπλήρωση των σκοπών δημόσιου συμφέροντος εκ μέρους της αρχής αυτής, έστω και αν αυτό είναι δυνατό μόνον από αυστηρώς νομικής απόψεως. Η συνύπαρξη αυτή δημόσιου και ιδιωτικού συμφέροντος διακρίνει ουσιαδώς τις καλούμενες «επιχειρήσεις μεικτής οικονομίας» από τις απλές υπηρεσίες της διοικήσεως⁴⁴.

54. Δεδομένου ότι η δημόσια αρχή δεν είναι δυνατό να ασκεί επί των επιχειρήσεων μεικτής οικονομίας έλεγχο ανάλογο προς αυτόν που ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών, όλες οι νομικές πράξεις που συνάπτονται μεταξύ των αναθετουσών αρχών και των θυγατρικών τους επιχειρήσεων μεικτής οικονομίας υπόκεινται, κατ' αρχήν, στις διατάξεις του δικαίου των δημόσιων συμβάσεων, και ιδίως στις αρχές της απαγορεύσεως των δυσμενών διακρίσεων και της διαφάνειας.

ii) Η μελλοντική δυνατότητα συμμετοχής τρίτων στο εταιρικό κεφάλαιο

55. Κατά τον χρόνο αναθέσεως της διαχειρίσεως των δύο χώρων σταθμεύσεως, αλλά και μεταγενέστερα, η Stadtwerke Brixen AG δεν είχε τη μορφή επιχειρήσεως μεικτής οικονομίας, αλλά θυγατρικής εξ ολοκλήρου ανήκουσας στον Δήμο Brixen. Πάντως, ο δήμος όφειλε, το αργότερο εντός δύο ετών από της μετατροπής της θυγατρικής επιχειρήσεως σε ανώνυμη εταιρία, να εγκαταλείψει τη θέση του μοναδικού μετόχου υπέρ μιας απλής πλειοψηφικής συμμετοχής⁴⁵.

56. Η αρχή της ασφάλειας δικαίου επιτάσσει να κρίνεται η υποχρέωση διεξαγωγής διαγωνισμού για την ανάθεση του αντικειμένου δημόσιας συμβάσεως πάντοτε αναδρομικά, ήτοι κατά την ημερομηνία συνάψεως της συμβάσεως. Πράγματι, πρέπει να είναι δυνατό, τόσο από την άποψη της αναθέτουσας αρχής και του αντισυμβαλλομένου της όσο και από την άποψη των αποκλεισθέντων υποψηφίων, να εκτιμάται αν έπρεπε να ακολουθηθεί ή όχι διαδικασία διαγωνισμού. Η συνεκτίμηση μεταγενέστερων περιστάσεων είναι δυνατή μόνον εφόσον η επέλευσή τους ήταν απολύτως προβλέψιμη κατά τον χρόνο συνάψεως της συμβάσεως.

44 — Αυτό υποδηλώνεται στην προαναφερθείσα στην υποσημείωση 4 απόφαση Stadt Halle (σκέψη 50). Ως προς την έννοια της επιχειρήσεως μεικτής οικονομίας, βλ., μεταξύ άλλων, σημείο 58 των προαναφερθεισών στην υποσημείωση 3 προτάσεων της γενικής εισαγγελείας Stix-Hackl στην υπόθεση Stadt Halle.

45 — Βλ. αφενός, άρθρο 115 του νομοθετικού διατάγματος 267/2000 και, αφετέρου, άρθρο 88, παράγραφος 6, στοιχείο β, των κωδικοποιημένων διατάξεων για την Περιφέρεια Trentino-Südtirol και άρθρο 5, παράγραφος 2, του καταστατικού της Stadtwerke Brixen AG.

57. Η απώλεια της κατά 100 % κατοχής εκ μέρους του Δήμου Βrixen του κεφαλαίου της θυγατρικής του εταιρίας θα μπορούσε να θεωρηθεί απολύτως προβλέψιμη αν *επέκειτο* η συμμετοχή στην εταιρία *συγκεκριμένως ιδιώτη τρίτου*.

58. Η Επιτροπή βαίνει πέραν του σημείου αυτού, υποστηρίζοντας ότι, σε περίπτωση όπως η εν προκειμένω επίμαχη, η απώλεια της κατά 100 % κατοχής εκ μέρους του Δήμου Βrixen του κεφαλαίου της θυγατρικής του εταιρίας ήταν, εκ του νόμου και μόνον, απολύτως προβλέψιμη και έπρεπε να ληφθεί υπόψη ήδη κατά τον χρόνο παραχωρήσεως της διαχειρίσεως των χώρων σταθμίσσεως.

59. Εντούτοις, μια νομοθετική διάταξη όπως το άρθρο 115 του νομοθετικού διατάγματος 267/2000 καθιερώνει —μολονότι ακόμη και αυτό αμφισβητείται⁴⁶— απλή *υποχρέωση* πωλήσεως μετοχών εντός ορισμένης προθεσμίας. Η απάντηση στο ερώτημα αν, και τότε, επήλθε *πράγματι* πώληση και μεταβίβαση εταιρικών μεριδίων σε τρίτον εξαρτάται από διάφορες περιστάσεις, των οποίων η επέλευση ουδόλως διασφαλίζεται με την απλή ύπαρξη της νομικής αυτής υποχρέωσης. Συγκεκριμένα, ουδόλως μπορεί να αποκλειστεί ότι δεν θα βρεθεί κανένας ενδιαφερόμενος διατεθειμένος να συμμετάσχει στην οικεία επιχείρηση υπό τους προτεινόμενους όρους. Η υπό κρίση περι-

πτωση είναι ενδεικτική: όπως προκύπτει από τα στοιχεία που προέβησαν ο Δήμος Βrixen και η Stadtwerke Brixen AG κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, ουδείς τρίτος συμμετέχει μέχρι σήμερα στο κεφάλαιο της Stadtwerke Brixen AG.

