

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΗΣ ΓΕΝΙΚΗΣ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ

JULIANE KOKOTT

της 13ης Μαρτίου 2008<sup>1</sup>

**I — Εισαγωγή**

1. Στο πλαίσιο της παρούσας υποθέσεως, το αυστριακό Bundesvergabeamt υποβάλλει στο Δικαστήριο ένα μακροσκελή κατάλογο ερωτημάτων που αφορούν την ερμηνεία διαφόρων διατάξεων του κοινοτικού δικαίου που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις. Συναφώς, πρόκειται κατ' ουσίαν για την ερμηνεία της έννοιας του όρου «σύναψη» στο πλαίσιο του δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων. Ειδικότερα, ζητείται να διευκρινιστεί υπό ποιες προϋποθέσεις η τροποποίηση υφιστάμενης συμβάσεως πρέπει να θεωρείται ως σύναψη νέας δημόσιας συμβάσεως παροχής υπηρεσιών, ώστε να πρέπει να προηγηθεί, εφόσον παρίσταται ανάγκη, η διαδικασία περί συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, οι δε μη επιλεγείσες επιχειρήσεις να δικαιούνται ένδικης προστασίας.

2. Τα ερωτήματα αυτά ανέκυψαν στο πλαίσιο σκληρής διαμάχης με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών πρακτορεύσεως ειδήσεων στις αυστριακές ομοσπονδιακές αρχές όταν η presstext Nachrichtenagentur, μια σχετικά νέα εταιρία παροχής τέτοιων υπηρεσιών στην αυστριακή αγορά, αμφισβήτησε με τα ένδικα βοηθήματα που άσκησε το κύρος των συμβατικών σχέσεων οι οποίες υφίστανται παραδοσιακά μεταξύ της Αυστριακής Δημοκρατίας και της από

μακρού δραστηριοποιούμενης στην Αυστρία Austria Presse Agentur και οι οποίες τροποποιήθηκαν κατά τα έτη 2000, 2001 και 2005 αντιστοίχως.

**II — Νομικό πλαίσιο**

*A — Το κοινοτικό δίκαιο*

3. Το κοινοτικό νομικό πλαίσιο της υποθέσεως αυτής ορίζεται από δύο οδηγίες που άπτονται του δικαίου της συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, και δη

— από την οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γερμανική.

δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών<sup>2</sup> (στο εξής: οδηγία 92/50), και

- από την οδηγία 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων<sup>3</sup>, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 92/50 (στο εξής: οδηγία 89/665)<sup>4</sup>.

#### 1. Κρίσιμες διατάξεις της οδηγίας 92/50

4. Μεταξύ των γενικών διατάξεων του τίτλου Ι της οδηγίας 92/50, το άρθρο 1, στοιχείο στ', περιέχει τον ακόλουθο ορισμό:

2 — 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 σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (ΕΕ L 134, σ. 114). Ωστόσο, η τελευταία αυτή νομοθετική μεταβολή έπρεπε να μεταφερθεί στην εσωτερική νομοθεσία στις 31 Ιανουαρίου 2006. Επίσης, δεδομένου ότι η οδηγία αυτή δεν μεταφέρθηκε στην αυστριακή έννομη τάξη εντός της ανωτέρω προθεσμίας, είναι άνευ σημασίας για τα πραγματικά περιστατικά της κύριας δίκης τα οποία αφορούν τα έτη 2000, 2001 και 2005.

3 — ΕΕ L 395, σ. 33.

4 — Περαιτέρω τροποποιήσεις στην ανωτέρω οδηγία επέφερε η οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Δεκεμβρίου 2007, για την τροποποίηση των οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου όσον αφορά τη βελτίωση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης δημόσιων συμβάσεων (ΕΕ L 335, σ. 31, στο εξής: οδηγία 2007/66). Πάντως, οι τελευταίες αυτές τροποποιήσεις άρχισαν να ισχύουν το πρώτον από 9 Ιανουαρίου 2008 και πρέπει να μεταφερθούν στην εσωτερική έννομη τάξη των κρατών μελών μέχρι τις 20 Δεκεμβρίου 2009· συνεπώς, είναι άνευ σημασίας για τα πραγματικά περιστατικά που αποτελούν αντικείμενο της κύριας δίκης.

«[κατά την έννοια της παρούσας οδηγίας] διαδικασίες με διαπραγμάτευση: είναι οι εθνικές διαδικασίες στα πλαίσια των οποίων η αναθέτουσα αρχή προβαίνει σε διαβουλεύσεις με τους παρέχοντες υπηρεσίες της επιλογής της και διαπραγματεύεται τους όρους της σύμβασης με έναν ή περισσότερους από αυτούς.»

5. Το άρθρο 3 της οδηγίας 92/50, το οποίο επίσης απαντά στον τίτλο Ι της οδηγίας αυτής, ορίζει μεταξύ άλλων τα εξής:

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

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

[...]

6. Ο τίτλος ΙΙ της οδηγίας 92/50 περιλαμβάνει τα άρθρα 8 έως 10 τα οποία επιγράφονται «Εφαρμογή σε δύο επίπεδα» και έχουν το ακόλουθο περιεχόμενο:

«Άρθρο 8

Οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο υπηρεσίες που απαριθμούνται στο παράρτημα I A συνάπτονται σύμφωνα με τις διατάξεις των τίτλων III έως IV.

«Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών μέσω διαδικασίας με διαπραγμάτευση, και χωρίς να προηγηθεί δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, στις ακόλουθες περιπτώσεις:

[...]

Άρθρο 9

Οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο υπηρεσίες που απαριθμούνται στο παράρτημα I B συνάπτονται σύμφωνα με τα άρθρα 14 και 16.

β) όταν, για λόγους τεχνικούς, καλλιτεχνικούς ή σχετικούς με την προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, η εκτέλεση των υπηρεσιών μπορεί να ανατεθεί μόνο σε συγκεκριμένο πρόσωπο.

Άρθρο 10

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 IV, 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.»

[...]».

7. Ο τίτλος III της οδηγίας 92/50 επιγράφεται «Επιλογή διαδικασιών σύναψης και κανόνες των διαγωνισμών μελετών». Ο τίτλος αυτός περιλαμβάνει το άρθρο 11, παράγραφος 3, το οποίο ορίζει:

8. Το άρθρο 31, παράγραφος 3, της οδηγίας 92/50, το οποίο εντάσσεται στον τίτλο VI, ορίζει:

«Αν ο παρέχων υπηρεσίες για κάποιο βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που ζητούν οι αναθέτουσες αρχές, μπορεί να αποδείξει τη χρηματοοικονομική του ικανότητα με οποιοδήποτε άλλο έγγραφο το οποίο οι αναθέτουσες αρχές κρίνουν κατάλληλο.»

2. Κρίσιμες διατάξεις της οδηγίας 89/665

9. Το άρθρο 1 της οδηγίας 89/665 προβλέπει τα εξής:

«1) Τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα για να εξασφαλίζεται, όσον αφορά τις διαδικασίες συνάψεως συμβάσεων του δημοσίου που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών 71/305/ΕΟΚ και 77/62/ΕΟΚ, ότι οι αποφάσεις που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και, ιδίως, όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών, υπό τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στα παρακάτω άρθρα, και ιδίως στο άρθρο 2, παράγραφος 7, για το λόγο ότι οι αποφάσεις αυτές παραβιάζουν είτε το κοινοτικό δίκαιο περί συμβάσεων του δημοσίου είτε τους εθνικούς κανόνες που μεταφέρουν το δίκαιο αυτό.

2) Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε να μην υφίσταται καμία διάκριση μεταξύ των επιχειρήσεων που μπορούν να επικαλεσθούν ζημία στα πλαίσια διαδικασίας ανάθεσης συμβάσεως του δημοσίου, λόγω της διάκρισης που γίνεται με την παρούσα οδηγία μεταξύ των εθνικών κανόνων που μεταφέρουν το κοινοτικό δίκαιο και των άλλων εθνικών κανόνων.

3) Τα κράτη μέλη εξασφαλίζουν ότι οι διαδικασίες προσφυγής μπορούν να κινηθούν, σύμφωνα με προϋποθέσεις που μπορούν να καθορίζουν τα κράτη μέλη, τουλάχιστον από οποιοδήποτε πρόσωπο που έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση κρατικών προμηθειών ή δημοσίων

έργων και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από μια εικαζόμενη παράβαση. Ειδικότερα, τα κράτη μέλη μπορούν να απαιτούν από το πρόσωπο που επιθυμεί να χρησιμοποιήσει τη διαδικασία αυτή να ενημερώνει προηγουμένως την αναθέτουσα αρχή για την εικαζόμενη παράβαση και για την πρόθεσή του να ασκήσει προσφυγή.»

10. Το άρθρο 2 της οδηγίας 89/665 προβλέπει:

«1) Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε τα μέτρα που λαμβάνονται όσον αφορά τις διαδικασίες προσφυγής που ορίζονται στο άρθρο 1 να προβλέπουν τις αναγκαίες εξουσίες προκειμένου:

[...]

β) να ακυρώνουν ή να επιτρέπουν την ακύρωση των παράνομων αποφάσεων, [...],

γ) να επιδικάζουν αποζημίωση στα ζημιωθέντα από την παράβαση πρόσωπα.

2) Οι εξουσίες που προβλέπονται στην παράγραφο 1 μπορούν να ανατίθενται σε ξεχωριστές αρχές υπεύθυνες για διαφορετικές πτυχές των διαδικασιών προσφυγής.

«1) Ένας επιχειρηματίας ο οποίος είχε συμφέρον στη σύναψη συμβάσεως που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του παρόντος νόμου, μπορεί, στο μέτρο που υπέστη ζημία λόγω της προβαλλομένης παρανομίας, να ζητήσει μεταξύ άλλων να διαπιστωθεί ότι:

[...]

5) Τα κράτη μέλη μπορούν να προβλέπουν ότι, οσάκις ζητείται αποζημίωση για το λόγο ότι απόφαση ελήφθη παρανόμως, πρέπει πρώτα να ακυρώνεται η προσβαλλόμενη απόφαση από μια αρμόδια προς τούτο αρχή.

1. η επιλογή της απευθείας αναθέσεως ή διαδικασίας συνάψεως χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκηρύξεως ήταν παράνομη λόγω παραβιάσεως του παρόντος νόμου ή των κανονιστικών αποφάσεων που εκδόθηκαν προς εφαρμογή του ή λόγω παραβάσεως του άμεσα εφαρμοστέου κοινοτικού δικαίου, ή

[...]»

[...]

## B — Η εθνική νομοθεσία

11. Από την αυστριακή νομοθεσία κρίσιμο είναι το άρθρο 331 του Bundesvergabegesetzes [ομοσπονδιακού νόμου περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων] όπως τροποποιήθηκε την 1η Φεβρουαρίου 2006<sup>5</sup> (στο εξής: BVergG 2006) το οποίο αποτελεί τη νομική βάση για τη διαδικασία ενώπιον του Bundesvergabeamt με αντικείμενο τη διαπίστωση παρατυπιών και το οποίο προβλέπει μεταξύ άλλων τα εξής:

4. η ανάθεση που πραγματοποιήθηκε απευθείας σε επιχειρηματία, χωρίς τη διεξαγωγή διαδικασίας συμμετοχής άλλων επιχειρηματιών, ήταν προδήλως παράνομη βάσει των διατάξεων του παρόντος νόμου.

[...]»

12. Δυνάμει του άρθρου 332, παράγραφοι 2 και 3, του BVergG 2006, το προβλεπόμενο στο άρθρο 331 BVergG 2006 δικαίωμα διαπίστωσης της παραβάσεως παραγράφεται το αργότερο εντός έξι μηνών από της πραγματοποίησησεως της αναθέσεως.

5 — BGBl. I, αριθ. 17/2006.

13. Από το άρθρο 132, παράγραφος 3, του BVergG 2006 συνάγεται ότι αίτηση που υποβάλλεται βάσει του άρθρου 331, παράγραφος 1, σημείο 4, του ανωτέρω νόμου και η οποία ευδοκιμεί έχει ως συνέπεια, μετά την τελεσιδικία της απόφασεως επ' αυτής, την ακυρότητα της συμβάσεως.

14. Πρέπει να γίνει διάκριση μεταξύ της διαδικασίας με αντικείμενο τη διαπίστωση παρατυπιών και της αγωγής αποζημιώσεως για την εκδίκαση της οποίας δεν είναι αρμόδιο το Bundesvergabeamt, αλλά τα αυστριακά πολιτικά δικαστήρια. Δυνάμει του άρθρου 341, παράγραφος 2, του BVergG 2006, η άσκηση αγωγής αποζημιώσεως είναι παραδεκτή μόνον εφόσον έχει προηγουμένως ευδοκιμήσει η διαδικασία με αντικείμενο τη διαπίστωση παρατυπιών.

### III — Τα πραγματικά περιστατικά και η κύρια δίκη

15. Τα πραγματικά περιστατικά της παρούσας υποθέσεως, όπως αυτά εκτίθενται στη διάταξη περί παραπομπής, έχουν συνολτικώς ως εξής.

#### A — Τα μετέχοντα στη διαδικασία πρακτορεία ειδήσεων

16. Το πρακτορείο Austria Presse Agentur (στο εξής: APA)<sup>6</sup> ιδρύθηκε στην Αυστρία μετά Β' Παγκόσμιο Πόλεμο υπό τη μορφή συνεταιρισμού<sup>7</sup>, ενώ μέλη αυτής της συνεταιριστικής εταιρίας είναι σχεδόν όλες οι αυστριακές ημερήσιες εφημερίδες καθώς και η αυστριακή ραδιοφωνία και τηλεόραση [Österreichische Rundfunk ORF]. Από κοινού με τις εταιρίες του ομίλου του, το πρακτορείο APA κατέχει δεσπόζουσα θέση στην αγορά των πρακτορείων ιδρύσεων στην Αυστρία και παρέχει στη Δημοκρατία της Αυστρίας κατά παράδοση διάφορες υπηρεσίες πρακτορείων ειδήσεων.

17. Το πρακτορείο presstext Nachrichtenagentur GmbH (στο εξής: PN) δραστηριοποιείται από το 1999 στην αυστριακή αγορά των πρακτορείων ειδήσεων, ωστόσο μέχρι τώρα έχει εκδώσει σε ελάχιστο μόνο βαθμό ανακοινωθέντα τύπου για ομοσπονδιακές υπηρεσίες. Περαιτέρω, το πρακτορείο PN συνεργάζεται με μικρότερο αριθμό δημοσιογράφων απ' ό,τι το APA και δεν διαθέτει ένα τόσο μεγάλο αρχείο όσο είναι αυτό του APA. Το 2004, το PN υπέβαλε προσφορά στη Δημοκρατία της Αυστρίας με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών πρακτορείων ειδήσεων, πλην όμως η προσφορά αυτή δεν κατέληξε στη σύναψη συμβάσεως.

6 — Από τη δικογραφία προκύπτει ότι πρόκειται για εγγεγραμμένη στο μητρώο εταιριών συνεταιριστική εταιρία περιορισμένης ευθύνης.

7 — Ο οργανισμός που προηγήθηκε της APA ήταν η «Österreichische Correspondenz», η οποία είχε ιδρυθεί στη Βιέννη το 1849.

*B — Οι επίμαχες συμβατικές σχέσεις μεταξύ του APA και της Δημοκρατίας της Αυστρίας*

18. Το 1994, ήτοι πριν την προσχώρησή της στην Ευρωπαϊκή Ένωση, η Δημοκρατία της Αυστρίας συνήψε σύμβαση-πλαίσιο με το APA που προέβλεπε την παροχή συγκεκριμένων υπηρεσιών έναντι αντιτίμου<sup>8</sup>. Η ανωτέρω σύμβαση-πλαίσιο παρείχε ουσιαστικά τη δυνατότητα στις αυστριακές ομοσπονδιακές αρχές να έχουν πρόσβαση και να χρησιμοποιούν επίκαιρες ειδήσεις («βασική υπηρεσία»), να αντλούν ιστορικές πληροφορίες και παλαιότερα ανακοινωθέντα τύπου από μια τράπεζα δεδομένων του APA με το όνομα «APADok» και να χρησιμοποιούν την υπηρεσία του πρωτοτύπου κειμένου «OTS» του APA τόσο για δική τους ενημέρωση όσο και για την επεξεργασία των δικών τους ανακοινωθέντων τύπου. Η τράπεζα δεδομένων APADok περιέχει τα δεδομένα της βασικής υπηρεσίας από 1ης Ιανουαρίου 1988 και τα ανακοινωθέντα OTS από 1ης Ιουνίου 1989.

19. Η συναφθείσα σύμβαση-πλαίσιο ήταν αορίστου χρόνου, προβλέφθηκε δε παραίτηση από το δικαίωμα καταγγελίας, καθόσον ρήτρα της συμβάσεως αυτής όριζε ότι δεν ήταν δυνατή η λήξη της συμβατικής σχέσεως μέχρι τις 31 Δεκεμβρίου 1999. Η σύμβαση-πλαίσιο περιελάμβανε και διατάξεις σχετικά με την ημερομηνία των πρώτων αυξήσεων των τιμολογίων, το ανώτατο ποσό κάθε αυξήσεως και την τιμαριθμική αναπροσαρμογή των τιμών βάσει του δείκτη τιμών καταναλωτή του 1986, με δείκτη αναφοράς τον δείκτη που είχε υπολογιστεί για το 1994.

8 — Βάσει των στοιχείων που προσκόμισε το Προεδρείο της Ομοσπονδιακής Κυβερνήσεως που μετέχει στη διαδικασία, επρόκειτο για αναπροσαρμογή συμβατικής σχέσεως που υφίστατο από το 1946.