60. Ούτε τα συμφέροντα των εταιρών μπορούν να συγκριθούν, προς το παρόν, με τα συμφέροντα που χαρακτηρίζουν μια εταιρία μεικτής οικονομίας. Πράγματι, καθόσον υφίσταται υποχρέωση *μελλοντικής* συμμετοχής τρίτων στο κεφάλαιο της εταιρίας, χωρίς όμως να έχει βρεθεί συγκεκριμένος τρίτος που να ενδιαφέρεται να συμμετάσχει στην εταιρία, η αναθέτουσα αρχή δεν έχει λόγο να λαμβάνει υπόψη τα συμφέροντα του ιδιώτη αυτού επενδυτή κατά τη σύναψη με τη θυγατρική της εταιρία συμβάσεως παροχής υπηρεσιών ή κατά την παραχώρηση δημόσιας υπηρεσίας.

61. Η Επιτροπή εκφράζει τους φόβους της ότι ένας τρίτος μπορεί, *κατά τη διάρκεια* της (ενδεχομένως μακράς⁴⁷) ισχύος μιας παραχωρήσεως δημόσιας υπηρεσίας, να αποκτήσει μερίδα στην ανώνυμη εταιρία και να απολαύσει, ως εκ τούτου, τα οικονομικά οφέλη εκ της παραχωρήσεως. Πρέπει να επισημανθεί, συναφώς, ότι ο κίνδυνος να ευνοηθεί ένας μεταγενέστερος ιδιώτης επενδυτής έναντι άλλων ιδιωτικών επιχειρήσεων⁴⁸ δεν είναι ανάγκη να αντιμετωπίζεται ήδη κατά τον χρόνο της παραχωρήσεως στη θυγατρική της δημόσιας αρχής επιχείρηση, αλλά, αντιθέτως, αρκεί να λαμβάνονται τα κατάλληλα *μέτρα κατά τον χρόνο επιλογής του τρίτου*, ήτοι προ της μεταβίβασεως προς

46 — Από την επ' ακροατηρίου συζήτηση προέκυψε ότι μεταξύ των μετεχόντων στη διαδικασία επικρατεί διαφωνία ως προς το αν το άρθρο 115 του νομοθετικού διατάγματος 267/2000 καθιερώνει νομική *υποχρέωση* του δήμου να καταστήσει το εταιρικό κεφάλαιο της Stadtwerke Brixen AG προσιτό σε επενδύσεις τρίτων ή αν ο δήμος δύναται να παραμείνει μακροπρόθεσμα μοναδικός μέτοχος. Ο Δήμος Βrixen επικαλείται, συναφώς, το άρθρο 2362 του *codice civile* (Ιταλικού Αστικού Κώδικα, όπως τροποποιήθηκε με το νομοθετικό διάταγμα 6/17.1.2003 του Προέδρου της Δημοκρατίας, *GURI* υπ' αριθ. 17 της 22ας Ιανουαρίου 2003, τακτικό συμπλήρωμα υπ' αριθ. 8), σύμφωνα με το οποίο επιτρέπεται στην Ιταλία η ύπαρξη ανώνυμων εταιριών με έναν μοναδικό μέτοχο.

47 — Εν προκειμένω συμφωνήθηκε για τον χώρο σταθμίσσεως επί του γαιοτεμαχίου 491/6 χρονική διάρκεια εννέα ετών· βλ. σημείο 14 των προτάσεών μου.

48 — Προαναφερθείσα στην υποσημείωση 4 απόφαση Stadt Halle (σκέψη 51).

αυτόν μεριδιών της εταιρίας. Πράγματι, οι θεμελιώδεις ελευθερίες⁴⁹ επιτάσσουν, σε περίπτωση συμμετοχή ιδιώτη τρίτου σε δημόσια επιχείρηση, την τήρηση των αρχών της απαγορεύσεως των δυσμενών διακρίσεων και της διαφάνειας, ιδίως δε την εξασφάλιση επαρκούς βαθμού δημοσιότητας⁵⁰.

62. Για τους λόγους αυτούς, η νομική υποχρέωση παροχής στους τρίτους, εντός ορισμένης προθεσμίας, της δυνατότητας συμμετοχής στο κεφάλαιο εταιρίας δεν αρκεί, αυτή και μόνον, προς απόδειξη του ότι η αναθέτουσα αρχή δεν ασκεί επί της εταιρίας αυτής έλεγχο ανάλογο προς αυτόν που ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών.

iii) Η εξουσία των οργάνων ανώνυμης εταιρίας να ασκούν την τρέχουσα διαχείριση υπό καθεστώς αυτονομίας

63. Αμφιβολίες ως προς την άσκηση ελέγχου ανάλογου προς τον ασκούμενο επί των ιδίων υπηρεσιών μπορεί, πάντως, να γεννηθεί, ανεξαρτήτως των διαφόρων συμμετοχών στην εταιρία, το γεγονός ότι τα όργανα μιας εταιρίας, όπως η Stadtwerke Brixen AG, είναι εξουσιοδοτημένα να ασκούν την τρέ-

χουσα διαχείριση υπό καθεστώς ευρείας αυτονομίας⁵¹. Τις επιφυλάξεις αυτές εξέφρασαν όχι μόνον η Parking Brixen GmbH, η Αυστριακή Κυβέρνηση και η Επιτροπή, αλλά και το αιτούν δικαστήριο.

64. Συναφώς, επιβάλλεται να γίνει διάκριση μεταξύ των εξωτερικών σχέσεων της δημόσιας επιχειρήσεως με άλλες επιχειρήσεις και των εσωτερικών της σχέσεων με τον δήμο.