20. Τον Σεπτέμβριο του 2000, το APA ίδρυσε την κατά ποσοστό 100 % ανήκουσα σε αυτήν θυγατρική εταιρία APA-OTS Originaltext-Service GmbH (στο εξής: APA-OTS). Οι δύο εταιρίες συνήψαν σύμβαση μεταφοράς αποτελεσμάτων από την οποία προκύπτει, βάσει των στοιχείων του APA και της APA-OTS, ότι η APA-OTS είναι από χρηματοπιστωτικής, οργανωτικής και οικονομικής απόψεως ενταγμένη στην επιχείρηση του APA και ότι υποχρεούται να διοικεί και να διαχειρίζεται τις υποθέσεις της βάσει των υποδείξεων του APA. Περαιτέρω, η APA-OTS υποχρεούται σε μεταφορά των ετήσιων κερδών της στο APA, το δε APA υποχρεούται αντιστοίχως να καλύπτει τις τυχόν ετήσιες ζημίες της APA-OTS.

21. Το APA μεταβίβασε τη δραστηριότητα της υπηρεσίας πρωτότυπου κειμένου OTS στην APA-OTS. Η μεταβολή αυτή γνωστοποιήθηκε στη Δημοκρατία της Αυστρίας τον Οκτώβριο του 2000, ενώ εντεταλμένος συνεργάτης του APA διαβεβαίωσε, κατόπιν σχετικής ερωτήσεώς της, την Ομοσπονδιακή Κυβέρνηση ότι το APA, και μετά την απόσπαση αυτής της δραστηριότητας, ευθύνεται «εις ολόκληρον» με την APA-OTS και ότι ουδόλως μεταβάλλεται η «υφιστάμενη συνολική παροχή». Ακολούθως, η Ομοσπονδιακή Κυβέρνηση παρέσχε, βάσει των στοιχείων που παραθέτει, την έγκρισή της για τη μελλοντική παροχή υπηρεσιών OTS από την APA-OTS, το δε αντίτιμο για τις υπηρεσίες αυτές καταβαλλόταν εφεξής απευθείας στην APA-OTS.

22. Το 2001, τροποποιήθηκαν για πρώτη φορά οι διατάξεις της βασικής συμβάσεως του 1994 οι οποίες αφορούσαν τις τιμές. Η τροποποίηση αυτή όριζε, πέραν της μετατροπής των τιμών από αυστριακά σελήνια σε ευρώ, το ανώτατο ύψος των τιμών για την καταχώριση ανακοινωθέντων των ομοσπονδιακών αρχών στη βάση OTS για

τα έτη 2002, 2003 και 2004<sup>9</sup>, τα οποία δεν μπορούσαν να αυξηθούν. Επιπλέον, η ρήτρα τιμαριθμικής αναπροσαρμογής αναπροσαρμόστηκε διά της αναφοράς σ' ένα νέο πίνακα ο οποίος είναι μεταγενέστερος σε σχέση με αυτόν που εχρησιμοποιείτο στο πλαίσιο της βασικής συμβάσεως.

23. Τον Οκτώβριο του 2005, μια δεύτερη συμπληρωματική σύμβαση με ισχύ από 1ης Ιανουαρίου 2006 τροποποίησε δύο περαιτέρω σημεία της βασικής συμβάσεως όπως αυτή είχε μετά την πρώτη συμπληρωματική σύμβαση: το ποσοστό μείωσης της τιμής για την άντληση στοιχείων μέσω ηλεκτρονικής διασυνδέσεως από τις υπηρεσίες παροχής πληροφοριών του APA αυξήθηκε από 15 % σε 25 %, τα δε συμβαλλόμενα μέρη συμφώνησαν να παρατείνουν την ισχύ της παραιτήσεώς τους από το δικαίωμα καταγγελίας μέχρι τις 31 Δεκεμβρίου 2008.

*Γ — Η διαδικασία ενώπιον του Bundesvergabeamt (διαδικασία με αντικείμενο τη διαπίστωση παρατυπιών)*

24. Το PN ζητεί από το Bundesvergabeamt την παροχή ένδικης προστασίας για τις, κατά την άποψή του, παραβιάσεις της νομοθεσίας περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων λόγω της αναθέσεως στην APA-OTS, της παροχής υπηρεσιών στη Δημοκρατία της Αυστρίας και των δύο συμπληρωματικών συμβάσεων που τροποποίησαν τη βασική σύμβαση μεταξύ του APA και της Δημοκρατίας της Αυστρίας.

25. Με τις αιτήσεις του που υπέβαλε στις 4 και στις 19 Ιουλίου 2006, το PN ζητεί από το Bundesvergabeamt να διαπιστώσει, δυνάμει του άρθρου 331 του BVerfG 2006, ότι η κατάτμηση της συμβάσεως, κατόπιν της αναδιαρθρώσεως του APA το 2000, καθώς και η χαρακτηριζόμενη ως «εν τοις πράγμασι σύναψη» των συμπληρωματικών συμβάσεων του 2001 και 2005, με τις οποίες τροποποιήθηκε η βασική σύμβαση, είναι παράνομες-επικουρικές, ζητεί να διαπιστωθεί ότι η επιλογή της εν λόγω διαδικασίας συνάψεως ήταν παράνομη<sup>10</sup>.

26. Σε σχέση με τις προθεσμίες για την υποβολή αιτήσεως, το Bundesvergabeamt διευκρινίζει ότι οι αμφισβητούμενες πράξεις χρονολογούνται από το 2000, το 2001 και το 2005, ωστόσο στο πλαίσιο της εθνικής νομοθεσίας το ένδικο βοήθημα για την ακύρωση παράνομης συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, ήτοι η αίτηση διαπίστωσης παρατυπιών που δικαιολογεί την ακύρωση συμβάσεως, προβλέφθηκε αργότερα και άρχισε να ισχύει από 1ης Φεβρουαρίου 2006. Η προβλεπόμενη προθεσμία για την άσκηση αυτού του ένδικου βοηθήματος είναι 6 μήνες από της ημερομηνίας της φερόμενης ως παράνομης αναθέσεως. Εντούτοις, το Bundesvergabeamt φρονεί ότι ενδείκνυται η εφαρμογή του άρθρου 1496 του αυστριακού αστικού κώδικα (ABGB) κατά το οποίο οι αποσβεστικές προθεσμίες δεν αρχίζουν όσο υφίσταται αδυναμία λειτουργίας του δικαστικού συστήματος, υπό την προϋπόθεση ότι η εφαρμογή της διατάξεως αυτής θα ήταν σύμφωνη με το κοινοτικό δίκαιο.

9 — Τα εν λόγω ανώτατα ποσά εφαρμόζονται, εφόσον τα ανακοινωθέντα δεν διαβιβάζονται μέσω ηλεκτρονικής διασυνδέσεως.

10 — Βάσει της διατάξεως περί παραπομπής, το κύριο αίτημα του PN στηρίζεται στο άρθρο 331, παράγραφος 1, σημείο 4, το δε επικουρικό αίτημά του στηρίζεται στο άρθρο 331, παράγραφος 1, σημείο 1, του BVerfG 2006.



#### IV — Η διάταξη περί παραπομπής και η διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου

27. Με διάταξη της 7ης Νοεμβρίου 2006, η οποία εκδόθηκε στις 10 Νοεμβρίου 2006 και περιήλθε στο Δικαστήριο στις 13 Νοεμβρίου 2006, το Bundesvergabeamt ανέστειλε την ενώπιόν του διαδικασία και υπέβαλε στο Δικαστήριο τα ακόλουθα ερωτήματα για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως:

- «1) Έχει ο χρησιμοποιούμενος στο άρθρο 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 92/50 και στα άρθρα 8 και 9 της ίδιας οδηγίας όρος “σύναψη” την έννοια ότι καταλαμβάνει και περιπτώσεις κατά τις οποίες αναθέτουσα αρχή αποδέχεται την προς αυτήν προσφορά μελλοντικών υπηρεσιών εκ μέρους φορέα παροχής υπηρεσιών έχοντας τη μορφή κεφαλαιουχικής εταιρίας, όταν οι υπηρεσίες αυτές παρέχονταν προηγουμένως από άλλο φορέα, ο οποίος αφενός είναι ο μοναδικός μέτοχος του μελλοντικού φορέα παροχής των υπηρεσιών και αφετέρου έχει ταυτοχρόνως τον έλεγχο του μελλοντικού φορέα τον οποίο κατευθύνει με τις οδηγίες του; Ασκεί στην περίπτωση αυτή επιρροή από νομικής απόψεως το ότι δεν υπάρχει συναφώς για τη δημόσια αναθέτουσα αρχή εγγύηση ότι τα μερίδια του εταιρικού κεφαλαίου του μελλοντικού φορέα παροχής των υπηρεσιών δεν θα πωληθούν καθ’ όλη τη διάρκεια ισχύος της αρχικής συμβάσεως, εν όλω ή εν μέρει, σε τρίτον και ακόμη ότι δεν θα υπάρξουν αλλαγές όσον αφορά την εταιρική σύνθεση του αρχικού, του έχοντος τη μορφή συνεταιρισμού, φορέα παροχής των υπηρεσιών, καθ’ όλη τη διάρκεια ισχύος της συμβάσεως;
- 2) Έχει ο χρησιμοποιούμενος στο άρθρο 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 92/50 και στα άρθρα 8 και 9 της ίδιας οδηγίας όρος “σύναψη” την έννοια ότι καταλαμβάνει και περιπτώσεις κατά τις οποίες, κατά τη διάρκεια ισχύος συμβάσεως συναφθείσας για αόριστο χρόνο με ορισμένους φορείς παροχής υπηρεσιών για την από κοινού παροχή υπηρεσιών, η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί με τους παρέχοντες τις υπηρεσίες μεταβολές του αντιτίμου για ορισμένες συμβατικές παροχές και διατυπώνει εκ νέου ρήτρα τιμαριθμικής αναπροσαρμογής, όταν οι μεταβολές αυτές έχουν ως αποτέλεσμα τη διαμόρφωση διαφορετικής τιμής και πραγματοποιούνται με την ευκαιρία της μετατροπής του νομίσιματος σε ευρώ;
- 3) Έχει ο χρησιμοποιούμενος στο άρθρο 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 92/50 και στα άρθρα 8 και 9 της ίδιας οδηγίας όρος “σύναψη” την έννοια ότι καταλαμβάνει και περιπτώσεις κατά τις οποίες, κατά τη διάρκεια ισχύος συμβάσεως συναφθείσας για αόριστο χρόνο με ορισμένους φορείς παροχής υπηρεσιών για την από κοινού παροχή υπηρεσιών, η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί με τους παρέχοντες τις υπηρεσίες την τροποποίηση της συμβάσεως, αφενός, ανανεώνοντας για τρία έτη τη μη ισχύουσα πλέον κατά τον χρόνο της τροποποίησης παραίτηση από το δικαίωμα καταγγελίας της συμβάσεως με προειδοποίηση, και, αφετέρου, καθορίζοντας υψηλότερη έκπτωση απ’ ό,τι προηγουμένως για ορισμένες αμοιβές που συνδέονται με μεγάλες ποσότητες για συγκεκριμένο τομέα υπηρεσιών;
- 4) Στην περίπτωση κατά την οποία γίνεται δεκτό ότι υπάρχει σύναψη υπό την έννοια ενός εκ των τριών πρώτων ερωτημάτων:
- Έχουν το άρθρο 11, παράγραφος 3, στοιχείο β’, της οδηγίας 92/50 ή άλλοι

κανόνες του κοινοτικού δικαίου, όπως ιδίως η αρχή της διαφάνειας, την έννοια ότι παρέχουν σε αναθέτουσα αρχή την εξουσία να αναθέτει την παροχή υπηρεσιών με ενιαία σύμβαση παροχής υπηρεσιών στο πλαίσιο διαδικασίας διαγωνισμού χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκηρύξεως, εάν τμήματα της παροχής υπηρεσιών καλύπτονται από αποκλειστικά δικαιώματα υπό την έννοια του άρθρου 11, παράγραφος 3, στοιχείο β', της οδηγίας 92/50; Μήπως η αρχή της διαφάνειας ή άλλοι κανόνες του κοινοτικού δικαίου επιβάλλουν, κατά την ανάθεση της παροχής επικουρικών ιδίων υπηρεσιών, να προηγείται της συνάψεως της συμβάσεως και στην περίπτωση αυτή δημοσίευση της προκηρύξεως, ώστε να παρέχεται στους ενδιαφερομένους κύκλους επιχειρηματιών η δυνατότητα να εκτιμήσουν αν συνάπτονται πράγματι συμβάσεις υπηρεσιών, οι οποίες υπόκεινται σε αποκλειστικό δικαίωμα; Ή μήπως οι διατάξεις του κοινοτικού δικαίου περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων επιβάλλουν να υπόκεινται στην περίπτωση αυτή οι υπηρεσίες σε χωριστές διαδικασίες συνάψεως συμβάσεως, ανάλογα με το εάν οι υπηρεσίες υπόκεινται ή όχι σε αποκλειστικά δικαιώματα, ώστε να καθίσταται δυνατός τουλάχιστον εν μέρει ο ανταγωνισμός κατά τη διαδικασία συνάψεως;

- 5) Εάν στο τέταρτο ερώτημα δοθεί η απάντηση ότι η δημόσια αναθέτουσα αρχή μπορεί να αναθέσει παροχές υπηρεσιών που δεν καλύπτονται από αποκλειστικό δικαίωμα από κοινού με παροχές που καλύπτονται από αποκλειστικό δικαίωμα στο πλαίσιο ενιαίας διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως, μπορεί ένας επιχειρηματίας ο οποίος δεν έχει την εξουσία να χρησιμοποιεί πληροφορίες, οι οποίες αποτελούν αντικείμενο αποκλειστικού δικαιώματος επιχειρήσεως με δεσπόζουσα θέση στην αγορά, να στηρίξει την, από απόψεως του δικαίου των συμβάσεων, ικανότητα παροχής του συνόλου των υπηρεσιών στην

αναθέτουσα αρχή στο άρθρο 82 ΕΚ καθώς και σε απορρέουσα από τη διάταξη αυτή υποχρέωση της κατέχουσας το αποκλειστικό δικαίωμα διαθέσεως των πληροφοριών και δεσπόζουσας στην αγορά επιχειρήσεως εγκατεστημένης σε κράτος μέλος της ΕΚ να επιτρέψει τη διαβίβαση των πληροφοριών υπό λογικούς όρους;

- 6) Εάν στο πρώτο, δεύτερο και τρίτο ερώτημα δοθεί η απάντηση ότι η εν μέρει ανάληψη της συμβάσεως από άλλο πρόσωπο το έτος 2000 και/ή μία ή αμφότερες οι προαναφερθείσες τροποποιήσεις των συμβάσεων συνιστούσαν νέες συνάψεις συμβάσεων, και περαιτέρω, εάν στο τέταρτο ερώτημα δοθεί η απάντηση ότι όταν συνάπτεται σύμβαση υπηρεσιών μη καλυπτομένων από αποκλειστικά δικαιώματα μέσω χωριστής διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως ή όταν συνάπτεται το σύνολο της συμβάσεως υπηρεσιών (εν προκειμένω ανακοινωθέντα Τύπου, βασική υπηρεσία και δικαιώματα χρήσεως του APADok), η αναθέτουσα αρχή οφείλει προηγούμενως να προβεί σε δημοσίευση της προκηρύξεως προς εξασφάλιση της διαφάνειας και της δυνατότητας ελέγχου των σχεδιαζομένων συνάψεων συμβάσεων:

Έχει ο χρησιμοποιούμενος στο άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665 και στο άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της ίδιας οδηγίας όρος "ζημία" την έννοια ότι ένας επιχειρηματίας υφίσταται, σε περίπτωση όπως η υπό κρίση, ζημία υπό την έννοια των εν λόγω διατάξεων, όταν στερείται της δυνατότητας συμμετοχής σε διαδικασία συνάψεως συμβάσεως για τον λόγο ότι η αναθέτουσα αρχή δεν προέβη πριν από τη σύναψη σε δημοσίευση της προκηρύξεως, βάσει της οποίας ο επιχειρηματίας θα μπορούσε να μετάσχει στη διαδικασία ή να υποβάλει προσφορά ή θα μπορούσε να ισχυριστεί ότι υφίσταντο αποκλειστικά δικαιώματα τα οποία

πρέπει να υποβληθούν σε έλεγχο από την αρμόδια για έλεγχο των διαδικασιών προσφυγής αρχή;

- 7) Έχουν η κοινοτική αρχή της ισοδυναμίας, η κοινοτική επιταγή της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας και η αρχή της αποτελεσματικότητας, λαμβανομένων υπόψη των λοιπών διατάξεων του κοινοτικού δικαίου, την έννοια ότι παρέχουν στον επιχειρηματία μη εξαρτώμενο από αιρέσεις δικαίωμα κατά κράτους μέλους, κατά το οποίο αυτός μπορεί να ασκήσει τα ένδικα βοηθήματα ενώπιον της αρμόδιας εθνικής αρχής για την επιδίκαση αποζημιώσεως μετά τη σύναψη συμβάσεως λόγω παραβάσεως των κοινοτικών διατάξεων περί δημοσίων συμβάσεων επί τουλάχιστον έξι μήνες αφότου έλαβε γνώση της αντίθετης προς το δίκαιο των συμβάσεων συνάψεως συμβάσεως, ενώ επιπλέον πρέπει να του αναγνωρισθεί πρόσθετος χρόνος στο μέτρο που δεν του ήταν δυνατόν να προβάλει αξίωση αποζημιώσεως ελλείψει εθνικού νομοθετικού ερείσματος, εάν για αξιώσεις αποζημιώσεως στηριζόμενες σε παραβιάσεις του εθνικού δικαίου στην εθνική έννομη τάξη προβλέπονται κατά κανόνα προθεσμίες παραγραφής τριών ετών από της γνώσεως του ζημιώσαντος και της ζημίας και ελλείψει έννομης προστασίας σε συγκεκριμένο νομικό τομέα δεν τρέχουν οι χρόνοι παραγραφής;»

28. Κατά την ενώπιον του Δικαστηρίου διαδικασία υπέβαλαν γραπτές και προφορικές παρατηρήσεις το ΡΝ, το ΑΡΑ και η ΑΡΑ-ΟΤΣ, η Δημοκρατία της Αυστρίας και η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων. Επιπλέον, μετέσχουν στη διαδικασία με γραπτό υπόμνημά τους το Προεδρείο της Αυστριακής Καγκελαρίας, με την ιδιότητά του ως αναθέτουσας αρχής, και η Λιθουανική Κυβέρνηση· η Γαλλική Κυβέρνηση διατύπωσε τις παρατηρήσεις της προφορικά.