65. Η αναγνώριση ευρείων εξουσιών διαχειρίσεως στα όργανα μιας δημόσιας επιχειρήσεως όσον αφορά τις εξωτερικές σχέσεις δεν αρκεί προς απόδειξη του ότι ο δήμος δεν ασκεί επί της εταιρίας αυτής έλεγχο ανάλογο προς αυτόν που ασκεί επί των δικών του υπηρεσιών. Αντιθέτως, αρμοδιότητες αυτού του είδους στο πλαίσιο των εξωτερικών σχέσεων είναι γενικώς αναγκαίες για την εξασφάλιση ικανότητας δράσεως, για την απρόσκοπτη άσκηση της τρέχουσας διαχειρίσεως, ακόμη και για την προστασία των συμφερόντων των τρίτων⁵². Εξάλλου, δεν είναι σπάνιο το φαινόμενο, στους κόλπους της διοικήσεως, να ανατίθενται στους εκπροσώπους ορισμένων οργανισμών, π. χ. στον δήμαρχο, στον πρόεδρο του συμβουλίου μιας διοικητικής Περιφέρειας ή στους προϊσταμένους υπηρεσιών του δημοσίου, σχετικώς ευρείες εξουσίες προς εκπροσώπηση προς τα έξω του οικείου φορέα.

51 — Όπως τόνισε το αιτούν δικαστήριο με το δεύτερο ερώτημά του, το διοικητικό συμβούλιο της Stadtwerke Brixen AG «είναι εξουσιοδοτημένο να διενεργεί κάθε πράξη τακτικής διαχειρίσεως της οποίας η αξία δεν υπερβαίνει το ποσό των 5 εκατομμυρίων ευρώ».

52 — Βλ. άρθρο 9 και δεύτερη αιτιολογική σκέψη της πρώτης οδηγίας 68/151/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 9ης Μαρτίου 1968, περί συντονισμού των εγγυήσεων που απαιτούνται στα κράτη μέλη εκ μέρους των εταιριών, κατά την έννοια του άρθρου 58, δεύτερη παράγραφος, της συνθήκης, για την προστασία των συμφερόντων των εταιριών και των τρίτων με σκοπό να καταστούν οι εγγυήσεις αυτές ισοδύναμες (ΕΕ ειδ. έκδ. 06/001, σ. 80).

49 — Ελευθερία εγκαταστάσεως (άρθρο 43 ΕΚ) και ελεύθερη κυκλοφορία κεφαλαίων (άρθρο 56, παράγραφος 1, ΕΚ).

50 — Βλ., συναφώς, σημεία 35 έως 39 των προτάσεών μου.

66. Για τον λόγο αυτό, η απάντηση στο εν προκειμένω επίμαχο ζήτημα του *ελέγχου εξαρτάται κυρίως από τη φύση των εσωτερικών σχέσεων* μεταξύ του δήμου και της Stadtwerke Brixen AG. Το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει, συναφώς, ότι η αυτονομία της Stadtwerke Brixen AG ενισχύθηκε σημαντικά σε σχέση με την προκάτοχό της, τη θυγατρική επιχείρηση Stadtwerke Brixen. Συγκεκριμένα, ενώ η Stadtwerke Brixen υπέκειτο στον άμεσο έλεγχο και στην εξουσία λήψεως αποφάσεων του δημοτικού συμβουλίου, ο δήμος διαθέτει πλέον, έναντι της ανώνυμης εταιρίας, μόνον τα μέσα που του παρέχει το εταιρικό δίκαιο. Η Επιτροπή και η Parking Brixen GmbH προβάλλουν ανάλογη επιχειρηματολογία.

67. Ο έλεγχος που ασκούν οι δημόσιες αρχές επί των διοικητικών τους υπηρεσιών χαρακτηρίζεται, από νομικής απόψεως, κυρίως από το διευθυντικό δικαίωμα και την εποπτική εξουσία. Στο εσωτερικό μιας δημόσιας αρχής, η διεύθυνση έχει, π.χ., κατά κανόνα δικαίωμα να απευθύνει οδηγίες στις ιεραρχικά υποκείμενες υπηρεσίες. Έναντι των ιεραρχικών υποκείμενων αρχών υφίσταται, ομοίως, συνήθως διευθυντικό δικαίωμα ή, τουλάχιστον, δυνατότητα ελέγχου και τροποποιήσεως αποφάσεων βάσει της εποπτικής εξουσίας.

68. Οι διευθυντικές ή εποπτικές εξουσίες αυτού του είδους αποτελούν αναμφίβολα την εξαίρεση στις σχέσεις με τα διοικητικά όργανα των δημόσιων επιχειρήσεων, ιδίως όταν οι επιχειρήσεις αυτές έχουν τη μορφή ανώνυμης εταιρίας ή εταιρίας περιορισμένης ευθύνης. Επομένως, η απαίτηση από τον κατέχοντα μερίδια συμμετοχής δημόσιο οργανισμό να διαθέτει έναντι του αντι-

συμβαλλομένου του τις ίδιες *νομικές* δυνατότητες επιρροής που διαθέτει έναντι των δικών του υπηρεσιών του θα απέκλειε, κατ' ουσίαν, την εφαρμογή του πρώτου κριτηρίου της νομολογίας Teckal ως προς τις κεφαλαιουχικές εταιρίες ιδιωτικού δικαίου. Οι αναθέτουσες αρχές θα όφειλαν, προ της συνάψεως συμβάσεων με τις θυγατρικές τους ανώνυμες ή περιορισμένης ευθύνης εταιρίες, *ακόμη και αν αποτελούσαν τον μοναδικό εταίρο* των εταιριών αυτών, να τηρούν σε κάθε περίπτωση τις διατάξεις του δικαίου των δημόσιων συμβάσεων και να αναθέτουν ενδεχομένως την παροχή δημόσιου χαρακτήρα υπηρεσιών στους τρίτους που υποβάλλουν καλύτερη προσφορά. Υπό τις συνθήκες αυτές, η απλή ανάθεση παροχής υπηρεσιών σε τέτοιες εταιρίες, μεταξύ άλλων σε ευαίσθητους τομείς όπως η υδροδότηση, θα ισοδυναμούσε κατ' ανάγκην με *έναρξη ιδιωτικοποιήσεως των αντίστοιχων τομέων*.

69. Η μετατροπή των ιδίων επιχειρήσεων σε ανώνυμες εταιρίες ή εταιρίες περιορισμένης ευθύνης μπορεί, βεβαίως, σε ορισμένες περιπτώσεις να έχει αποφασισθεί ως ένα πρώτο βήμα προς την ιδιωτικοποίηση των οικείων τομέων. Τούτο, όμως, δεν συμβαίνει πάντοτε. Ενδέχεται κάλλιστα να πρόκειται για απλό εσωτερικό μέτρο αναδιοργανώσεως με σκοπό, π. χ., την παροχή φθηνότερων και, ως εκ τούτου, αποτελεσματικότερων υπηρεσιών ή την ελαστικότερη διαμόρφωση των καταστατικών δικαιωμάτων του προσωπικού, χωρίς ο οικείος οργανισμός τοπικής αυτοδιοικήσεως να έχει κατ' ανάγκην την πρόθεση να απεκδυθεί των καθηκόντων του. Επιπλέον, η επιλογή της νομικής μορφής της ανώνυμης εταιρίας ή της εταιρίας περιορισμένης ευθύνης είναι δυνατό να συμβάλει, δυνάμει των εφαρμοστέων διατάξεων περί της καταρτίσεως

ισολογισμού, στην επίτευξη του θεμιτού σκοπού της ενισχύσεως της διαφάνειας⁵³.

70. Εάν γινόταν δεκτό ότι οι διατάξεις του δικαίου των δημόσιων συμβάσεων εφαρμόζονται και επί των δικαιοπραξιών που συνάπτουν οι αναθέτουσες αρχές με τις κατά ποσοστό 100 % θυγατρικές τους εταιρίες, τότε η ιδιωτικού δικαίου νομική μορφή της ανώνυμης εταιρίας ή της εταιρίας περιορισμένης ευθύνης δεν θα μπορούσε πλέον να χρησιμοποιείται για τον σκοπό της αμιγώς εσωτερικής αναδιοργανώσεως του οργανισμού τοπικής αυτοδιοικήσεως. Ο οργανισμός αυτός δεν θα είχε πλέον άλλη επιλογή από την ιδιωτικοποίηση του τομέα που καλύπτουν οι αρμοδιότητές του⁵⁴ ή την ενδοϋπηρεσιακή εκτέλεση των καθηκόντων αυτών από διοικητικές υπηρεσίες ή ανήκουσες σε αυτόν επιχειρήσεις, οι οποίες είναι ενταγμένες στη διοικητική ιεραρχία και δεν διαθέτουν ουσιαστική αυτονομία. Σε ορισμένες περιπτώσεις, θα ήταν νοητή έως και η επιστροφή στην παλαιότερη κατάσταση με τη επαναμετατροπή των θυγατρικών εταιριών σε επιχειρήσεις ανήκουσες στους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοικήσεως.

71. Μια τόσο εκτεταμένη επέμβαση στην εξουσία των κρατών μελών, ιδίως δε στην αυτοτέλεια ενός ιδιαίτερος μεγάλου αριθμού

οργανισμών τοπικής αυτοδιοικήσεως⁵⁵, δεν είναι αναγκαία, λαμβανομένης υπόψη επίσης της επιδιωκόμενης μέσω του δικαίου των δημόσιων συμβάσεων απελευθερώσεως των αγορών. Πράγματι, το δικαιο των δημόσιων συμβάσεων αποσκοπεί στην εξασφάλιση επιλογής του αντισυμβαλλομένου μέσω διαφανών και αποκλεισively δυσμενείς διακρίσεις διαδικασιών σε όλους τους τομείς όπου η δημόσια αρχή έχει αποφασίσει να εκτελέσει τα καθήκοντά της με τη βοήθεια τρίτων. Αντιθέτως, το δικαιο των δημόσιων συμβάσεων δεν αποσκοπεί στην ιδιωτικοποίηση «διά της τεθλασμένης» ακόμη και των υπηρεσιών δημόσιου συμφέροντος που η δημόσια αρχή αποφασίζει να εξακολουθήσει να παρέχει με τα δικά της μέσα⁵⁶, για τον λόγο αυτό, απαιτούνται, πολύ περισσότερο, συγκεκριμένες πρωτοβουλίες του νομοθέτη υπέρ της απελευθερώσεως των αγορών⁵⁷.

72. Εν πάση περιπτώσει, από τη φράση της αποφάσεως Teckal «έλεγχος ανάλογο

53 — Βλ., ιδίως, άρθρα 2 επ. της οδηγίας 68/151, καθώς και άρθρα 2 και 47 της τετάρτης οδηγίας 78/660/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 25ης Ιουλίου 1978, βασισμένης στο άρθρο 54, παράγραφος 3, περίπτωση ζ', της Συνθήκης, περί των ετησίων λογαριασμών εταιριών ορισμένων μορφών (ΕΕ ειδ. έκδ. 06/002, σ. 17).

54 — Μια ελεγχόμενη από το δημόσιο επιχείρηση, υπό τη μορφή ανώνυμης εταιρίας ή εταιρίας περιορισμένης ευθύνης, θα έπρεπε ενδεχομένως να ανταγωνισθεί άλλους δυνατικούς υποψηφίους για την επίμαχη ανάθεση ή παραχώρηση.