## V — Παραδεκτό της αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως

29. Πριν προχωρήσω στην αναλυτική εξέταση του περιεχομένου των προδικαστικών ερωτημάτων, πρέπει να προτάξω ορισμένες σύντομες παρατηρήσεις σχετικά με το παραδεκτό της αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως.

### A — Επί του δικαιώματος του Bundesvergabeamt να υποβάλλει προδικαστικό ερώτημα

30. Το αυστριακό Bundesvergabeamt αποτελεί μόνιμο όργανο το οποίο έχει ιδρυθεί με νόμο και το οποίο είναι αποκλειστικώς αρμόδιο να επιλαμβάνεται υποθέσεων που άπτονται του δικαίου της συνάψεως δημοσίων συμβάσεων στις οποίες εμπλέκεται η Ομοσπονδία ως αναθέτουσα αρχή<sup>11</sup>. Το Bundesvergabeamt αποφαινεται στο πλαίσιο κατ' αντιδικιαν διαδικασίας βάσει των κανόνων του αυστριακού ομοσπονδικού δικαίου. Στη συνάφεια αυτή, δικάζει σε πρώτο και τελευταίο βαθμό<sup>12</sup>. Τα μέλη του δεν υπόκεινται, κατά την άσκηση των καθηκόντων που τους έχουν ανατεθεί, σε οδηγίες και διορίζονται για τουλάχιστον πέντε έτη, εν μέρει δε και για αόριστο χρονικό διάστημα<sup>13</sup>.

11 — Βλ. άρθρο 291, του BVergG 2006.

12 — Βλ. άρθρο 291, παράγραφος 2, δεύτερη περίοδος του BVergG 2006.

13 — Άρθρα 292 και 295 του BVergG 2006.

31. Ως εκ τούτου, το Bundesvergabeamt αποτελεί δικαστήριο κατά την έννοια του άρθρου 234 ΕΚ<sup>14</sup> και δικαιούται να υποβάλλει στο Δικαστήριο αιτήσεις για την έκδοση προδικαστικών αποφάσεων. Αντιστοίχως, το Δικαστήριο έχει επανειλημμένως<sup>15</sup> απαντήσει σε αιτήσεις του Bundesvergabeamt για την έκδοση προδικαστικής απόφασης<sup>16</sup>.

*B — Επί του παραδεκτού της αιτήσεως περί εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως εν γένει*

32. Οι επικρίσεις του ΑΡΑ και της ΑΡΑ-ΟΤΣ σχετικά με την περίπλοκη και δυσνόητη διατύπωση της αιτήσεως περί εκδόσεως προδικαστικής απόφασης ουδόλως μεταβάλλει το γεγονός ότι, στο σύνολό τους, τα προδικαστικά ερωτήματα είναι κατανοητά. Από τις διευκρινίσεις που δίδει το Bundesvergabeamt με τη διάταξη του περί παραπομπής συνάγονται κατά τρόπο ακούοντως ακριβή τα πραγματικά περιστατικά και το νομικό πλαίσιο που αφορούν τα ερωτήματα καθώς και το για ποιον λόγο το Bundesvergabeamt φρονεί ότι στην υπό κρίση υπόθεση τα ερωτήματα αυτά έχουν ουσιώδη σημασία για την έκβαση της δίκης.

14 — Σε σχέση με την πάγια νομολογία της εννοίας του Δικαστηρίου, βλ. αποφάσεις της 17ης Σεπτεμβρίου 1997, C-54/96, Dorsch Consult (Συλλογή 1997, σ. I-4961, σκέψη 23), της 31ης Μαΐου 2005, C-53/03, Syfait κ.λπ. (Συλλογή 2005, σ. I-4609, σκέψη 29), και της 18ης Οκτωβρίου 2007, C-195/06, Österreichischer Rundfunk (Συλλογή 2007, σ. I-8817, σκέψη 19).

15 — Βλ. αποφάσεις της 14ης Νοεμβρίου 2002, C-411/00, Felix Swoboda (Συλλογή 2002, σ. I-10567, σκέψεις 25 έως 28), της 18ης Μαρτίου 2004, C-314/01, Siemens και ARGE Telekom (Συλλογή 2004, σ. I-2549), και της 2ας Ιουνίου 2005, C-15/04, Koppensteiner (Συλλογή 2005, σ. I-4855). Η σημερινή οργανωτική μορφή του Bundesvergabeamt βάσει του BVergG 2006 είναι, βάσει των όσων παραθέτει η διάταξη περί παραπομπής, κατ' ουσίαν παρεμφερής προς αυτήν που είχε στην υπόθεση Koppensteiner.

16 — Ομοίως, το Δικαστήριο έκρινε ότι μια επιτροπή εποπτείας της συνάψεως δημοσίων συμβάσεων της Ομοσπονδίας, όπως αυτή που υφίστατο κατά την εποχή εκείνη στη Γερμανία, αποτελεί δικαστήριο δικαιούμενο στην υποβολή προδικαστικών ερωτημάτων (απόφαση Dorsch Consult, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 14, σκέψη 38).

33. Ειδικότερα, από τη διάταξη περί παραπομπής συνάγεται ότι σκοπός της αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως είναι να διευκρινιστεί το αν είναι αναγκαίο, στο πλαίσιο της εθνικής διαδικασίας, να διεξαχθεί διαδικασία για πλειάδα αποδεικτών θεμάτων που αφορούν συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά ή αν, αντιθέτως, η υπόθεση που αποτελεί αντικείμενο της κύριας δίκης είναι ώριμη για την έκδοση απόφασης ακόμη και χωρίς τη διεξαγωγή αποδεικτικής διαδικασίας.

34. Συναφώς, επισημαίνεται ότι εναπόκειται στο εθνικό δικαστήριο να αποφασίσει σε ποιο στάδιο της διαδικασίας πρέπει να υποβάλει προδικαστικό ερώτημα στο Δικαστήριο<sup>17</sup>. Το κρίσιμο είναι το αν το αιτούν δικαστήριο προσδιόρισε σε επαρκή βαθμό τόσο το πραγματικό όσο και το νομικό πλαίσιο εντός του οποίου υποβάλλει την αίτηση ερμηνείας του κοινοτικού δικαίου καθώς και το αν παρέσχε στο Δικαστήριο όλες τις αναγκαίες πληροφορίες για να μπορέσει το τελευταίο να δώσει χρήσιμη απάντηση στην εν λόγω αίτηση<sup>18</sup>. Εν αντιθέσει προς όσα υποστηρίζει το ΑΡΑ και η ΑΡΑ-ΟΤΣ, τούτο συμβαίνει εν προκειμένω. Συνεπώς, δεν μπορούν να προβληθούν εν γένει ενστάσεις κατά του παραδεκτού της αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής απόφασης.

17 — Βλ. αποφάσεις της 10ης Ιουλίου 1984, 72/83, Campus Oil κ.λπ. (Συλλογή 1984, σ. 2727, σκέψη 10), της 12ης Ιουνίου 2003, C-112/00, Schmidberger (Συλλογή 2003, σ. I-5659, σκέψη 39), και της 17ης Απριλίου 2007, C-470/03, AGM-COS.MET (Συλλογή 2007, σ. I-2749, σκέψη 45).

18 — Βλ. απόφαση Schmidberger (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 17, σκέψεις 40 και 41).

Γ — *Επί του παραδεκτού του έκτου ερωτήματος ειδικότερα*

35. Ωστόσο, ένα ειδικό πρόβλημα παραδεκτού τίθεται σε σχέση με το έκτο προδικαστικό ερώτημα του οποίου το αντικείμενο είναι η ερμηνεία των εννοιών της ζημίας και του ζημιωθέντος του άρθρου 1, παράγραφος 3, και του άρθρου 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας 89/665.

36. Στο πλαίσιο της κύριας δίκης, η οποία διεξάγεται βάσει του άρθρου 331 του BVergG 2006, το Bundesvergabeamt έχει αρμοδιότητα μόνο για τη *διαπίστωση τυχόν παραβάσεως* του δικαίου που διέπει τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, όχι όμως και για την *επίδικαση αποζημιώσεως*, αρμοδιότητα η οποία ανήκει αποκλειστικά στα αυστριακά πολιτικά δικαστήρια<sup>19</sup>. Για τον λόγο αυτόν, δεν επιτρέπεται η υποβολή προδικαστικών ερωτημάτων στο Δικαστήριο τα οποία αφορούν την επίδικαση αποζημιώσεως ή τις προϋποθέσεις προς τούτο<sup>20</sup>.

37. Βάσει των ανωτέρω, το έκτο προδικαστικό ερώτημα είναι παραδεκτό μόνο στον βαθμό που αφορά τις προϋποθέσεις του παραδεκτού που αφορούν την κίνηση διαδικασίας προσφυγής δυνάμει του άρθρου 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665. Ωστόσο, στον βαθμό που το έκτο ερώτημα αφορά το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας 89/665, είναι απαράδεκτο, διότι η

τελευταία αυτή διάταξη αφορά άμεσα την επίδικαση αποζημιώσεως.

Δ — *Το μέχρι τούδε συναγόμενο συμπέρασμα*

38. Επομένως, η παρούσα αίτηση για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως είναι παραδεκτή στο σύνολό της, πλην του σκέλους του έκτου ερωτήματος το οποίο αφορά το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας 89/665.

## VI — Εκτίμηση του περιεχομένου των προδικαστικών ερωτημάτων

39. Ουσιαστικά, αντικείμενο της εξαιρετικά μακροσκελούς αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως είναι να διευκρινιστεί το ζήτημα υπό ποιες προϋποθέσεις η τροποποίηση υφιστάμενης συμβάσεως πρέπει να θεωρείται ως σύναψη δημόσιας συμβάσεως παροχής υπηρεσιών με αποτέλεσμα να υφίσταται ενδεχομένως υποχρέωση να κινηθεί η διαδικασία συνάψεως συμβάσεως του δημοσίου, οι δε μη επιλεγείσες επιχειρήσεις να έχουν δικαίωμα να ζητήσουν την παροχή ένδικης προστασίας.

40. Το εξαιρετικού ενδιαφέροντος περαιτέρω ζήτημα αν το δίκαιο περί συνάψεως

19 — Η Αυστριακή Δημοκρατία έκανε χρήση της δυνατότητας που παρέχει το άρθρο 2, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/665 και μεταβίβασε σε διάφορες αρχές τις εξουσίες που συνδέονται με τη διεξαγωγή διαδικασιών προσφυγής.

20 — Βλ. απόφαση της 19ης Ιουνίου 2003, C-315/01, GAT (Συλλογή 2003, σ. I-6351, σκέψη 38).

δημοσίων συμβάσεων ή λοιπές διατάξεις του κοινοτικού δικαίου θέτουν ορισμένα όρια στη σύναψη διαρκών ενοχικών σχέσεων αορίστου χρόνου, δεν αποτελεί αντικείμενο της παρούσας διαδικασίας. Δεδομένου ότι η μη υποκείμενη σε χρονικούς περιορισμούς βασική σύμβαση του 1994 συνήφθη πριν από την προσχώρηση της Αυστρίας στην Ευρωπαϊκή Ένωση<sup>21</sup>, παρέλκει η αναλυτικότερη εξέταση του ζητήματος αυτού, έστω και ως προκριματικού ζητήματος<sup>22</sup>.

*A — Επί του πρώτου, του δεύτερου και του τρίτου ερωτήματος*

41. Με το πρώτο από τα τρία αυτά ερωτήματα, το Bundesvergabeamt ερωτά υπό ποιες περιστάσεις πρέπει οι τροποποιήσεις των υφιστάμενων συμβατικών σχέσεων μεταξύ αναθέτουσας αρχής και παρέχοντος υπηρεσίες να θεωρούνται ως σύναψη νέας δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών κατά την έννοια της οδηγίας 92/50.

21 — Βλ., συναφώς, απόφαση της 24ης Σεπτεμβρίου 1998, C-76/97, Tögel (Συλλογή 1998, σ. I-5357, σκέψεις 53 και 54). Εν αντιθέσει προς τα πραγματικά περιστατικά από τα έτη 2000, 2001 και 2005, που αποτελούν αντικείμενο της παρούσας διαφοράς, τα οποία εμπίπτουν στο χρονικό πεδίο εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου, οι οδηγίες περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων δεν εφαρμόζονται στη βασική σύμβαση, διότι η Αυστρία το 1994 δεν ήταν ακόμη μέλος της Ευρωπαϊκής Ενώσεως.

22 — Επί του ειδικότερου προβλήματος του συνδυασμού συμβάσεως αορίστου χρόνου με παραιτήση από το δικαίωμα καταγγελίας, βλ., κατωτέρω, ιδίως σημείο 74 των ανά χείρας προτάσεων.

42. Το πρόβλημα αυτό δεν έχει εξεταστεί μέχρι τούδε αναλυτικά από τη νομολογία των κοινοτικών δικαστηρίων<sup>23</sup>.

1. Εισαγωγική παρατήρηση: το κριτήριο της ουσιαδούς τροποποίησης της σύμβασης

43. Ιδίως στις διαρκείς ενοχικές σχέσεις και στις συμβάσεις μακράς διαρκείας ενδέχεται στο πλαίσιο της εκτελέσεώς τους να καταστεί αναγκαία η προσαρμογή του περιεχομένου της σύμβασης, εφόσον ορισμένες συμβατικές συμφωνίες —π.χ. λόγω απρόβλεπτης μεταβολής των εξωτερικών περιστάσεων— δεν είναι πλέον οι ενδεδειγμένες. Τυχόν προσαρμογή του περιεχομένου της σύμβασης προς τις μεταβληθείσες περιστάσεις ενδέχεται να συμβάλει στην καλύτερη πραγματοποίηση του σκοπού της σύμβασης.

44. Ωστόσο, στην περίπτωση που η αρχική σύμβαση έχει ως αντικείμενο κρατικές προμήθειες ή εκτέλεση δημοσίων έργων, τότε τυχόν μεταγενέστερες τροποποιήσεις του περιεχομένου της θέτουν πάντοτε και το ζήτημα αν πρέπει να κινηθεί (ενδεχομένως εκ νέου) η διαδικασία για τη σύναψη σύμβασης. Συναφώς, συγκρούεται κατά κανόνα η επιδίωξη για την όσο το δυνατόν αποτελεσματικότερη ολοκλήρωση της εκτελέσεως της σύμβασης, αφενός, με την επιταγή για

23 — Μία αίτηση του γερμανικού Oberlandesgerichts Rostock για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως δεν οδήγησε στην έκδοση αποφάσεως από το Δικαστήριο (υπόθεση C-50/03, η οποία διεγράφη από το πνίκιο στις 9 Νοεμβρίου 2004).

τη διασφάλιση ίσων ευκαιριών σε όσους ενδιαφέρονται για τον διαγωνισμό ή ενδέχεται να ενδιαφερθούν στο μέλλον, αφετέρου.

45. Κατ' αρχήν, δεν δύναται εξ αρχής να αποκλειστεί ότι τυχόν μεταγενέστερες τροποποιήσεις του περιεχομένου υφιστάμενων συμβάσεων να πληρούν (ενδεχομένως εκ νέου) τις προϋποθέσεις συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, με συνέπεια να επιβάλλεται η διεξαγωγή της σχετικής διαδικασίας. Και τούτο διότι οι νομικές έννοιες, οι οποίες ορίζουν το πεδίο εφαρμογής των οδηγιών περί συνάψεως συμβάσεων του δημοσίου, πρέπει κατά πάγια νομολογία να ερμηνεύονται διασταλτικά<sup>24</sup>.

46. Ωστόσο, σε τελευταία ανάλυση η ερμηνεία της έννοιας της συνάψεως συμβάσεως του δημοσίου πρέπει να στηρίζεται στους σκοπούς της σχετικής οδηγίας. Ο συντονισμός σε κοινοτικό επίπεδο των διαδικασιών συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων αποβλέπει στην εξάλειψη των εμποδίων στην ελεύθερη παροχή των υπηρεσιών και την κυκλοφορία των εμπορευμάτων και, συνεπώς, στην προστασία των συμφερόντων των εγκατεστημένων σε άλλα κράτη μέλη επιχειρηματιών<sup>25</sup>. Το ζητούμενο είναι να αποκλειστεί ο κίνδυνος να προτιμήσουν οι αναθέτουσες αρχές ημεδαπούς προσφέροντες ή υποψηφίους καθώς και να αποκλειστεί το ενδεχόμενο να μην πρυτανεύουν

εκτιμήσεις οικονομικής φύσεως κατά τη σύναψη συμβάσεων του δημοσίου<sup>26</sup>.