55 — Συναφώς, μπορεί να γίνει μνεία του Ευρωπαϊκού Χάρτη για την Τοπική Αυτοδιοίκηση της 15ης Οκτωβρίου 1995 (σειρά ευρωπαϊκών συνθηκών, αριθ. 122), τον οποίο επικύρωσαν τα περισσότερα κράτη μέλη στο πλαίσιο του Συμβουλίου της Ευρώπης. Το άρθρο 6, παράγραφος 1, αυτού προβλέπει ότι οι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοικήσεως «μπορούν να καθορίζουν οι ίδιοι τις εσωτερικές διοικητικές δομές τους, προκειμένου να προσαρμόζονται στις ειδικές τους ανάγκες και να διασφαλίζουν αποτελεσματική διαχείριση». Η σημασία της τοπικής αυτοδιοικήσεως συνάγεται και από τη ρητή αναφορά στο άρθρο I-5, παράγραφος 1, της Συνθήκης για τη θέσπιση Συντάγματος της Ευρώπης, η οποία υπογράφηκε στη Ρώμη στις 29 Οκτωβρίου 2004 (ΕΕ C 310, σ. 1).

56 — Βλ., συναφώς, σημείο 42 των προτάσεων μου.

57 — Βλ., συναφώς, τα στάδια απελευθερώσεως του τομέα των τηλεπικοινωνιών, προσφάτως με την οδηγία 2002/77/ΕΚ της Επιτροπής, της 16ης Σεπτεμβρίου 2002, σχετικά με τον ανταγωνισμό στις αγορές δικτύων και υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών (ΕΕ L 249, σ. 21). Βλ., επίσης, την τροποποιημένη πρόταση κανονισμού του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, σχετικά με δράσεις των κρατών μελών για τους όρους παροχής δημόσιας υπηρεσίας στον τομέα των σιδηροδρομικών, οδικών και εσωτερικών πλοτών συγκοινωνιών [COM(2002) 107 τελικό, ΕΕ 2002, C 151 E, σ. 146].

προς»⁵⁸ προκύπτει ότι οι δυνατότητες επιρροής επί των ιδίων υπηρεσιών και επί των δημόσιων επιχειρήσεων δεν πρέπει κατ' ανάγκη να ταυτίζονται. Καθοριστικό για τη διαπίστωση αναλογίας μεταξύ μιας εταιρίας και μιας διοικητικής υπηρεσίας ή, αντιθέτως, άλλων επιχειρήσεων της αγοράς δεν είναι το αν η δημόσια αρχή διαθέτει από τυπικής απόψεως τις ίδιες νομικές δυνατότητες επιρροής όπως έναντι των δικών της υπηρεσιών, π.χ. διευθυντικό δικαίωμα σε συγκεκριμένη περίπτωση. Αντιθέτως, καθοριστικής σημασίας είναι το αν η δημόσια αρχή δύναται πράγματι, ανά πάσα στιγμή, να επιβάλλει πλήρως στην εταιρία τους σκοπούς δημοσίου συμφέροντος που η ίδια επιδιώκει. Μόνον εφόσον η εταιρία διαθέτει στην πράξη τόσο ευρεία αυτονομία⁵⁹ ώστε η δημόσια αρχή να μη δύναται πλέον να επιβάλλει πλήρως στην εταιρία τους σκοπούς δημοσίου συμφέροντος που η ίδια επιδιώκει, δεν είναι πλέον δυνατό να γίνεται λόγος για έλεγχο ανάλογο προς τον ασκούμενο επί των ιδίων υπηρεσιών.

73. Αυτή η προσανατολισμένη στη φύση των συμφερόντων ερμηνεία καθίσταται ιδιαιτέρως σαφής με την απόφαση Stadt Halle⁶⁰, η οποία, στο πλαίσιο της ερμηνείας του πρώτου κριτηρίου της νομολογίας Teckal, αναφέρεται ρητώς στην *επιδίωξη σκοπών δημοσίου συμφέροντος*. Σύμφωνα με την απόφαση Stadt Halle, η υποχρέωση επιτεύξεως των σκοπών δημόσιου συμφέροντος υπαγορεύει τις δυνατότητες επιρροής που η

δημόσια αρχή έχει πράγματι ανάγκη έναντι των υπηρεσιών της⁶¹.

74. Όσον αφορά τις πραγματικές αυτές δυνατότητες επιρροής, ισχύουν, τηρουμένων των αναλογιών, τα προεκτεθέντα με το σημείο 53 των προτάσεών μου: όταν ένας ιδιώτης τρίτος συμμετέχει σε μια επιχείρηση, έστω και υπό τη μορφή μειοψηφικής συμμετοχής, τότε η συνεκτίμηση των οικονομικών του συμφερόντων μπορεί να έχει ως συνέπεια τη μη πλήρη εκπλήρωση των σκοπών δημοσίου συμφέροντος εκ μέρους της δημόσιας αρχής αυτής, έστω και αν αυτό είναι δυνατό μόνον από αυστηρώς νομικής απόψεως. Αντιθέτως, αν η θυγατρική ανήκει εξ ολοκλήρου στην αναθέτουσα αρχή, τότε τα συμφέροντα των δύο μπορεί κατ' αρχήν να θεωρηθεί ότι εν πολλοίς συμπίπτουν, ακόμη και αν η θυγατρική έχει τη μορφή ανώνυμης εταιρίας ή εταιρίας περιορισμένης ευθύνης. Στην περίπτωση αυτή, ο μοναδικός κάτοχος μεριδίων στην επιχείρηση συμμετέχει σε ποσοστό 100 % στα κέρδη αυτής και δύναται να αποφασίζει ο ίδιος για τη διάθεση τους.