47. Συνεπώς, κύριος σκοπός και της οδηγίας 92/50 είναι η ελεύθερη κυκλοφορία των υπηρεσιών και το άνοιγμα των αγορών για έναν ανόθευτο και όσο το δυνατόν ευρύτερο ανταγωνισμό<sup>27</sup>. Προς τούτο απαιτείται η σύναψη δημοσίων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών να πραγματοποιείται με διαφάνεια και κατά τρόπο μη εισάγοντα δυσμενείς διακρίσεις ούτως ώστε να παρέχονται ίσες ευκαιρίες σε όλους τους πιθανούς παρόχους υπηρεσιών.

48. Βάσει του ανωτέρω σκοπού, δεν απαιτείται η προηγούμενη διεξαγωγή διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως του δημοσίου και για ήσσονος σημασίας τροποποιήσεις συμβάσεων του δημοσίου που έχουν ως αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών. Μόνον *ουσιώδεις συμβατικές τροποποιήσεις*, οι οποίες μπορούν στη συγκεκριμένη περίπτωση να νοθεύσουν τον ανταγωνισμό στην οικεία αγορά και να ευνοήσουν τον αντισυμβαλλόμενο της αναθέτουσας αρχής σε σχέση με λοιπούς πιθανούς παρέχοντες υπηρεσίες, δικαιολογούν την εκ νέου διεξαγωγή διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως του δημοσίου<sup>28</sup>.

24 — Επί της διασταλτικής ερμηνείας διαφόρων εννοιών που προσδιορίζουν το πεδίο εφαρμογής των οδηγιών περί συνάψεως συμβάσεων του δημοσίου, βλ. αποφάσεις της 27ης Φεβρουαρίου 2003, C-373/00, Adolff Truley (Συλλογή 2003, σ. I-1931, σκέψη 43), της 8ης Σεπτεμβρίου 2005, C-129/04, Espace Trianon και Sofibail (Συλλογή 2005, σ. I-7805, σκέψη 73), και της 29ης Νοεμβρίου 2007, C-119/06, Επιτροπή κατά Ιταλίας (σκέψη 43).

25 — Βλ. αποφάσεις της 10ης Νοεμβρίου 1998, C-360/96, BFI Holding (Συλλογή 1998, σ. I-6821, σκέψη 41), της 3ης Οκτωβρίου 2000, C-380/98, University of Cambridge (Συλλογή 2000, σ. I-8035, σκέψη 16), της 13ης Νοεμβρίου 2007, C-507/03, Επιτροπή κατά Ιρλανδίας (Συλλογή 2007, σ. I-9777, σκέψη 27), και της 13ης Δεκεμβρίου 2007, C-337/06, Bayerischer Rundfunk κ.λπ. (Συλλογή 2007, σ. I-11173, σκέψη 38)· βλ., επίσης, δεύτερη και έκτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 92/50.

26 — Βλ. αποφάσεις University of Cambridge (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 25, σκέψη 17), Felix Swoboda (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 15, σκέψη 45), και Bayerischer Rundfunk κ.λπ. (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 25, σκέψη 36).

27 — Βλ. αποφάσεις της 11ης Ιανουαρίου 2005, C-26/03, Stadt Halle και RPL Lochau (Συλλογή 2005, σ. I-1, σκέψεις 44 και 47), και Bayerischer Rundfunk κ.λπ. (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 25, σκέψη 39).

28 — Στο ίδιο πνεύμα και οι αποφάσεις της 5ης Οκτωβρίου 2000, C-337/98, Επιτροπή κατά Γαλλίας (Συλλογή 2000, σ. I-8377, σκέψεις 46, 50 και 51), και της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta (Συλλογή 2004, σ. I-3801, σκέψη 117), στις οποίες γίνεται μνεία σε *ουσιώδεις συμβατικές συμφωνίες* ή όρους προκλήξεως διαγωνισμού.

49. Ειδικότερα, πρέπει σε κάθε περίπτωση να γίνεται δεκτό ότι συντρέχει ουσιώδης τροποποίηση της συμβάσεως όταν δεν μπορεί να αποκλειστεί ότι λοιποί παρέχοντες υπηρεσίες εμποδίστηκαν λόγω των αρχικών, λιγότερο ευνοϊκών όρων να υποβάλουν προσφορά για την εκτέλεση συμβάσεως του δημοσίου ή ότι θα ενδιαφέρονταν να υποβάλουν προσφορά για την εκτέλεση συμβάσεως του δημοσίου λόγω των νέων συμβατικών όρων ή, άλλως, ότι η υποβολή προσφοράς από αποκλεισθέντα κατά την εποχή εκείνη προσφέροντα θα μπορούσε να γίνει δεκτή λόγω των νέων συμβατικών όρων<sup>29</sup>.

50. Οι ανωτέρω εισαγωγικές εκτιμήσεις αποτελούν τη βάση στην οποία στηρίζεται η ανάλυση των τριών πρώτων προδικαστικών ερωτημάτων που ακολουθεί.

## 2. Επί του πρώτου ερωτήματος

α) Το πρώτο σκέλος του πρώτου ερωτήματος: η παρέμβαση της APA-OTS

51. Με το πρώτο σκέλος του πρώτου ερωτήματός του, το Bundesvergabeamt ερωτά κατ'

ουσίαν αν πρέπει να θεωρείται ως σύναψη νέας συμβάσεως του δημοσίου στο πλαίσιο ήδη υφιστάμενης δημόσιας συμβάσεως παροχής υπηρεσιών, κατά την έννοια της οδηγίας 92/50, το γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή δέχεται να ανατεθεί η εκτέλεση μέρους της συμβάσεως αυτής σε θυγατρική εταιρία της εργολήπτριας εταιρίας, την οποία ελέγχει και της οποίας κατέχει το σύνολο των εταιρικών μεριδίων, έστω και αν δεν διασφαλίζεται ότι θα κατέχει το σύνολο των εταιρικών μεριδίων της θυγατρικής εταιρίας καθ' όλη τη διάρκεια της συμβάσεως.

52. Το ερώτημα αυτό αφορά τη μεταβίβαση των υπηρεσιών OTS στην οποία προέβη το APA το 2000 υπέρ της θυγατρικής εταιρίας της APA-OTS. Ανεξαρτήτως του αν, συνεπεία αυτής της αναδιαρθρώσεως εντός του ομίλου APA, πρόκειται για «κατάτμηση της συμβάσεως», για ανάληψη συμβατικών υποχρεώσεων, για ανανέωση ή για υπεισέλυση σε ενοχική σχέση<sup>30</sup>, το βέβαιον είναι πάντως ότι οι εν λόγω υπηρεσίες παρέχονται έκτοτε, με συναίνεση της Ομοσπονδιακής Κυβερνήσεως, απευθείας από την APA-OTS και ότι το αντίτιμο για αυτές καταβάλλεται απευθείας στην APA-OTS.

53. Συνεπώς, υπήρξε σε κάθε περίπτωση το 2000, στο πλαίσιο της πρακτικής εκτελέσεως της συμβάσεως, εν μέρει μεταβολή του παρέχοντος υπηρεσίες.

<sup>29</sup> — Ομολογουμένως δεν είναι πάντοτε τόσο ευχερής στην πράξη η διάκριση μεταξύ ουσιωδών και μη ουσιωδών τροποποιήσεων της συμβάσεως, διότι προς τούτο απαιτείται η αξιολογική εκτίμηση των περιστάσεων κάθε συγκεκριμένης περιπτώσεως. Εντούτοις, η χρήση αόριστων νομικών εννοιών που χρήζουν ερμηνείας δεν μπορεί στην πραγματικότητα να αποφευχθεί σε κανέναν τομέα του δικαίου. Τούτο ισχύει απολύτως και στην περίπτωση του δικαίου της σύναψης συμβάσεων του δημοσίου.

<sup>30</sup> — Μεταξύ των διαδίκων της κύριας δίκης το ζήτημα αυτό φαίνεται ότι ερίζεται. Και η διάταξη περί παραπομπής δεν χρησιμοποιεί ενιαία ορολογία. Εντούτοις, εναπόκειται στο Bundesvergabeamt να διευκρινίσει τον νομικό χαρακτηρισμό που πρέπει να δοθεί, από απόψεως αστικού δικαίου, στην πράξη αυτή.



54. Μεταβολή του παρέχοντος υπηρεσίες κατά τη διάρκεια ισχύος δημόσιας συμβάσεως πρέπει να θεωρείται α ριγοί ουσιώδης τροποποίηση της συμβάσεως, εφόσον μία επιχείρηση, η οποία δεν έλαβε μέρος στον διαγωνισμό με άλλους υποψηφίους και της οποίας η επιλογή δεν στηρίχθηκε στη σύγκριση της προσφοράς της με αυτές των τυχόν άλλων υποψηφίων, αναλαμβάνει εν όλω ή εν μέρει την εκτέλεση δημόσιας συμβάσεως. Το γεγονός αυτό ενέχει τον κίνδυνο της καταστρατηγήσεως του δικαίου περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων και μπορεί να νοθεύσει τον ανταγωνισμό στην οικεία αγορά καθώς και να ευνοήσει τους νέους παρέχοντες υπηρεσίες έναντι άλλων πιθανών παρεχόντων υπηρεσίες.

55. Εντούτοις, από τις ιδιαίτερες περιστάσεις της συγκεκριμένης υποθέσεως ενδέχεται να συναγεται ότι τυχόν μεταβολές που αφορούν τον παρέχοντα υπηρεσίες κατ' εξαίρεση δεν συνεπάγονται ουσιώδη τροποποίηση της συμβάσεως. Ειδικότερα, μπορούν να εμφανιστούν οι ακόλουθες δύο κατηγορίες περιπτώσεων.

56. Η πρώτη κατηγορία περιπτώσεων αφορά τη *χρήση υπεργολάβων* από τον αντισυμβαλλόμενο της αναθέτουσας αρχής. Προκειμένου να μην περιοριστεί υπέρμετρα ο κύκλος των πιθανών παρεχόντων υπηρεσίες, η οδηγία 92/50 προβλέπει ρητώς ότι η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να επιτρέψει την ανάθεση της εκτελέσεως συμβάσεως μέσω υπεργολαβίων σε τρίτους<sup>31</sup>. Χαρακτηριστικό αυτής της κατηγορίας περιπτώσεων είναι το γεγονός ότι ο κύριος εργολήπτης, ακόμη και μετά την ανάθεση της εκτελέσεως

της συμβάσεως με υπεργολαβία σε τρίτον, έχει την πλήρη συμβατική ευθύνη για την εκτέλεση της συμβάσεως παροχής υπηρεσιών στο σύνολό της ή, εν πάση περιπτώσει, είναι συνυπεύθυνος.

57. Η δεύτερη κατηγορία περιπτώσεων αφορά *οργανωτικού χαρακτήρα μεταβολές αμιγώς εσωτερικής φύσεως* εκ μέρους του αντισυμβαλλομένου της αναθέτουσας αρχής. Τούτο μπορεί να περιλαμβάνει επίσης τη μεσολάβηση κάποιας εκ των θυγατρικών εταιριών του για την εκτέλεση της συμβάσεως. Στο ερώτημα πόσο στενή πρέπει να είναι συναφώς η σχέση του εργολήπτη προς την εκάστοτε θυγατρική εταιρία του δεν χρήζει εν προκειμένω οριστικής απαντήσεως. Και τούτο διότι σε κάθε περίπτωση καλύπτονται αυτές οι θυγατρικές εταιρίες τις οποίες ελέγχει ο εργολήπτης κατά τρόπο παρεμφερή προς αυτόν με τον οποίον ελέγχει τα διάφορα τμήματα της επιχειρήσεώς του. Η χρήση της θυγατρικής εταιρίας για την εκτέλεση της συμβάσεως ομοιάζει στην περίπτωση αυτή με εσωτερική ανάθεση (ανάθεση in-house)<sup>32</sup> εκ μέρους του παρέχοντος υπηρεσίες, μέσω της οποίας δεν μεταβάλλονται ουσιαστικά —εν πάση περιπτώσει από οικονομικής απόψεως— οι όροι για την εκτέλεση της συμβάσεως του δημοσίου.

58. Σε αμφότερες τις ανωτέρω κατηγορίες περιπτώσεων διασφαλίζεται ότι η μεταβολή που επέρχεται από πλευράς του παρέχοντος υπηρεσίες δεν έχει ως αποτέλεσμα τη νόθευση του ανταγωνισμού και, ως εκ τούτου, δεν αποτελεί ουσιώδη τροποποίηση της συμβάσεως.

31 — Βλ. άρθρα 25 και 32, παράγραφος 2, στοιχεία γ' και η', της οδηγίας 92/50, καθώς και απόφαση της 2ας Δεκεμβρίου 1999, C-176/98, Holst Italia (Συλλογή 1999, σ. I-8607, σκέψεις 26 και 27). Εντούτοις, η σύναψη συμβάσεων υπεργολαβίας για την εκτέλεση ουσιωδών τμημάτων της συμβάσεως μπορεί να περιοριστεί βάσει του εθνικού δικαίου (απόφαση Siemens και ARGE Telekom, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 15, σκέψη 45).

32 — Σχετικά με τις προϋποθέσεις για την ύπαρξη αναθέσεως in-house, βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 18ης Νοεμβρίου 1999, C-107/98, Teckal (Συλλογή 1999, σ. I-8121, σκέψη 50), Stadt Halle και RPL Lochau (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 27, σκέψη 49), της 13ης Οκτωβρίου 2005, C-458/03, Parking Brixen (Συλλογή 2005, σ. I-8585, σκέψη 62), και της 19ης Απριλίου 2007, C-295/05, Asemfo (Συλλογή 2007, σ. I-2999, σκέψη 55). βλ., σχετικά με την έννοια της αναθέσεως in-house, προτάσεις μου της 1ης Μαρτίου 2005 επί της υποθέσεως Parking Brixen, προπαρατεθείσα, σημεία 1 και 2.

59. Η πράξη της επίμαχης εν προκειμένω μεταβιβάσεως των υπηρεσιών OTS στην APA-OTS το 2000 ομοιάζει, εκ πρώτης όψεως, με τη σύναψη συμβάσεως υπεργολαβίας από το APA (πρώτη κατηγορία περιπτώσεων). Υπέρ της απόψεως αυτής συνηγορεί το γεγονός ότι οι εν λόγω υπηρεσίες παρέχονται πλέον από άλλο νομικό πρόσωπο και όχι από το APA, εντούτοις το APA ευθύνεται εις ολόκληρον για την εκτέλεση του συνόλου της δημόσιας συμβάσεως παροχής υπηρεσιών, περιλαμβανομένων των καθηκόντων που έχει αναλάβει η APA-OTS.

60. Εντούτοις, κατόπιν εγγύτερης εξετάσεως των πραγμάτων, συνάγεται ότι ένας οργανισμός όπως είναι η APA-OTS δεν ομοιάζει τόσο με ανεξάρτητο υπεργολάβο του APA αλλά με τμήμα της επιχειρήσεως της APA. Η ανάθεση στην APA-OTS της εκτελέσεως της δημόσιας συμβάσεως το 2000 αποτελεί αμιγώς εσωτερική αναδιοργάνωση του APA ως παρέχοντος υπηρεσίες (δευτέρα κατηγορία περιπτώσεων).

61. Βεβαίως, ένα μέρος των υπηρεσιών που υποχρεούται να παράσχει το APA παρέχεται πλέον από ένα άλλο νομικό πρόσωπο, ήτοι από την APA-OTS. Εντούτοις, από οικονομικής απόψεως, η APA-OTS δεν είναι τρίτος, διότι ελέγχεται εξ ολοκλήρου από τη μητρική της εταιρία APA. Όχι μόνον το γεγονός ότι το APA κατέχει το σύνολο των εταιρικών μεριδίων της, αλλά και το γεγονός ότι έχει τα δικαιώματα ελέγχου επ' αυτής καθώς και το γεγονός ότι έχει συνάψει με αυτήν σύμβαση μεταφοράς αποτελεσμάτων διασφαλίζουν τον έλεγχο της APA-OTS από τη μητρική εταιρία της σαν να επρόκειτο για τμήμα της επιχειρήσεώς της. Συνεπώς, από οικονομικής απόψεως, δεν υπάρχει ουσιώδης μεταβολή των όρων για την εκτέλεση της συμβάσεως του δημοσίου.

62. Ως εκ τούτου, μια πράξη όπως αυτή που έλαβε χώρα το 2000 δεν είχε ως συνέπεια την ουσιώδη τροποποίηση της συμβάσεως και, επομένως, δεν έπρεπε να θεωρηθεί ως σύναψη (νέας) συμβάσεως του δημοσίου για την παροχή υπηρεσιών.

63. Τούτο δεν αναιρείται από το γεγονός ότι δεν διασφαλίζεται για τη συνολική διάρκεια της συμβάσεως του δημοσίου ότι το APA θα έχει το σύνολο των εταιρικών μεριδίων της APA-OTS<sup>33</sup>. Βεβαίως, το APA θα μπορούσε, από θεωρητικής απόψεως, να μεταβιβάσει ανά πάσα στιγμή τα μερίδια της APA-OTS σε τρίτους. Εντούτοις, κρίσιμο για το υπό εξέταση εν προκειμένω ζήτημα αν το 2000 επήλθε ουσιώδης μεταβολή της συμβάσεως και, ως εκ τούτου, αν υπήρξε σύναψη νέας συμβάσεως του δημοσίου για την παροχή υπηρεσιών, είναι μόνον τα γεγονότα που μπορούσαν να προβλεφθούν *in concreto* τότε.

64. 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<sup>34</sup>. Πράγματι, πρέπει να είναι δυνατόν, τόσο από την άποψη της αναθέτουσας αρχής και του αντισυμβαλλομένου της όσο και από την άποψη των αποκλεισθέντων υποψηφίων, να διαπιστωθεί κατά τον χρόνο διενέργειας μιας πράξεως αν έπρεπε να ακολουθηθεί ή όχι η διαδικασία του διαγωνισμού. Η συνεκτίμηση μεταγενέστερων

33 — Το αυτό ισχύει και για τη δυνατότητα καταγγελίας της συμβάσεως περί μεταφοράς αποτελεσμάτων.

34 — Βλ., συναφώς, προτάσεις μου της 1ης Μαρτίου 2005 επί της υποθέσεως *Parking Brixen* (προπαρατεθείσες στην υποσημείωση 32, σημείο 56). Το ζήτημα της δυνατότητας προβλέψεως *in concreto* μεταβιβάσεως των μεριδίων σε τρίτο έχει ιδιαίτερη σημασία και στις αποφάσεις της 10ης Νοεμβρίου 2005, C-29/04, Επιτροπή κατά Αυστρίας (Σύλλογη 2005, σ. I-9705, σκέψεις 38 έως 41), της 6ης Απριλίου 2006, C-410/04, ΑΝΑΥ (Σύλλογη 2006, σ. I-3303, σκέψεις 30 έως 32), και *Parking Brixen* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 32, σκέψη 67).

περιστάσεων είναι δυνατή μόνον εφόσον η επέλευσή τους ήταν απολύτως προβλέψιμη κατά τον χρόνο κατά τον οποίο έλαβε χώρα η πράξη.

65. Από τη δικογραφία συνάγεται ότι κατά τον χρόνο που ενεπλάκη η APA-OTS στην εκτέλεση της συμβάσεως του δημοσίου δεν υπήρχαν συγκεκριμένα στοιχεία π.χ. για επικείμενη μεταβίβαση των μεριδίων της από το APA. Υπό τις περιστάσεις αυτές, εμμένω στην εκτίμησή μου ότι μια πράξη όπως αυτή του 2000 δεν είχε ως αποτέλεσμα κάποια ουσιώδη τροποποίηση της συμβάσεως και, ως εκ τούτου, δεν συνέτρεχε λόγος κινήσεως της διαδικασίας για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως.

β) Το δεύτερο σκέλος του πρώτου ερωτήματος: σύνθεση των μελών του APA

66. Περαιτέρω, το Bundesvergabeamt ερωτά αν έχει σημασία, σε σχέση με ένα γεγονός όπως είναι αυτό που συνέβη το 2000, το ότι ο κύκλος των μελών του συνεταρισμού του APA θα μπορούσε να μεταβληθεί κατά τη διάρκεια της συμβάσεως.

67. Μια τέτοια μεταβολή θα μπορούσε να έχει σημασία, από απόψεως δικαίου συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, εάν είχε ως συνέπεια τουλάχιστον την εν μέρει μεταβολή του παρέχοντος υπηρεσίες και αν, ως εκ τούτου, μπορούσε να θεωρηθεί ως ουσιώδης τροποποίηση της συμβάσεως.

68. Αν στην περίπτωση του παρέχοντος υπηρεσίες πρόκειται π.χ. για έναν απλό όμιλο επιχειρήσεων χωρίς νομική προσωπικότητα, τότε κατά κανόνα κάθε μέλος του ομίλου αποκτά, με τη σύμβαση που συνάπτεται με την αναθέτουσα αρχή, δικαιώματα και υποχρεώσεις. Στην περίπτωση αυτή, τυχόν μεταβολή στη σύνθεση του ομίλου ενδέχεται να έχει ως αποτέλεσμα να ανατεθεί εν όλω ή εν μέρει η εκτέλεση της συμβάσεως του δημοσίου σε επιχείρηση η οποία δεν χρειάστηκε να μετάσχει σε διαγωνισμό με άλλους υποψηφίους και της οποίας η επιλογή δεν στηρίζεται σε σύγκριση με τυχόν άλλους προσφέροντες. Τούτο θα αποτελούσε —υπό την επιφύλαξη των εξαιρέσεων που παρατίθενται ανωτέρω<sup>35</sup>— ουσιώδη τροποποίηση της συμβάσεως<sup>36</sup>.

69. Αντιθέτως, αν στην περίπτωση του παρέχοντος υπηρεσίες πρόκειται για νομικό πρόσωπο, τότε αντισυμβαλλόμενος της αναθέτουσας αρχής είναι αυτό και μόνον, και τυχόν μεταγενέστερες μεταβολές των προσώπων που κατέχουν μεριδιά του δεν συνεπάγονται ουσιώδη τροποποίηση της συμβάσεως<sup>37</sup>.

35 — Βλ., ανωτέρω, σημεία 55 έως 58 των ανά χείρας προτάσεων.

36 — Η απόφαση της 23ης Ιανουαρίου 2003, C-57/01, Μακεδονικό Μετρό και Μηχανική Α.Ε. (Σύλλογή 2003, σ. I-1091, σκέψη 61) διευκρινίζει απλώς ότι η ρύθμιση του τρόπου συνθέσεως των κοινοπραξιών εργοληπτών επιπίπτει στην αρμοδιότητα των κρατών μελών. Ως εκ τούτου, τα κράτη μέλη έχουν την υποχρέωση να προβλέπουν αν επιτρέπονται μεταβολές στη σύνθεση των κοινοπραξιών εργοληπτών. Εντούτοις, το ζήτημα αυτό πρέπει να διακρίνεται από το κρίσιμο εν προκειμένω ζήτημα αν τέτοιου είδους μεταβολές πρέπει να θεωρούνται, μετά τη σύναψη συμβάσεως του δημοσίου, ως ουσιώδεις τροποποιήσεις της συμβάσεως και αν, ως εκ τούτου, πληρούν εκ νέου τις προϋποθέσεις για τη σύναψη συμβάσεως του δημοσίου. Το τελευταίο αυτό ζήτημα τίθεται στο πλαίσιο του κοινοτικού δικαίου.

37 — Αν κάθε μεταβολή στο ιδιοκτησιακό καθεστώς ενός νομικού προσώπου αποτελούσε αφορμή για την κίνηση διαδικασίας συνάψεως νέας δημόσιας συμβάσεως, τότε θα καθίστατο πρακτικά αδύνατη η σύναψη δημοσίων συμβάσεων με εισηγμένες στο χρηματιστήριο ανώνυμες εταιρίες των οποίων οι μέτοχοι αλλάζουν, ενίοτε, σε καθημερινή βάση.

70. Από τη δικογραφία συνάγεται ότι εν προκειμένω το ΑΡΑ αποτελεί «εγγεγραμμένη στο μητρώο εταιριών συνεταιριστική εταιρία περιορισμένης ευθύνης». Ως εκ τούτου, μπορεί να θεωρηθεί ότι το ΑΡΑ έχει νομική προσωπικότητα. Επομένως, υπό την επιφύλαξη των διαπιστώσεων του Bundesvergabeamt επί του ζητήματος αυτού, αντισυμβαλλόμενος της Δημοκρατίας της Αυστρίας μπορεί να θεωρηθεί εν προκειμένω μόνο το ΑΡΑ και όχι τα μέλη του συνεταιρισμού ΑΡΑ. Στην περίπτωση αυτή, τυχόν αλλαγές στη σύνθεση των μελών του συνεταιρισμού δεν συνιστούν ουσιώδη τροποποίηση της συμβάσεως.

### 3. Επί του τρίτου ερωτήματος

71. Με το τρίτο ερώτημά του, το Bundesvergabeamt ερωτά κατ' ουσίαν αν πρέπει να θεωρηθεί ως σύναψη νέας δημόσιας συμβάσεως κατά την έννοια της οδηγίας 92/50 το γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή και ο παρέχων υπηρεσίες τροποποίησαν την υφιστάμενη μεταξύ τους σύμβαση παροχής υπηρεσιών, κατά τη διάρκεια ισχύος της, συμφωνώντας:

- να ανανεωθεί για τρία έτη η συμφωνηθείσα κατά το παρελθόν και μη ισχύουσα πλέον παραίτηση από το δικαίωμα καταγγελίας της συμβάσεως και
- να τροποποιήσουν ορισμένες τιμές από τις μέχρι τούδε συμφωνηθείσες,

αυξάνοντας κατά 10 % τη χορηγούμενη έκπτωση.

72. Αφορμή για τη διατύπωση του ερωτήματος αυτού είναι η δεύτερη τροποποίηση που επήλθε το 2005 στη βασική σύμβαση που είχε συναφθεί μεταξύ του ΑΡΑ και της Δημοκρατίας της Αυστρίας.

α) Το πρώτο σκέλος του τρίτου ερωτήματος: παράταση της ισχύος της ρήτρας περί παραίτησας από το δικαίωμα καταγγελίας

73. Το πρώτο σκέλος του τρίτου ερωτήματος αφορά τη συμφωνηθείσα το 2005 παράταση της ισχύος της ρήτρας περί παραίτησας των συμβαλλομένων από το δικαίωμα καταγγελίας η οποία είχε παύσει να ισχύει.

74. Από απόψεως δικαίου σύναψης δημοσίων συμβάσεων, θα ήταν προβληματικό να συμφωνηθεί στο πλαίσιο διαρκούς ενοχικής συμβάσεως αορίστου χρόνου η παραίτηση από το δικαίωμα καταγγελίας για μεγάλο χρονικό διάστημα ή ακόμη να αποκλειστεί τελείως το δικαίωμα καταγγελίας της συμβάσεως από την αναθέτουσα αρχή. Πράγματι, μία τέτοια συμφωνία θα απέκλειε για πάντα οποιοδήποτε ανταγωνισμό μεταξύ των πιθανών παρεχόντων υπηρεσιών και, ως εκ τούτου, θα αντέβαινε προδήλως στους σκοπούς των οδηγιών που διέπουν τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

75. Εντούτοις, άλλως έχουν τα πράγματα στην περίπτωση παραίτησεως από το δικαίωμα καταγγελίας, όπως αυτή που συμφωνήθηκε εν προκειμένω το 2005 και η οποία ισχύει για τρία έτη. Μια τέτοια παραίτηση από το δικαίωμα καταγγελίας συμβάσεως δεν μπορεί να θεωρηθεί εξ αρχής ως παράνομη υπό το πρίσμα του δικαιού της συνάψεως δημοσίων συμβάσεων. Ωστόσο, πρέπει να εξεταστεί αν για την προσθήκη τέτοιας ρήτρας θα έπρεπε να κινηθεί η διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως. Τούτο εξαρτάται από το αν η παραίτηση από το δικαίωμα καταγγελίας πρέπει να θεωρηθεί ως ουσιώδης τροποποίηση της υφιστάμενης βασικής συμβάσεως<sup>38</sup>.

76. Προκειμένου να χαρακτηριστεί ως ουσιώδης τροποποίηση της συμβάσεως, πρέπει μια ισχύουσα για μικρό αριθμό ετών παραίτηση από το δικαίωμα καταγγελίας να μπορεί να νοθεύσει τον ανταγωνισμό στην οικεία αγορά και να ευνοήσει τον αντισυμβαλλόμενο της αναθέτουσας αρχής έναντι άλλων πιθανών παρεχόντων υπηρεσίες<sup>39</sup>.

77. Τούτο μπορεί να συμβεί κατ' εξαίρεση μόνο στην περίπτωση, και δη τότε μόνον, όταν κατά τη συμφωνία για την παραίτηση από το δικαίωμα καταγγελίας υπάρχουν συγκεκριμένα στοιχεία ότι, ειδάλλως, η αναθέτουσα αρχή κατά τον προβλεπόμενο χρόνο ισχύος της παραίτησεως από το δικαίωμα καταγγελίας θα είχε λύσει τη σύμβαση. Πράγματι, μόνο στην περίπτωση αυτή θα είχαν άλλοι πιθανοί παρέχοντες υπηρεσίες βάσιμες προσδοκίες ότι θα υπεισέλθουν εν όλω ή εν μέρει κατά το διάστημα αυτό στη θέση του νυν παρέχοντος υπηρεσίες.

78. Επ' αυτού, πρέπει να παρατηρήσω πρώτον ότι η αναθέτουσα αρχή δεν είχε νομική υποχρέωση να λύσει πρόωρα μια υφιστάμενη συμβατική σχέση η οποία είχε συναφθεί χωρίς να υπάρχει παράβαση της κείμενης νομοθεσίας· η προσχώρηση της Αυστρίας στην Ευρωπαϊκή Ένωση δεν δημιούργησε την υποχρέωση εις βάρος της αναθέτουσας αρχής να καταγγείλει την υφιστάμενη βασική σύμβαση ή να προβεί σε διαδικασία συνάψεως νέας δημόσιας συμβάσεως<sup>40</sup>. Συνεπώς, θα μπορούσε βεβαίως να υπάρχει, από νομικής απόψεως, η δυνατότητα να καταγγείλει η Δημοκρατία της Αυστρίας τη σύμβαση παροχής υπηρεσιών που συνήψε με το APA από της λήξεως της αρχικώς (το 1994) συνομολογηθείσας ρήτρας περί παραίτησεως από το δικαίωμα καταγγελίας, ωστόσο ουδόλως ήταν υποχρεωτική η καταγγελία της εν λόγω συμβάσεως.

79. Δεύτερον, η Δημοκρατία της Αυστρίας δεν είχε το 2005 ούτε κάποιο οικονομικό κίνητρο —υπό την επιφύλαξη τυχόν διαπιστώσεων στις οποίες ενδέχεται να προβεί το Bundesvergabeamt στη συνέχεια— να απευθυνθεί σε κάποιον άλλον παρέχοντα υπηρεσίες κατά το υπό εξέταση σχετικά σύντομο χρονικό διάστημα ισχύος της ρήτρας περί παραίτησεως από το δικαίωμα καταγγελίας, ήτοι μέχρι τα τέλη του 2008. Βάσει των ανωτέρω συνάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή μπορούσε ευλόγως να θεωρήσει ότι κατά το χρονικό διάστημα μέχρι το 2008 δεν θα υπήρχαν ισάξιες προσφορές με ευνοϊκότερες προϋποθέσεις οι οποίες θα δικαιολογούσαν την επιβάρυνση που συνεπάγεται η διαδικασία αλλαγής του παρέχοντος υπηρεσίες.

80. Συνεπώς, βάσει των προσκομισθέντων στο πλαίσιο της παρούσας υποθέσεως στοιχείων, η συνομολογηθείσα το 2005 παράταση

38 — Βλ., ανωτέρω, σημείο 48 των ανά χείρας προτάσεων.

39 — Βλ., ανωτέρω, σημεία 48 και 49 των ανά χείρας προτάσεων.

40 — Στο ίδιο πνεύμα, απόφαση Tögel (παραπαρατεθείσα στην υποσημείωση 21, σκέψεις 53 και 54).

της ισχύος της ρήτρας περί παραιτήσεως από το δικαίωμα καταγγελίας για χρονικό διάστημα τριών ετών δεν δημιουργούσε τον κίνδυνο στρεβλώσεως του ανταγωνισμού και, ως εκ τούτου, δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως ουσιώδης τροποποίηση της βασικής συμβάσεως.

β) Το δεύτερο σκέλος του τρίτου ερωτήματος: η συμφωνία για υψηλότερες εκπτώσεις

81. Το δεύτερο σκέλος του τρίτου ερωτήματος αφορά τις συμφωνηθείσες το 2005 υψηλότερες εκπτώσεις για τη μέσω ηλεκτρονικής διασυνδέσεως άντληση στοιχείων από τις υπηρεσίες ενημερώσεως του APA. Ενώ η βασική σύμβαση παραχωρούσε στις αυστριακές ομοσπονδιακές υπηρεσίες έκπτωση της τάξεως του 15 %, από της δεύτερης τροποποίησεως της συμβάσεως η έκπτωση αυξήθηκε σε 25 %.

82. Όπως προελέχθη<sup>41</sup>, μπορεί να γίνει λόγος για εκ νέου ανάθεση της εκτελέσεως υφιστάμενης δημόσιας συμβάσεως παροχής υπηρεσιών μόνο στην περίπτωση που υπήρξε ουσιώδης τροποποίηση της συμβάσεως. Τούτο ισχύει και για τις τροποποιήσεις στις συμβατικά καθορισθείσες τιμές. Πράγματι, έστω και αν οι τρόποι πληρωμής καθ' εαυτούς αποτελούν ουσιώδες περιεχόμενο της συμβάσεως<sup>42</sup>, δεν πρέπει να θεωρείται η οποιαδήποτε τροποποίηση, έστω και ήσσονος σημασίας, των άπαξ συνολογηθέντων όρων για το ύψος των τιμών ως ουσιώδης τροποποίηση της συμβάσεως.

83. Κατ' αρχάς, πρέπει να εξετάζεται αν η αύξηση της αρχικώς παραχωρηθείσας εκπτώσεως κατά δέκα ποσοστιαίες μονάδες αποτελεί *τροποποίηση του περιεχομένου* των όρων περί του ύψους των τιμών που εφαρμόζονται επί της δημόσιας συμβάσεως παροχής υπηρεσιών.

84. Το APA και η APA-OTS υποστηρίζουν ότι η ισχύουσα εφεξής έκπτωση του 25 % αποτελεί απλώς τη λογική προέκταση όσων προέβλεπε ούτως ή άλλως η βασική σύμβαση. Συγκεκριμένα, η βασική σύμβαση παρέπεμπε σε έναν τιμοκατάλογο με διαβαθμίσεις του APA. Κατά την άποψή τους, η νέα, μεγαλύτερη, έκπτωση πρέπει να θεωρηθεί ότι ισοδυναμεί με την εισαγωγή μιας νέας, χαμηλότερης, διαβαθμίσεως στον τιμοκατάλογο του APA.