75. Καθόσον η δημόσια αρχή, κατέχοντας το σύνολο των μεριδίων της εταιρίας, δεν είναι υποχρεωμένη να λαμβάνει υπόψη τα οικονομικά συμφέροντα ιδιωτών τρίτων, η επικράτηση των συμφερόντων δημόσιου χαρακτήρα στο εσωτερικό της εταιρίας είναι επαρκώς διασφαλισμένη, έστω και χωρίς την ύπαρξη διευθυντικού δικαίωματος με την τεχνική έννοια του όρου, με τα μέσα που παρέχει το δίκαιο των εταιριών και μόνον,

58 — Η υπογράμμιση δική μου. Αντιθέτως προς τις περισσότερες γλωσσικές αποδόσεις της απόφασης Teckal, η γερμανική δεν περιείχε τη λέξη «ανάλογος». Η ασυμφωνία αυτή διορθώθηκε με την απόφαση Stadt Halle.

59 — Με την προαναφερθείσα στην υποσημείωση 2 απόφαση Teckal (σκέψη 51) γίνεται επίσης λόγος για την εξουσία της αναθέτουσας αρχής προς λήψη αποφάσεων (στη γαλλική απόδοση χρησιμοποιείται το επίθετο «autonome», στην ιταλική το επίθετο «autonomo»).

60 — Προαναφερθείσα στην υποσημείωση 4 απόφαση Stadt Halle (σκέψη 50).

61 — Η σκέψη 50 της προαναφερθείσας στην υποσημείωση 4 απόφασης Stadt Halle έχει κατά λέξη ως εξής: «Η σχέση μεταξύ μιας δημόσιας αρχής, η οποία είναι αναθέτουσα αρχή, και των υπηρεσιών της διέπεται από σκέψεις και επιταγές που προσιδιάζουν στην επιδίωξη σκοπών δημοσίου συμφέροντος».

ιδίως μέσω της παρουσίας στα όργανα της εταιρίας εκπροσώπων διοριζόμενων αποκλειστικά από τη δημόσια αρχή. Πρέπει να θεωρείται εξαιρετικά απίθανο το ενδεχόμενο τα όργανα αυτά, τα οποία, εξάλλου, διατηρούν γενικώς στενούς προσωπικούς δεσμούς με τη δημόσια αρχή, να αποκλίνουν σε τέτοιο βαθμό, στο πλαίσιο της τακτικής διαχείρισης, από τη βούληση της δημόσιας αρχής που τα διόρισε ώστε να διακυβεύεται η επίτευξη των σκοπών δημόσιου συμφέροντος. Κατά κανόνα, τα διορισθέντα μέλη των οργάνων αυτών ενεργούν υπό τον φόβο της ανακλήσεως του διορισμού τους ή, τουλάχιστον, της μη ανανέωσης της θητείας τους.

76. Από το γεγονός και μόνον ότι μια εταιρία όπως η Stadtwerke Brixen AG αποτελεί ανώνυμη εταιρία της οποίας τα όργανα διαθέτουν ευρείες εξουσίες στο πλαίσιο της τακτικής διαχείρισης δεν προκύπτει ότι η εταιρία αυτή ενεργεί υπό καθεστώς αυτονομίας έναντι της δημόσιας αρχής που είναι μέτοχός της και ότι η εν λόγω δημόσια αρχή δεν ασκεί πλέον επί της εταιρίας έλεγχο ανάλογο προς αυτόν που ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών.

β) Δεύτερο κριτήριο κατά τη νομολογία Teckal: πραγματοποίηση του κύριου μέρους της δραστηριότητας του αντισυμβαλλόμενου με την ή τις αναθέτουσες αρχές που τον ελέγχουν

77. Σύμφωνα με το δεύτερο κριτήριο της νομολογίας Teckal, η εξομοίωση με εσωτερική ανάθεση προϋποθέτει επίσης ότι ο αντισυμβαλλόμενος της αναθέτουσας αρχής

πραγματοποιεί το κύριο μέρος της δραστηριότητας του με την ή τις αναθέτουσες αρχές που τον ελέγχουν.

78. Με τη διάταξη περί παραπομπής, το αιτούν δικαστήριο παραθέτει απλώς διατάξεις του καταστατικού της Stadtwerke Brixen AG. Από τις διατάξεις αυτές προκύπτει ότι το καθ' ύλην πεδίο δραστηριοτήτων της εταιρίας αυτής περιλαμβάνει μεγάλο αριθμό δραστηριοτήτων δημοσίου, κατ' ουσίαν, συμφέροντος, τις οποίες η εταιρία μπορεί να ασκεί σε τοπικό, εθνικό ή διεθνές επίπεδο⁶².

79. Εντούτοις, οι καταστατικές διατάξεις αυτού του είδους δεν ασκούν καθοριστική επιρροή. Πράγματι, αφενός, δεν είναι σπάνιο οι καταστατικές διατάξεις να διατυπώνονται με ιδιαίτερος ευρύ τρόπο, προκειμένου να καλύψουν όχι μόνον τις σε δεδομένη στιγμή υφιστάμενες, αλλά και ενδεχόμενες μελλοντικές δραστηριότητες της εταιρίας. Αφετέρου, πιθανοί *καταστατικοί περιορισμοί* του πεδίου δραστηριοτήτων μιας ανώνυμης εταιρίας δεν μπορούν να αντισταθούν έναντι τρίτων⁶³, δεδομένου ότι με το καταστατικό οι μέτοχοι της εταιρίας καθορίζουν απλώς, για τις εσωτερικές τους σχέσεις, το πλαίσιο εντός του οποίου μπορεί να κινείται η δραστηριότητά της.

80. Επομένως, αν θεωρούνταν καθοριστικής σημασίας οι από αυστηρώς νομική άποψη αποδεκτοί (κατά τον νόμο και το καταστα-

62 — Βλ., λεπτομερώς, σημείο 19 των προτάσεών μου.