85. Συναφώς, πρέπει να παρατηρηθεί ότι η συγκεκριμένη εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών που είναι κρίσιμα στο πλαίσιο της κύριας δίκης απόκειται στο Bundesvergabeamt. Στη διάταξη περί παραπομπής, η οποία και μόνον καθορίζει το πλαίσιο των πραγματικών περιστατικών που είναι κρίσιμα για την παρούσα διαδικασία για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως<sup>43</sup>, η τροποποίηση των ποσοστιαίων μονάδων από 15 % σε 25 % χαρακτηρίζεται ως «μεγαλύτερη έκπτωση από τη μέχρι τούδε ισχύουσα». Τούτο υποδηλώνει την τροποποίηση του περιεχομένου των όρων που διέπουν τις τιμές.

41 — Βλ., ανωτέρω, σημεία 48 και 49 των ανά χείρας προτάσεων.

42 — Στο ίδιο πνεύμα, απόφαση Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 28, σκέψη 117).

43 — Βλ. αποφάσεις της 29ης Απριλίου 2004, C-482/01 και C-493/01, Ορφανόπουλος και Oliveri (Συλλογή 2004, σ. I-5257, σκέψη 42), και της 12ης Ιανουαρίου 2006, C-246/04, Turn- und Sportunion Waldburg (Συλλογή 2006, σ. I-589, σκέψη 21).

86. Υπέρ της εκτιμήσεως αυτής συνηγορεί και το γεγονός ότι η αρχικώς παραχωρηθείσα έκπτωση του 15 % αφορούσε τις «τιμές του τιμοκαταλόγου με τη χαμηλότερη διαβάθμιση». Συνεπώς, στην αναθέτουσα αρχή είχε χορηγηθεί από της συνάψεως της βασικής συμβάσεως το 1994 η χαμηλότερη δυνατή τιμολογιακή διαβάθμιση. Υπό τις περιστάσεις αυτές, είναι ήκιστα πιθανόν οι αντισυμβαλλόμενοι να σχεδίαζαν ή έστω και να θεωρούσαν πιθανή κατά το χρονικό εκείνο σημείο τη μετάβαση σε μία έτι ευνοϊκότερη τιμολογιακή κατηγορία. Από το γεγονός ότι από το 2005 η χορηγηθείσα έκπτωση ήταν αυξημένη κατά 10 ποσοστιαίες μονάδες, εφαρμοζόμενη επίσης επί της χαμηλότερης τιμολογιακής κατηγορίας, συνάγεται ότι πρόκειται για πραγματική μεταβολή των τιμών και όχι απλώς για εύλογη συνέπεια του τρόπου καθορισμού του ύψους των τιμών, που προέβλεπε η βασική σύμβαση.

87. Ωστόσο, ως *ουσιώδης τροποποίηση της συμβάσεως* πρέπει να θεωρείται αυτή η μεταβολή των τιμών μόνο στην περίπτωση που μπορεί στη συγκεκριμένη περίπτωση να νοθεύσει τον ανταγωνισμό στην οικεία αγορά και να ευνοήσει τον αντισυμβαλλόμενο της αναθέτουσας αρχής εις βάρος άλλων πιθανών παρεχόντων υπηρεσίες.

88. Για την εκτίμηση του ζητήματος αυτού πρέπει, αφενός, να εξεταστεί η έκταση της μεταβολής των τιμών για την εκάστοτε παροχή και, αφετέρου, να εκτιμηθεί επίσης αυτή η μεταβολή των τιμών σε σχέση με τη σημασία της οικείας δημόσιας συμβάσεως στο σύνολό της.

89. Κατ' αρχάς, όσον αφορά αυτή καθ' εαυτήν τη μεταβολή των τιμών, ο κίνδυνος νοθεύσεως του ανταγωνισμού στην περίπτωση μείωσης των τιμών είναι μικρότερος απ' ό,τι στην περίπτωση αυξήσεώς τους. Και τούτο διότι η μείωση των τιμών αποβαίνει υπέρ της αναθέτουσας αρχής και, πέραν τούτου, βελτιώνει την οικονομική αποδοτικότητα της εκτελέσεως της συμβάσεως.

90. Εντούτοις, δεν μπορεί εκ των προτέρων να αποκλειστεί ότι ενδεχομένως και η συμφωνία για χαμηλότερες τιμές να νοθεύει τον ανταγωνισμό. Ορθώς επισήμανε το ζήτημα αυτό η Λιθουανική Κυβέρνηση.

91. Το κρίσιμο στοιχείο είναι πάντοτε οι όροι τους οποίους θα μπορούσε να πετύχει η αναθέτουσα αρχή στην αγορά *κατά τον χρόνο της τροποποιήσεως της συμβάσεως*. Στην περίπτωση π.χ. που οι τιμές για την υπηρεσία που αποτελεί αντικείμενο της συμβάσεως μειώνονται εν γένει στην αγορά σε σχέση με αυτές που ίσχυαν κατά την αρχική σύναψη της δημόσιας συμβάσεως, τότε η απλή συμφωνία για μικρότερες τιμές σε σχέση με τις μέχρι τούδε ισχύουσες δεν διασφαλίζει την τήρηση της αρχής του ανταγωνισμού και της οικονομικής αποδοτικότητας. Αντιθέτως, πρέπει να εξετάζεται αν άλλοι πιθανοί παρέχοντες υπηρεσίες θα μπορούσαν να προσφέρουν στην αναθέτουσα αρχή τη ζητούμενη παροχή, κατά τον χρόνο της τροποποιήσεως της συμβάσεως, σε ακόμη χαμηλότερη τιμή απ' ό,τι ο μέχρι τούδε αντισυμβαλλόμενός της.

92. Εντούτοις, από το αποδεικτικό υλικό που προσκομίστηκε στο πλαίσιο της παρούσας διαδικασίας δεν μπορούν να συναχθούν συγκεκριμένα στοιχεία περί του ότι η αναθέτουσα αρχή θα μπορούσε να πετύχει στην

υπό κρίση υπόθεση, δια της εφαρμογής της διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, ακόμη καλύτερη τιμή για ισάξια υπηρεσία από αυτήν που πέτυχε με τη δεύτερη τροποποίηση της βασικής συμβάσεως που συνήψε με το ΑΡΑ ως μέχρι τούδε παρέχοντος υπηρεσίες.

93. Τέλος, όσον αφορά τη σημασία της μεταβολής των τιμών σε σχέση με τη δημόσια σύμβαση στο σύνολό της, πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι η αυξημένη έκπτωση συμφωνήθηκε για μόνο μία μερική παροχή —τη μέσω ηλεκτρονικής διασυνδέσεως άντληση στοιχείων από τις υπηρεσίες ενημερώσεως του ΑΡΑ— και όχι για το σύνολο των υπηρεσιών που έχει την υποχρέωση να παράσχει το ΑΡΑ. Έστω και αν μια αυξημένη κατά δέκα ποσοστιαίες μονάδες έκπτωση στην τιμή δεν είναι άνευ σημασίας για την οικεία μερική παροχή, εντούτοις έχει σαφώς μικρότερη βαρύτητα σε σχέση με τη συνολική σύμβαση.

94. Ωστόσο, σε τελευταία ανάλυση, το Bundesvergabeamt είναι αυτό που έχει την υποχρέωση να προβεί στις απαιτούμενες διαπιστώσεις σχετικά με τη σημασία της μεταβολής των τιμών τόσο σε σχέση με την οικεία μερική παροχή όσο και σε σχέση με τη δημόσια σύμβαση στο σύνολό της.

95. Βάσει των στοιχείων που έχει στη διάθεσή του το Δικαστήριο, φρονώ ότι σε κάθε περίπτωση η μεταβολή των τιμών, όπως αυτή πραγματοποιήθηκε με την αύξηση των εκπτώσεων που χορηγήθηκε με τη δεύτερη τροποποίηση της συμβάσεως το 2005, δεν μπορεί να θεωρηθεί ως ουσιώδης τροποποίηση της συμβάσεως.

#### 4. Επί του δευτέρου ερωτήματος

96. Με το δεύτερο ερώτημά του, το Bundesvergabeamt ερωτά κατ' ουσίαν αν ισοδυναμεί με σύναψη νέας δημόσιας συμβάσεως παροχής υπηρεσιών, κατά την έννοια της οδηγίας 92/50, το γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή και ο παρέχων υπηρεσίες τροποποίησαν, διαρκούσης της ισχύος της, την υφιστάμενη μεταξύ τους σύμβαση παροχής υπηρεσιών υπό την έννοια ότι:

— οι συμβατικές καθορισθείσες τιμές δεν εκφράζονταν πλέον σε εθνικό νόμισμα, λόγω της νομισματικής αλλαγής, αλλά σε ευρώ,

— η περιλαμβανόμενη στη σύμβαση ρήτρα τιμαριθμικής αναπροσαρμογής αναδιατυπώθηκε δια της παραπομπής σε έναν μεταγενέστερο δείκτη τιμών καταναλωτή από τον μέχρι τούδε χρησιμοποιούμενο και

— οι τιμές για ορισμένες υπηρεσίες αποκλίνουν πλέον από τις μέχρι τούδε συμφωνηθείσες.

97. Το ερώτημα αυτό αφορά την επενεχθείσα το 2001 πρώτη τροποποίηση της βασικής συμβάσεως με την οποία οι συμβαλλόμενοι προέβησαν σε τέτοιες τροποποιήσεις των όρων περί τιμών.



98. Αμιγώς εθνικού χαρακτήρα αναπροσαρμογές της συμβάσεως, οι οποίες δεν επηρεάζουν κατά τρόπο αποφασιστικό τη σχέση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του αντισυμβαλλομένου της, δεν αποτελούν τροποποίηση του περιεχομένου της συμβάσεως. Κατά μείζονα λόγο δεν μπορεί να θεωρηθεί ουσιώδης τροποποίηση της συμβάσεως η οποία θα απαιτούσε την κίνηση της διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως.

99. Στην περίπτωση που υφιστάμενη σύμβαση τροποποιηθεί λόγω της νομισματικής αλλαγής και της μεταβάσεως στο ευρώ προκειμένου οι μέχρι τούδε συμφωνηθείσες τιμές να εκφράζονται στο νέο νόμισμα, χωρίς ωστόσο να υπάρχει ουσιαστική αύξηση ή μείωση τους, τότε δεν πρόκειται για ουσιώδη τροποποίηση της συμβάσεως, αλλά απλά για την τεχνική προσαρμογή μιας υφιστάμενης συμβάσεως σε μεταβληθείσες εξωτερικές περιστάσεις<sup>44</sup>. Μέρος αυτής της αμιγώς τεχνικής προσαρμογής είναι η απαιτούμενη τροποποίηση των εκ νέου υπολογισθέντων ποσών σε ευρώ σύμφωνα με τις ισχύουσες νομοθετικές διατάξεις.

100. Ομοίως η παραπομπή σε έναν άλλον δείκτη τιμών καταναλωτή από τον αρχικώς συμφωνηθέντα ενδέχεται να αποτελεί αμιγώς

τεχνική προσαρμογή της συμβάσεως, εφόσον αμφότεροι οι δείκτες είναι ισοδύναμοι. Την ισοδυναμία αυτή επισημαίνει και η διάταξη περί παραπομπής σύμφωνα με την οποία στην περίπτωση του νέου δείκτη τιμών καταναλωτή πρόκειται απλώς για δείκτη μεταγενέστερο του μέχρι τούδε ισχύοντος. Ωστόσο, το Bundesvergabeamt θα πρέπει επιπλέον να βεβαιωθεί ότι και ο τρόπος λειτουργίας αυτού του νέου δείκτη είναι ισοδύναμος με αυτόν που μέχρι τούδε ίσχυε. Τούτο συνεπάγεται μεταξύ άλλων ότι οι κατηγορίες των προϊόντων ή των λοιπών μεγεθών αναφοράς, στα οποία αναφέρονται οι εκάστοτε δείκτες, πρέπει να είναι ουσιαστικά ισοδύναμα.

101. Αντιθέτως, αν η μετάβαση στο ευρώ ή η τυχόν τροποποίηση του δείκτη από τους συμβαλλομένους αποτελεί αφορμή προκειμένου να τροποποιηθούν και από ουσιαστικής απόψεως οι αρχικώς συμφωνηθείσες τιμές, τότε το μέτρο αυτό βαίνει, λόγω της εκτάσεώς του, πέραν μιας αμιγώς τεχνικής προσαρμογής της συμβάσεως. Και τούτο διότι δεν μπορεί πλέον να αποκλείεται εξ αρχής ότι υπάρχει ουσιώδης τροποποίηση της συμβάσεως που επηρεάζει τον ανταγωνισμό μεταξύ των παρεχόντων υπηρεσιών.

102. Κατά τη διάταξη περί παραπομπής, στην παρούσα υπόθεση οι προσαρμογές που επήλθαν στη βασική σύμβαση με την πρώτη τροποποίηση της είχαν ως αποτέλεσμα να ισχύουν πλέον ανώτατες τιμές για την κατώριση ορισμένων ανακινωθέντων τύπου των ομοσπονδιακών αρχών στη βάση OTS για τα έτη 2002, 2003 και 2004 οι οποίες δεν μπορούσαν να αυξηθούν.

103. Το Bundesvergabeamt θα πρέπει να εξετάσει αν με τον τρόπο αυτόν επήλθε ουσιώδης τροποποίηση των τιμών που είχαν

44 — Βεβαίως, η προσαρμογή της συμβάσεως δεν θα ήταν επιτακτικά αναγκαία λόγω της μεταβάσεως στο ευρώ, διότι οι υφιστάμενες νομικές προϋποθέσεις πλαισίου διασφάλιζαν ότι όλα τα ποσά που ήταν εκπεφρασμένα σε εθνικό νόμισμα θα μετατρέπονταν μελλοντικώς σε ευρώ χωρίς τούτο να συνεπάγεται τροποποίηση των υφιστάμενων συμβατικών υποχρεώσεων (βλ., επίσης, τα άρθρα 3 και 5 του κανονισμού [ΕΚ] 1103/97 του Συμβουλίου, της 17ης Ιουνίου 1997, σχετικά με ορισμένες διατάξεις που αφορούν την εισαγωγή του ευρώ, ΕΕ L 162, σ. 1). Ωστόσο, όπως ορθώς επισήμαναν το ΑΡΑ και η ΑΡΑ-ΟΤΣ ενδέχεται η ρητή προσαρμογή της συμβάσεως να είναι παρ' όλα αυτά σκόπιμη ιδίως στην περίπτωση των διαρκών ενοχών, όπως είναι η υπό κρίση, προκειμένου να αποφευχθούν οι αυξημένες διοικητικές δαπάνες λόγω της διαρκώς επαναλαμβανόμενης μετατροπής των εκπεφρασμένων σε εθνικό νόμισμα ποσών σε ευρώ.

συμφωνηθεί στο πλαίσιο της βασικής συμβάσεως. Συναφώς, κρίσιμο είναι το ποια εξέλιξη θα έπρεπε να αναμένεται σε σχέση με τις αναπροσαρμοζόμενες βάσει του τιμαριθμού τιμές που είχαν συμφωνηθεί στο πλαίσιο της βασικής συμβάσεως κατόπιν αντικειμενικής εξετάσεως των διαθέσιμων για το 2001 στοιχείων.

104. Αν αποδειχθεί ότι οι ανώτατες τιμές που καθορίστηκαν για τα έτη 2002, 2003 και 2004 αντιστοιχούν κατ' ουσίαν στις τιμές οι οποίες θα ίσχυαν κατά πάσα πιθανότητα και στο πλαίσιο εφαρμογής της ρήτρας τιμαριθμικής αναπροσαρμογής της βασικής συμβάσεως, τότε δεν υπάρχει ουσιώδης τροποποίηση της συμβάσεως<sup>45</sup>. Αντιθέτως, σε περίπτωση που οι τιμές αυτές αποκλίνουν σαφώς από την αναμενόμενη δύναμη της βασικής συμβάσεως εξέλιξη των τιμών, τότε πρέπει να εξεταστούν οι συνέπειες που έχει η τροποποίηση αυτή στον ανταγωνισμό, προς τούτο δε εφαρμόζονται τα κριτήρια που τίθενται ανωτέρω στο δεύτερο σκέλος του τρίτου ερωτήματος<sup>46</sup>.

105. Εν πάση περιπτώσει, βάσει των στοιχείων που έχει στη διάθεσή του το Δικαστήριο, φρονώ ότι οι μεταβολές των τιμών, όπως είναι αυτές που συμφωνήθηκαν με την πρώτη τροποποίηση της συμβάσεως, κινούνται στο πλαίσιο των ετήσιων αυξήσεων των τιμών, όπως αυτές μπορούσαν να προβλεφθούν το 2001, και, ως εκ τούτου, δεν υπάρχει ουσιώδης τροποποίηση της συμβάσεως.

45 — Η διαφορά είναι ανεπαίσθητη σε σχέση με τις ανώτατες τιμές ανά γραμμή που συμφωνήθηκαν για τα έτη 2002, 2003 και 2004 με την πρώτη τροποποίηση της συμβάσεως. Υπό την επιφύλαξη τυχόν ακριβέστερων διαπιστώσεων από το Bundesvergabeamt, φαίνεται ότι αυτές οι ανεπαίσθητες διακυμάνσεις των τιμών από έτος σε έτος κινούνταν εντός της αναμενόμενης κατά το 2001 γενικής εξελίξεως των τιμών κατά τα επόμενα έτη.

46 — Βλ., ανωτέρω, σημεία 81 έως 94 των ανά χειράς προτάσεων.

## *B — Επί του τέταρτου και πέμπτου ερωτήματος*

106. Το τέταρτο και το πέμπτο ερώτημα του Bundesvergabeamt που αφορούν την ισχύουσα διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως και την απόδειξη της ικανότητας παροχής ενός παρέχοντος υπηρεσίες προϋποθέτουν ότι πράξεις, όπως είναι αυτές των ετών 2000, 2001 και το 2005, μπορούν να θεωρηθούν ως σύναψη δημόσιας συμβάσεως παροχής υπηρεσιών.

107. Βάσει των στοιχείων που έχει στη διάθεσή του το Δικαστήριο, φρονώ ότι καμία από τις πράξεις αυτές δεν αποτελεί σύναψη δημόσιας συμβάσεως<sup>47</sup>. Συνεπώς, θα προβώ επικουρικός και μόνο στην εξέταση του τέταρτου και του πέμπτου ερωτήματος.

### 1. Επί του τέταρτου ερωτήματος

108. Με το τέταρτο ερώτημά του, το Bundesvergabeamt ερωτά κατ' ουσίαν αν επιτρέπεται να συναφθεί ενιαία σύμβαση παροχής υπηρεσιών στο πλαίσιο διαδικασίας διαπραγματεύσεως χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκηρύξεως στην περίπτωση που το κύριο αντικείμενο της συμβάσεως

47 — Βλ. συναφώς αναπτύξεις μου επί του πρώτου, του δεύτερου και του τρίτου ερωτήματος (ανωτέρω, σημεία 41 έως 105 των ανά χειράς προτάσεων).

αυτής είναι η παροχή επικουρικών υπηρεσιών και αν υπάρχουν αποκλειστικά δικαιώματα κατά την έννοια του άρθρου 11, παράγραφος 3, στοιχείο β', της οδηγίας 92/50 όχι για όλες, αλλά μόνο για ορισμένες από τις υπηρεσίες που πρόκειται να παρασχεθούν.

α) Κύριες και επικουρικές υπηρεσίες

109. Από τα άρθρα 8 έως 10 της οδηγίας 92/50 συνάγεται ότι η εν λόγω οδηγία διακρίνει μεταξύ κύριων και επικουρικών υπηρεσιών. Ο ορισμός των πρώτων δίδεται στο παράρτημα I Α της οδηγίας, ενώ των δεύτερων στο παράρτημα I Β. Βάση της ρυθμίσεως αυτής είναι το γεγονός ότι οι επικουρικές υπηρεσίες, λόγω της ιδιάζουσας φύσεώς τους, δεν παρουσιάζουν a priori διασυννοριακό ενδιαφέρον ικανό να δικαιολογήσει τη σύναψή τους κατόπιν διαδικασίας διαγωνισμού<sup>48</sup>.

110. Το Bundesvergabeamt, στηριζόμενο στην επιχειρηματολογία του ΑΡΑ και της ΑΡΑ-ΟΤΣ, εκκινεί από την αρχή ότι οι παροχές πρακτορείου ειδήσεων, όπως είναι οι συμφωνηθείσες εν προκειμένω, αποτελούν συνδυασμό κύριων και επικουρικών υπηρε-

σιών<sup>49</sup>, οι δε επικουρικές υπηρεσίες υπερτερούν σαφώς από απόψεως αξίας.

111. Αν η ανάλυση αυτή είναι ορθή<sup>50</sup>, τότε εφαρμόζεται συνολικώς επί της δημόσιας συμβάσεως παροχής υπηρεσιών που συνήφθη με το ΑΡΑ το καθεστώς των επικουρικών υπηρεσιών (άρθρο 10 της οδηγίας 92/50). Συνεπώς, πρόκειται για δημόσια σύμβαση η οποία δεν υπόκειται σε καμία ειδική διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως κατά την έννοια του παραρτήματος ΙΙΙ της οδηγίας 92/50<sup>51</sup>.

β) Η εφαρμογή της επιταγής της διαφάνειας

112. Εντούτοις, κατά πάγια νομολογία, πρέπει να τηρούνται οι θεμελιώδεις κανόνες της Συνθήκης ΕΚ, εν γένει, και η αρχή της απαγορεύσεως των δυσμενών διακρίσεων λόγω ιθαγενείας, ειδικότερα, στο πλαίσιο συνάψεως δημόσιων συμβάσεων για τις οποίες οι οικείες οδηγίες δεν προβλέπουν

49 — Το ΑΡΑ και η ΑΡΑ-ΟΤΣ φρονούν ότι οι υπηρεσίες τους τεκμηριώσεως πρέπει να υπαχθούν στην κατηγορία «Υπηρεσίες βιβλιοθηκών» («Library services», αριθμός αναφοράς CPC 96311) και οι υπηρεσίες που αφορούν τη βάση ΟΤΣ στην κατηγορία «Υπηρεσίες ηλεκτρονικού ταχυδρομείου» («Electronic message and information services», αριθμός αναφοράς CPC 75232).

50 — Η διάταξη περί παραπομπής ορίζει το πλαίσιο των πραγματικών περιστατικών εντός του οποίου πρέπει να απαντηθούν τα προδικαστικά ερωτήματα: βλ., συναφώς, νομολογία που παρατίθεται στην υποσημείωση 43.

51 — Κατά το άρθρο 9 σε συνδυασμό με το άρθρο 10 της οδηγίας 92/50, επί των συμβάσεων αυτών πρέπει να εφαρμόζονται (μόνον) τα άρθρα 14 και 16 της εν λόγω οδηγίας, τα οποία είναι άνευ σημασίας για τα υπό εξέταση ερωτήματα. Οι λοιπές διαδικαστικές διατάξεις που προβλέπει η οδηγία 92/50, ιδίως αυτές που αφορούν την προκήρυξη διαγωνισμού με προηγούμενη δημοσίευση, δεν ισχύουν γι' αυτές τις συμβάσεις (απόφαση Επιτροπή κατά Ιρλανδίας, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 25, σκέψεις 23 και 24). Εντούτοις, ισχύει η αρχή της απαγορεύσεως των δυσμενών διακρίσεων του άρθρου 3, παράγραφος 2, της οδηγίας 92/50 (απόφαση της 27ης Οκτωβρίου 2005, C-234/03, Contse κ.λπ., Συλλογή 2005, σ. I-9315, σκέψη 47).

48 — Βλ. απόφαση Επιτροπή κατά Ιρλανδίας (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 25, σκέψη 25).

ειδικούς κανόνες συνάψεώς τους<sup>52</sup>. Το Δικαστήριο διευκρίνισε όλως προσφάτως ότι τούτο ισχύει και για τη σύναψη δημόσιων συμβάσεων για την παροχή επικουρικών υπηρεσιών<sup>53</sup>.

113. Συνεπώς, αν μία σύμβαση για την παροχή επικουρικών υπηρεσιών παρουσιάζει βέβαιο διασυνοριακό ενδιαφέρον, τότε εφαρμόζεται επ' αυτής η απορρέουσα από τις θεμελιώδεις ελευθερίες *επιταγή της διαφάνειας*, και η σύμβαση δεν επιτρέπεται να συναφθεί χωρίς συμμόρφωση προς την επιταγή αυτή<sup>54</sup>.

114. Το Bundesvergabeamt θα πρέπει να εξετάσει αν η παροχή υπηρεσιών πρακτορείου ειδήσεων, όπως αυτές που αποτελούν εν προκειμένω το αντικείμενο της σύμβασης, παρουσιάζει βέβαιο διασυνοριακό ενδιαφέρον<sup>55</sup>. Συναφώς, πρέπει να λαμβάνονται υπόψη μεταξύ άλλων οι ακόλουθες παράμετροι:

— Υπέρ της υπάρξεως διασυνοριακού ενδιαφέροντος συνηγορεί το γεγονός ότι

52 — Βλ. απόφαση *Parking Brixen* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 32, σκέψη 46). βλ., επίσης, αποφάσεις της 7ης Δεκεμβρίου 2000, C-324/98, *Telaustria* και *Telefonadress* (Συλλογή 2000, σ. I-10745, σκέψη 60), της 21ης Ιουλίου 2005, C-231/03, *Coname* (Συλλογή 2005, σ. I-7287, σκέψη 16), της 20ής Οκτωβρίου 2005, C-264/03, *Επιτροπή κατά Γαλλίας* (Συλλογή 2005, σ. I-8831, σκέψη 33), *ΑΝΑΥ* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 34, σκέψη 18), και της 14ης Ιουνίου 2007, C-6/05, *Medipac-Καζαντζίδης* (Συλλογή 2007, σ. I-4557, σκέψη 33). βλ., επίσης, διάταξη της 3ης Δεκεμβρίου 2001, C-59/00, *Vestergaard* (Συλλογή 2001, σ. I-9505, σκέψη 20).

53 — Βλ. απόφαση *Επιτροπή κατά Ιρλανδίας* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 25, σκέψη 29).

54 — Βλ. απόφαση *Επιτροπή κατά Ιρλανδίας* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 25, σκέψη 30). βλ., επιπλέον, σε σχέση με την επιταγή της διαφάνειας τις αποφάσεις *Telaustria* και *Telefonadress* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 52, σκέψη 62), *Coname* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 51, σκέψεις 16 και 17), *Parking Brixen* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 32, σκέψεις 46 έως 49), και *ΑΝΑΥ* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 34, σκέψεις 18 έως 21).

55 — Βλ. απόφαση *Επιτροπή κατά Ιρλανδίας* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 25, σκέψεις 29 και 30).

σε διεθνές επίπεδο δραστηριοποιείται πλειάδα πρακτορείων ειδήσεων. Και η είσοδος στην αγορά του ΡΝ το 1999 καταδεικνύει ότι η αυστριακή αγορά δεν στερείται τελείως ενδιαφέροντος για νέους προσφέροντες.

— Οι υφιστάμενες επί του παρόντος συμφωνίες συνεργασίας μεταξύ διαφόρων πρακτορείων ειδήσεων που δραστηριοποιούνται στις αντίστοιχες εθνικές αγορές τους, όπως αυτές που μνημονεύθηκαν στο πλαίσιο της επ' ακροατηρίου συζητήσεως, δεν αποκλείουν ευθύς εξαρχής το ενδεχόμενο ορισμένα από τα πρακτορεία αυτά να εκδηλώσουν τη βούληση να ενισχύσουν στο μέλλον τη δραστηριότητά τους σε μια αγορά όπως είναι η αυστριακή μέσω της επιτόπιας παρουσίας τους

— Επιχείρημα κατά της υπάρξεως διασυνοριακού ενδιαφέροντος αποτελεί το γεγονός ότι ένα μεγάλο μέρος των υπηρεσιών που χρειάζονται οι αυστριακές ομοσπονδιακές αρχές αφορά ειδικά την Αυστρία καθώς και τα όσα συμβαίνουν σε περιφερειακό επίπεδο στα ομόσπονδα κράτη της.

γ) Το περιεχόμενο της επιταγής της διαφάνειας

115. Από το περιεχόμενο της αρχής της διαφάνειας προκύπτει η υποχρέωση διασφα-

λίσεως *προσήκοντος βαθμού δημοσιότητας*<sup>56</sup>. Μέχρι σήμερα είναι σε μεγάλο βαθμό αδιευκρίνιστες οι ακριβείς απαιτήσεις που απορρέουν από την ανωτέρω επιταγή για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων για τις οποίες οι οδηγίες περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων δεν προβλέπουν ειδικές διαδικασίες συνάψεως. Το βέβαιον είναι μόνον ότι από την επιταγή της διαφάνειας δεν συνάγεται κατ' ανάγκην η υποχρέωση προκηρύξεως διαγωνισμού<sup>57</sup>.

116. Τέλος, η αναθέτουσα αρχή έχει την υποχρέωση σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση να εκτιμά ποιος είναι ο προσήκων βαθμός δημοσιότητας προκειμένου να παρέχει τη δυνατότητα ανοίγματος στον ανταγωνισμό σε κάθε περίπτωση συνάψεως δημόσιας συμβάσεως καθώς και να παρέχει τη δυνατότητα ελέγχου του αμερόληπτου χαρακτήρα των διαδικασιών συνάψεως δημόσιας συμβάσεως<sup>58</sup>.

117. Εν γένει, η επιταγή της διαφάνειας δεν θα πρέπει να ερμηνεύεται υπό την έννοια ότι πάντοτε θα πρέπει να εφαρμόζεται διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως η οποία να είναι καθ' όλα παρεμφερής προς αυτήν που προβλέπουν οι οδηγίες για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων<sup>59</sup>. Και τούτο

διότι, ειδάλλως, θα καθίστατο άνευ νοήματος η διάκριση μεταξύ διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων οι οποίες εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των ανωτέρω οδηγιών και συμβάσεων οι οποίες δεν εμπίπτουν στο εν λόγω πεδίο εφαρμογής· πέραν τούτου, και οι καθοριζόμενες από τον κοινοτικό νομοθέτη οροφές οικονομικών αξιών των συμβάσεων θα καθίσταντο σε μεγάλο βαθμό άνευ περιεχομένου.

118. Ωστόσο, κατά μείζονα λόγο δεν απορρέουν από την επιταγή της διαφάνειας αυστηρότερες απαιτήσεις σε σχέση με τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, για τις οποίες οι οδηγίες περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων δεν προβλέπουν ειδική διαδικασία συνάψεως, απ' ό,τι για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων για τις οποίες οι οδηγίες αυτές προβλέπουν τέτοιες διαδικασίες<sup>60</sup>. Και τούτο διότι οι οδηγίες περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων δεν αποτελούν κάτι άλλο από μία συγκεκριμενοποίηση της επιταγής της διαφάνειας για συγκεκριμένες, ιδιαίτερα σημαντικές, περιπτώσεις συνάψεως δημοσίων συμβάσεων<sup>61</sup>.

119. Επομένως, σε σχέση με τις δημόσιες συμβάσεις οι οποίες έχουν κυρίως ή πρωτίστως ως αντικείμενο την παροχή επικουρικών υπηρεσιών, η επιταγή της διαφάνειας δεν μπορεί να θέσει αυστηρότερες απαιτήσεις σε σχέση με τον βαθμό δημοσιότητάς τους απ' ό,τι για συμβάσεις οι οποίες έχουν

56 — Βλ. αποφάσεις *Telaustria* και *Telefonadress* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 52, σκέψη 62), *Coname* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 52, σκέψεις 16 και 17), *Parking Brixen* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 32, σκέψη 49), και *ANAV* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 34, σκέψη 21).

57 — Βλ. αποφάσεις *Coname* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 52, σκέψη 21)· στο σημείο αυτό εκ παραδρομής η απόφαση *Parking Brixen* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 32, σκέψη 50), κάνει λόγο, στη δεσμευτική απόδοσή της στη γερμανική, για «Ausschreibung», πράγμα που οφείλεται σε ανεπιτυχή μετάφραση της γαλλικής εκφράσεως «mise en concurrence».

58 — Βλ. αποφάσεις *Telaustria* και *Telefonadress* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 52, σκέψη 62), *Parking Brixen* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 32, σκέψεις 49 και 50), και *ANAV* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 34, σκέψη 21). Στη συνάφεια, χρήσιμα στοιχεία παρέχει και η ερμηνευτική ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με το κοινοτικό δίκαιο που εφαρμόζεται στην ανάθεση συμβάσεων οι οποίες δεν καλύπτονται ή καλύπτονται εν μέρει από τις οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις (ΕΕ 2006, C 179, σ. 2).

59 — Βλ., συναφώς, προτάσεις μου επί της υποθέσεως *Parking Brixen* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 32, σημείο 37).

60 — Στο ίδιο πνεύμα, προτάσεις του γενικού εισαγγελέα *Jacobs* της 2ας Ιουνίου 2005 επί της υποθέσεως C-525/03, Επιτροπή κατά Ιταλία (απόφαση της 27ης Οκτωβρίου 2005, Συλλογή 2005, σ. I-9405, σημείο 47), της γενικής εισαγγελέα *Stix-Hackl* της 14ης Σεπτεμβρίου 2006 επί της υποθέσεως C-532/03, Επιτροπή κατά Ιρλανδία (απόφαση της 18ης Δεκεμβρίου 2007, Συλλογή 2007, σ. I-11353, σημείο 111), και της γενικής εισαγγελέα *Sharpston* της 8ης Ιανουαρίου 2007 επί της υποθέσεως C-195/04, Επιτροπή κατά Φινλανδία (απόφαση της 26ης Απριλίου 2007, Συλλογή 2007, σ. I-3351, σημεία 76 και 77). βλ., επίσης, προτάσεις μου επί της υποθέσεως *Parking Brixen* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 32, σημείο 46).

61 — Στο ίδιο πνεύμα, η απόφαση Επιτροπή κατά Ιρλανδία (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 25, σκέψεις 27 έως 29) βλ., επίσης, προτάσεις μου επί της υποθέσεως *Parking Brixen* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 32, σημείο 47).

κυρίως ή πρωτίστως ως αντικείμενο την παροχή κύριων υπηρεσιών.

δ) Σύναψη ενιαίας συμβάσεως με αντικείμενο την παροχή μικτών υπηρεσιών

120. Τούτο σημαίνει στην περίπτωση συμβάσεων με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών, οι οποίες λόγω της προστασίας αποκλειστικών δικαιωμάτων<sup>62</sup> μπορούν να παρασχεθούν μόνον από ένα συγκεκριμένο παρέχοντα υπηρεσίες, ότι αυτές οι υπηρεσίες μπορούν σε κάθε περίπτωση να αποτελέσουν αντικείμενο διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση σχετικής προκηρύξεως ανεξαρτήτως του αν πρόκειται για κύριες ή επικουρικές υπηρεσίες. Πράγματι, δεδομένου ότι το άρθρο 11, παράγραφος 3, στοιχείο β', της οδηγίας 92/50 επιτρέπει την εφαρμογή μιας τέτοιας διαδικασίας σε σχέση με την παροχή κύριων υπηρεσιών, τότε πρέπει κατά μείζονα λόγο να θεωρηθεί ότι επιτρέπεται η σύναψη δημόσιας συμβάσεως με αντικείμενο την παροχή επικουρικών υπηρεσιών κατ' εφαρμογήν της διαδικασίας αυτής. Ως προς το σημείο αυτό, οι αξιολογήσεις του άρθρου 11, παράγραφος 3, της οδηγίας 92/50 μπορούν να μεταφερθούν και στον τομέα των επικουρικών υπηρεσιών. Αφού το άρθρο 11, παράγραφος 3, της οδηγίας 92/50 δεν απαιτεί την προηγούμενη δημοσίευση προκηρύξεως, δεν μπορεί να συναχθεί κάτι διαφορετικό ούτε από την επιταγή της διαφάνειας<sup>63</sup>.