63 — Άρθρο 9, παράγραφος 1, της οδηγίας 68/151.

τικό της εταιρίας) και, κατά κανόνα, ευρείς τομείς δραστηριοτήτων μιας ανώνυμης εταιρίας ή μιας εταιρίας περιορισμένης ευθύνης, τότε θα ήταν πρακτικός αδύνατο οι επιχειρήσεις αυτές να πληρούν το δεύτερο κριτήριο της νομολογίας Teckal. Υπό τις συνθήκες αυτές, οι αναθέτουσες αρχές θα όφειλαν πάντοτε, προ της συνάψεως συμβάσεων με τις θυγατρικές τους εταιρίες, να τηρούν τις διατάξεις του δικαίου των δημόσιων συμβάσεων, εφόσον οι θυγατρικές αυτές έχουν τη μορφή ανώνυμης εταιρίας ή εταιρίας περιορισμένης ευθύνης. Τούτο θα καθιστούσε την επιλογή του νομικού τύπου της ανώνυμης εταιρίας ή της εταιρίας περιορισμένης ευθύνης πολύ λιγότερο ελκυστική⁶⁴. Μια τόσο εκτεταμένη επέμβαση στην εξουσία των κρατών μελών, ιδίως δε στην αυτοτέλεια ενός ιδιαίτερου μεγάλου αριθμού οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης, δεν είναι αναγκαία, λαμβανομένης υπόψη επίσης της επιδιωκόμενης μέσω του δικαίου των δημόσιων συμβάσεων απελευθέρωσης των αγορών.

81. Αρκεί, κατόπιν τούτων, η εξέταση της *πραγματικής δραστηριότητας* της οικείας επιχειρήσεως⁶⁵. Η πραγματική δραστηριότητα μιας εταιρίας, ανεξαρτήτως της νομικής μορφής της εταιρίας αυτής, αποτελεί την ασφαλέστερη ένδειξη για το αν η επιχείρηση αυτή λειτουργεί στην αγορά όπως οι άλλες επιχειρήσεις ή αν η σχέση της με το δημόσιο είναι τόσο στενή ώστε οι συναπτόμενες μεταξύ αυτής και των αναθετουσών αρχών συμβάσεις να μπορούν να θεωρούνται εσωτερικές αναθέσεις και, ως εκ τούτου, να δικαιολογούν παρέκκλιση από τις διατάξεις του δικαίου των δημόσιων συμβάσεων.

82. Στο πλαίσιο αυτό πρέπει να τονισθεί ότι για την αναγνώριση εξαιρέσεως από τους εφαρμοστέους κανόνες του δικαίου των δημόσιων συμβάσεων αρκεί, σύμφωνα με το δεύτερο κριτήριο της νομολογίας Teckal, η οικεία επιχείρηση να πραγματοποιεί το *κύριο μέρος* της δραστηριότητάς της με την ή τις αναθέτουσες αρχές που την ελέγχουν. Συνεπώς, μια δευτερεύουσα σημασίας δραστηριότητα για λογαριασμό τρίτου δεν ασκεί επιρροή.

83. Όπως επισημάνθηκε ανωτέρω, προκειμένου να δοθεί απάντηση στο ζήτημα αυτό απαιτείται συνολική εξέταση όλων των περιστάσεων της υπό κρίση υποθέσεως. Μια δικαιοπραξία συνιστά εσωτερική ανάθεση όταν ο αντισυμβαλλόμενος της αναθέτουσας αρχής πραγματοποιεί το κύριο μέρος της δραστηριότητάς του, τόσο από *ποσοτικής* όσο και από *ποιοτικής* απόψεως, για την ή τις αναθέτουσες αρχές που τον ελέγχουν⁶⁶. Συναφώς, μια πρώτη ένδειξη μπορεί να αποτελεί το ποσοστό του κύκλου εργασιών που πραγματοποιεί η επιχείρηση αυτή από τις συμβάσεις που συνάπτει με τον δημόσιο οργανισμό που την ελέγχει. Όταν μια επιχείρηση —όπως η Stadtwerke Brixen AG— δραστηριοποιείται σε περισσότερους τομείς, πρέπει να εξετάζεται σε πόσους από τους τομείς αυτούς η επιχείρηση πραγματοποιεί το κύριο μέρος της δραστηριότητάς της για τους οργανισμούς δημόσιου δικαίου που την ελέγχουν και πόσο σημαντικός είναι

64 — Βλ., επίσης, σημεία 68 έως 71 των προτάσεών μου.

65 — Η γενική εισαγγελέας Slix-Hackl τονίζει, με το σημείο 83 των προτάσεών της στην προαναφερθείσα στην υποσημείωση 4 απόφαση Stadt Halle, ότι ενδιαφέρουν οι πραγματικές δραστηριότητες και όχι οι δυνατές βάσει του νόμου ή του καταστατικού της εταιρίας.

66 — Βλ., συναφώς, σημείο 89 των προτάσεων της γενικής εισαγγελέας Slix-Hackl στην προαναφερθείσα στην υποσημείωση 4 υπόθεση Stadt Hall.

καθένας από τους τομείς αυτούς για την επιχείρηση⁶⁷.

γ) Ενδιάμεσο συμπέρασμα

86. Συνοπτικά, πρέπει να γίνει δεκτό ότι:

84. Περαιτέρω, πρέπει να εξετάζεται ενδελεχώς η γεωγραφική ακτίνα δράσεως επιχειρήσεων όπως η Stadtwerke Brixen AG. Πράγματι, το γεγονός και μόνον ότι μια δημοτική επιχείρηση ασκεί ή δύναται να ασκήσει τις δραστηριότητές της και πέραν των ορίων του δήμου δεν αποκλείει κατ' ανάγκη το ενδεχόμενο να πραγματοποιεί το κύριο μέρος των δραστηριοτήτων της για τον δήμο αυτό. Επιβάλλεται, συνεπώς, να εξετάζεται, από ποσοτικής και ποιοτικής απόψεως, η σχέση της ασκούμενης ενδεχομένως εκτός των ορίων του δήμου δραστηριότητας της εταιρίας με τη δραστηριότητα που πραγματοποιεί για τον ή τους δημόσιους οργανισμούς που την ελέγχουν.

Ένας δήμος που αναθέτει, χωρίς προηγούμενο διαγωνισμό, την εκμετάλλευση δημόσιου χώρου σταθμεύσεως επί πληρωμή σε ανώνυμη εταιρία της οποίας είναι ο μοναδικός μέτοχος δεν παραβαίνει τα άρθρα 43 ΕΚ, 49 ΕΚ και 86 ΕΚ, καθόσον ασκεί επί της ανώνυμης αυτής εταιρίας έλεγχο ανάλογο προς αυτόν που ασκεί επί των δικών του υπηρεσιών και καθόσον η εταιρία πραγματοποιεί το κύριο μέρος των δραστηριοτήτων της για τον εν λόγω δήμο.

85. Εν πάση περιπτώσει, δεν αρκεί προς απόδειξη του ότι μια ανώνυμη εταιρία, όπως η Stadtwerke Brixen AG, δεν πραγματοποιεί το κύριο μέρος των δραστηριοτήτων της για τον δήμο που την ελέγχει το γεγονός και μόνον ότι διαθέτει, βάσει του καταστατικού της, ευρύ πεδίο δραστηριοτήτων και δυνατότητα δράσεως και εκτός των ορίων του δήμου.

Η άσκηση από τον δήμο ελέγχου ανάλογου προς αυτόν που ασκεί επί των δικών του υπηρεσιών δεν αποκλείεται από το γεγονός και μόνον ότι οφείλει εκ του νόμου να παράσχει στους τρίτους, εντός ορισμένης προθεσμίας, τη δυνατότητα συμμετοχής στο κεφάλαιο της ανώνυμης εταιρίας, ούτε από το γεγονός ότι τα όργανα της εταιρίας αυτής διαθέτουν ευρείες εξουσίες τακτικής διαχείρισεως.

Η πραγματοποίηση του κυρίου μέρους των δραστηριοτήτων για τον δήμο δεν αποκλείεται από το γεγονός και μόνον ότι το καταστατικό της ανώνυμης εταιρίας προβλέπει ευρύ καθ' ύλην και κατά τόπον πεδίο δραστηριοτήτων· καθοριστικής σημασίας είναι, συναφώς, η πραγματική δραστηριότητα της εταιρίας.

67 — Σε μια περίπτωση όπως η εν προκειμένω επίμαχη, επιβάλλεται επίσης να εξετασθεί, π. χ., ποια θέση κατέχουν στη δραστηριότητα της επιχειρήσεως οι νέοι τομείς που ανατέθηκαν στη Stadtwerke Brixen AG βάσει του καταστατικού της (ήτοι πληροφορική και τηλεπικοινωνίες, τομείς στους οποίους δεν μπορούσε να επεκταθεί η προγενέστερη ειδική επιχείρηση) και βάσει ποιου τις εντολές δραστηριοποιείται ο αυτόν τον τομέα.

VI — Πρόταση

87. Κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει ως εξής στα υποβληθέντα από το Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen, προδικαστικά ερωτήματα:

- «1) Η ανάθεση από δημόσια αρχή της διαχείρισεως δημόσιου χώρου σταθμεύσεως σε παρέχοντα υπηρεσίες, ο οποίος αμείβεται από τα τέλη που καταβάλλουν οι χρήστες του χώρου σταθμεύσεως, ενώ ο ίδιος καταβάλλει ως αντιπαροχή ετήσια αποζημίωση στην αναθέτουσα αρχή, δεν συνιστά δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών, κατά την έννοια της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών συνάψεως δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών, αλλά παραχώρηση δημόσιας υπηρεσίας, επί της οποίας δεν εφαρμόζεται η οδηγία αυτή.
- 2) Ένας δήμος που αναθέτει, χωρίς προηγούμενο διαγωνισμό, την εκμετάλλευση δημόσιου χώρου σταθμεύσεως επί πληρωμή σε ανώνυμη εταιρία της οποίας είναι ο μοναδικός μέτοχος δεν παραβαίνει τα άρθρα 43 ΕΚ, 49 ΕΚ και 86 ΕΚ, καθόσον ασκεί επί της ανώνυμης αυτής εταιρίας έλεγχο ανάλογο προς αυτόν που ασκεί επί των δικών του υπηρεσιών και καθόσον η εταιρία πραγματοποιεί το κύριο μέρος των δραστηριοτήτων της για τον εν λόγω δήμο.

Η άσκηση από τον δήμο ελέγχου ανάλογου προς αυτόν που ασκεί επί των δικών του υπηρεσιών δεν αποκλείεται από το γεγονός και μόνον ότι οφείλει εκ του νόμου να παράσχει στους τρίτους, εντός ορισμένης προθεσμίας, τη δυνατότητα συμμετοχής στο κεφάλαιο της ανώνυμης εταιρίας, ούτε από το γεγονός ότι τα όργανα της εταιρίας αυτής διαθέτουν ευρείες εξουσίες τακτικής διαχείρισεως.

Η πραγματοποίηση του κυρίου μέρους των δραστηριοτήτων για τον δήμο δεν αποκλείεται από το γεγονός και μόνον ότι το καταστατικό της ανώνυμης εταιρίας προβλέπει ευρύ καθ' ύλην και κατά τόπον πεδίο δραστηριοτήτων καθοριστικής σημασίας είναι, συναφώς, η πραγματική δραστηριότητα της εταιρίας.»