121. Προσήκουσα διαφάνεια η οποία να διασφαλίζει ότι η σύναψη δημόσιας συμβάσεως είναι ανοικτή στον ανταγωνισμό και παρέχει τη δυνατότητα ελέγχου σε σχέση με τον αμερόληπτο χαρακτήρα της διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως μπορεί να υπάρξει στην περίπτωση υπηρεσιών κατά την έννοια του άρθρου 11, παράγραφος 3, της οδηγίας 92/50 και μέσω εκ των υστέρων δημοσιεύσεως.

122. Απομένει να εξεταστεί αν μπορεί να συναφθεί μια ενιαία δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών στο πλαίσιο διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση σχετικής προκηρύξεως, στην περίπτωση που δεν υφίσταται αποκλειστικό δικαίωμα κατά την έννοια του άρθρου 11, παράγραφος 3, στοιχείο β', της οδηγίας 92/50 για όλες, αλλά μόνον για ορισμένες από τις υπηρεσίες που πρέπει να παρασχεθούν.

123. Κατ' αρχήν, το άρθρο 11, παράγραφος 3, της οδηγίας 92/50 ως παρέκκλιση από τους κανόνες που σκοπούν να διασφαλίσουν την αποτελεσματικότητα των αναγνωριζόμενων από τη Συνθήκη ΕΚ δικαιωμάτων στον τομέα των δημόσιων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών, πρέπει να ερμηνεύεται συσταλτικά<sup>64</sup>. Σε σχέση με τη σύναψη δημόσιων συμβάσεων οι οποίες έχουν ως αντικείμενο συνολικά την παροχή υπηρεσιών, τούτο συνηγορεί υπέρ της απόψεως ότι η εφαρμογή της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση σχετικής προκηρύξεως πρέπει να επιτρέπεται μόνο για τις υπηρεσίες που ρητώς μνημονεύει το άρθρο 11, παράγραφος 3.

124. Εντούτοις, ζήτημα τέτοιας χωριστής συνάψεως συμβάσεως για την παροχή υπηρεσιών κατά την έννοια του άρθρου 11, παράγραφος 3, στοιχείο β', της οδηγίας

62 — Απόκειται στο Bundesvergabebamt να κρίνει το ζήτημα αν υφίσταται στην υπό κρίση υπόθεση ένα τέτοιο αποκλειστικό δικαίωμα.

63 — Στο ίδιο πνεύμα, και η ερμηνευτική ανακοίνωση της Επιτροπής (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 58, κεφάλαιο 2.1.4)

64 — Βλ. απόφαση της 10ης Απριλίου 2003, C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας (Συλλογή 2003, σ. I-3609, σκέψη 58), και της 18ης Νοεμβρίου 2004, C-126/03, Επιτροπή κατά Γερμανίας (Συλλογή 2004, σ. I-11197, σκέψη 23). Βλ., επίσης, άρθρο 11, παράγραφος 4, της οδηγίας 92/50, κατά το οποίο «σε όλες τις άλλες περιπτώσεις» πρέπει να εφαρμόζεται η ανοικτή ή η κλειστή διαδικασία.

92/50 τίθεται μόνο στην περίπτωση που η δημόσια σύμβαση μπορεί πράγματι να κατατηθεί. Συναφώς, κρίσιμο δεν είναι μόνον το αν η σύμβαση μπορεί, από θεωρητικής απόψεως, να κατατηθεί, αλλά πρέπει επίσης να ληφθεί υπόψη ο σκοπός για τον οποίον προορίζονται καθώς και η πρακτική χρησιμότητα των υπηρεσιών ανάλογα με το αν παρέχονται από τον ίδιο ή από περισσότερους παρέχοντες.

125. Εν προκειμένω, το APA και η APA-OTS, η Δημοκρατία της Αυστρίας και η Ομοσπονδιακή Καγκελαρία εξέθεσαν κατά τρόπο πειστικό πόσο στενά συνδέονται μεταξύ τους οι διάφορες παροχές πρακτορείου ειδήσεων που συμφωνήθηκαν στο πλαίσιο της βασικής συμβάσεως. Κατά την άποψή τους, δεν ενδείκνυται να χρησιμοποιούνται οι υπηρεσίες ενός παρέχοντος την υπηρεσία της συγκεντρώσεως άρθρων που δημοσιεύονται στον τύπο και ταυτόχρονα οι υπηρεσίες ενός άλλου παρέχοντος προκειμένου να υπάρχει ενημέρωση για τις αντιδράσεις επί των άρθρων αυτών, διότι δεν διασφαλίζεται ότι αμφότεροι οι παρέχοντες υπηρεσίες εξυπηρετούν τον ίδιον τελικό πελάτη. Δεν είναι δυνατόν ένα δημοσίευμα που εμφανίστηκε στην εφημερίδα A να απαντηθεί με δήλωση δημοσιευόμενη στην εφημερίδα B. Πέραν τούτου, έχει ιδιαίτερη βαρύτητα για τον φιλικό προς τον χρήστη χαρακτήρα των υπηρεσιών, η προσφυγή σε συνδεδεμένες μεταξύ τους βάσεις δεδομένων μέσω ενός ενιαίου ενδιάμεσου χρήστη.

126. Το γεγονός ότι οι υπηρεσίες OTS παρέχονται εν τω μεταξύ από την APA-OTS και όχι πλέον από το APA δεν συνηγορεί υπέρ της δυνατότητας κατατημέσεως της συμβάσεως. Πράγματι, όπως προελέχθη, πρόκειται συναφώς για μια αμιγώς εσωτερική αναδιοργάνωση εκ μέρους του παρέχοντος υπηρεσίες, από οικονομικής απόψεως, δεν υπήρξε αλλαγή του παρέχοντος υπηρεσίες, αφού η APA-OTS ελέγχεται από το APA όπως ένα τμήμα της δικής της επιχειρήσεως<sup>65</sup>. Επίσης, οι διάφορες

παροχές εξακολουθούν να είναι συνδεδεμένες μεταξύ τους στο δίκτυο και να μπορούν να τηλεφορτωθούν από μια ενιαία βάση.

127. Όλα τα ανωτέρω δεν συνηγορούν — υπό την επιφύλαξη της εκτιμήσεως των συγκεκριμένων πραγματικών περιστατικών από το Bundesvergabeamt— υπέρ της δυνατότητας κατατημέσεως της συμβάσεως παροχής υπηρεσιών που συνήφθη μεταξύ της Δημοκρατίας της Αυστρίας και του APA και, ως εκ τούτου, υπέρ της υποχρέωσης συνάψεως χωριστών συμβάσεων για τα διάφορα μέρη που αποτελούν αντικείμενό της.

128. Τούτο δεν μεταβάλλεται ούτε και από το γεγονός ότι η εν προκειμένω σύμβαση παροχής υπηρεσιών έχει ως αντικείμενο την παροχή τόσο κύριων όσο και επικουρικών υπηρεσιών. Από το άρθρο 10 της οδηγίας 92/50 συνάγεται ότι ουδόλως είναι αναγκαίο να συνάπτονται χωριστές συμβάσεις με αντικείμενο την παροχή κύριων και επικουρικών υπηρεσιών αντιστοίχως<sup>66</sup>.

129. Άλλως θα είχαν τα πράγματα μόνο στην περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή αυθαίρετα ή αποκλειστικά προκειμένου να καταστρατηγήσει τις διατάξεις περί συνάψεως δημόσιων συμβάσεων περιελάμβανε τις επιμέρους υπηρεσίες σε μια ενιαία σύμβαση παροχής υπηρεσιών<sup>67</sup>. Ωστόσο, στην υπό κρίση υπόθεση δεν υπάρχουν στοιχεία που να στηρίζουν την άποψη αυτή. Αντιθέτως, αντικειμενικοί λόγοι συνηγορούν, βάσει των στοιχείων που έχει το Δικαστήριο στη διάθεσή του, υπέρ της συνάψεως ενιαίας συμβάσεως για όλες τις επίμαχες υπηρεσίες<sup>68</sup>.

65 — Βλ., συναφώς, ανωτέρω σημεία 20, 61 και 62 των ανά χείρας προτάσεων.

66 — Βλ., επίσης, απόφαση Felix Swoboda (προπαραθεθείσα στην υποσημείωση 15, σκέψεις 56 και 60).

67 — Οπ.π. Felix Swoboda (προπαραθεθείσα στην υποσημείωση 15, σκέψεις 57 και 60).

68 — Βλ., ανωτέρω, σημείο 125 των ανά χείρας προτάσεων.

ε) Το μέχρι τούδε συναγόμενο συμπέρασμα

130. Εν συνόψει, θα πρέπει στο τέταρτο ερώτημα να δοθεί επομένως η ακόλουθη απάντηση:

Η σύναψη ενιαίας δημόσιας συμβάσεως παροχής υπηρεσιών με διαδικασία διαπραγματεύσεως χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκηρύξεως επιτρέπεται αν αντικείμενο της συμβάσεως είναι ως επί το πλείστον η παροχή επικουρικών υπηρεσιών και αν υφίσταται αποκλειστικό δικαίωμα κατά την έννοια του άρθρου 11, παράγραφος 3, στοιχείο β', της οδηγίας 92/50 όχι για όλες, αλλά μόνον για ορισμένες από τις υπηρεσίες που πρέπει να παρασχεθούν, εκτός και αν οι επιμέρους υπηρεσίες περιελήφθησαν σε ενιαία σύμβαση παροχής υπηρεσιών αυθαίρετα ή μόνον προκειμένου να καταστρατηγηθούν οι διατάξεις περί συνάψεως δημόσιων συμβάσεων.

## 2. Επί του πέμπτου ερωτήματος

131. Με το πέμπτο ερώτημά του, το Bundesvergabeamt ερωτά κατ' ουσίαν αν μια επιχείρηση μπορεί να αποδείξει την ικανότητά της για την εκτέλεση δημόσιας συμβάσεως παροχής υπηρεσιών με τον απλό ισχυρισμό ότι μια άλλη επιχείρηση υποχρεούται βάσει του άρθρου 82 ΕΚ να θέσει στη διάθεσή της, υπό λογικούς όρους, ορισμένα δεδομένα.

132. Ο λόγος υποβολής του ερωτήματος αυτού είναι το γεγονός ότι η παροχή υπηρεσιών πρακτορείου ειδήσεων, όπως είναι αυτές τις οποίες ζητούν οι αυστριακές ομοσπονδιακές αρχές, προϋποθέτουν την πρόσβαση σε ένα εκτενές αρχείο από το οποίο μπορούν να τηλεφορτωθούν μεταξύ άλλων ιστορικά δεδομένα και παλαιότερα κείμενα. Βάσει των στοιχείων που παραθέτει η διάταξη περί παραπομπής, το ΡΝ δεν διαθέτει ούτε κατά προσέγγιση ένα ιστορικό αρχείο δεδομένων το οποίο θα μπορούσε να συγκριθεί με αυτό του ΑΡΑ. Πέραν τούτου, το ΑΡΑ δεν επιτρέπει στους ανταγωνιστές του την πρόσβαση στα αρχεία του, εν πάση περιπτώσει όχι με τον σκοπό της μεταπωλήσεως των δεδομένων που μπορούν να τηλεφορτωθούν από αυτό. Επομένως, πρέπει να διευκρινιστεί αν το ΡΝ μπορεί να επικαλεστεί ως απόδειξη ότι έχει, εντούτοις, την κατά το άρθρο 31 της οδηγίας 92/50 ικανότητα να παράσχει τις ζητούμενες υπηρεσίες το γεγονός ότι έχει δικαίωμα αναγνωριζόμενο από τον νόμο να της επιτραπεί η πρόσβαση στα αρχεία του ΑΡΑ, ιδίως της βάσεως δεδομένων του APADok.

133. Με τον τρόπο αυτόν, τίθεται το ζήτημα της εφαρμογής της θεωρίας των «essential-facilities» η οποία αποτελεί αντικείμενο μελέτης στο δίκαιο του ανταγωνισμού. Βάσει της σχετικής νομολογίας, ενδέχεται να υπάρχει, στο πλαίσιο εφαρμογής του άρθρου 82 ΕΚ —εντούτοις μόνον υπό εξαιρετικές περιστάσεις— καταχρηστική συμπεριφορά της κατέχουσας δεσπόζουσας θέσης επιχείρησης στην περίπτωση που αυτή αρνηθεί να επιτρέψει σε μια άλλη επιχείρηση την πρόσβαση σε ορισμένα αναγκαία αγαθά, υπηρεσίες ή δεδομένα («essential facilities»)<sup>69</sup>. Στις περιπτώσεις αυτές, μπορεί να συνάγεται από το άρθρο 82 ΕΚ η υποχρέωση της

69 — Βλ. αποφάσεις της 6ης Απριλίου 1995, C-241/91 Ρ και C-242/91 Ρ, RTE και ITP κατά Επιτροπής, που είναι γνωστή ως «Magill» (Συλλογή 1995, σ. I-743, σκέψεις 49 έως 57), της 26ης Νοεμβρίου 1998, C-7/97, Bronner (Συλλογή 1998, σ. I-7791, σκέψεις 38 έως 47), και της 29ης Απριλίου 2004, C-418/01, IMS Health (Συλλογή 2004, σ. I-5039).



κατέχουσας δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεων να προβεί στη σύναψη συμβάσεως.

134. Εντούτοις, στη υπό κρίση υπόθεση παρέλκει η εξέταση του ζητήματος αν μια τράπεζα δεδομένων, όπως είναι το αρχείο APADok που χρησιμοποιεί το ΑΡΑ, περιέχει αναγκαία δεδομένα για τους ανταγωνιστές του, ήτοι αποτελεί μία «essential facility», και αν εν προκειμένω συντρέχουν εξαιρετικές περιστάσεις οι οποίες υποχρεώνουν το ΑΡΑ να παράσχει στους ανταγωνιστές του, υπό λογικούς όρους, πρόσβαση στο αρχείο του.

135. Πράγματι, ένας παρέχων υπηρεσίες ο οποίος, προκειμένου να του επιτραπεί η συμμετοχή σε διαγωνισμό για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως, επικαλείται τα μέσα άλλων οργανισμών ή επιχειρήσεων, πρέπει να αποδείξει ότι πράγματι διαθέτει τα μέσα αυτά<sup>70</sup>. Ειδάλλως, η αναθέτουσα αρχή δεν έχει τη δυνατότητα να προβεί λυσιτελώς σε σύγκριση της ικανότητας του συγκεκριμένου παρέχοντος υπηρεσίες με άλλους πιθανούς παρέχοντες. Αν η αναθέτουσα αρχή στηριζόταν απλώς στην *πιθανότητα* να έχει ο παρέχων υπηρεσίες στη διάθεσή του τα εν λόγω μέσα, τότε θα διέτρεχε τον κίνδυνο να συνάψει σύμβαση με έναν επιχειρηματία του οποίου η ικανότητα να παράσχει τις ζητούμενες υπηρεσίες θα αποδεικνυόταν εκ των υστέρων —ήτοι σε περίπτωση που συναντούσε δυσχέρειες στην πρόσβαση στα απαιτούμενα μέσα— ως ανεπαρκής. Ταυτόχρονα, η αναθέτουσα αρχή δεν θα προέβαινε ενδεχομένως στη σύναψη συμβάσεως με έναν άλλο επιχειρηματία ο οποίος θα είχε πράγματι την ικανότητα να παράσχει τις ζητούμενες υπηρεσίες. Μια τέτοια ενέργεια δεν θα ήταν σύμφωνη

ούτε προς την αρχή της ισότητας των ευκαιριών σε όλους τους πιθανούς παρέχοντες υπηρεσίες ούτε προς την αρχή της οικονομικής αποδοτικότητας που διέπει τη διαδικασία για τη σύναψη δημόσιων συμβάσεων.

136. Συνεπώς, ένα πρακτορείο ειδήσεων, όπως είναι το ΡΝ, δεν αρκεί μόνο να ισχυρίζεται ότι έχει αξίωση προσβάσεως στα αρχεία του ΑΡΑ, αλλά πρέπει να αποδεικνύει *in concreto* ότι έχει πράγματι πρόσβαση στα αρχεία αυτά, π.χ. υπό τη μορφή ρητής δεσμεύσεως ή υπό τη μορφή συναφθείσας συμβάσεως παρέχουσας την άδεια προσβάσεως σε αυτό. Ειδάλλως, δεν μπορεί να αποδείξει λυσιτελώς την ικανότητά του να παράσχει τις ζητούμενες υπηρεσίες στο πλαίσιο διαδικασίας για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως διά της επικλήσεως των αρχείων του ΑΡΑ.

137. Οι σύντομες κατά κανόνα προθεσμίες εντός των οποίων πρέπει να ληφθεί απόφαση στο πλαίσιο διαδικασίας για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως δεν επιτρέπουν τη συχνά άκρως δυσχερή διευκρίνιση περίπλοκων νομικών ζητημάτων που αφορούν το άρθρο 82 ΕΚ και τη θεωρία των «essential-facilities». Η ενδιαφερόμενη επιχείρηση θα πρέπει να έχει επιλύσει τα τυχόν συναφή νομικά ζητήματα προτού συμμετάσχει σε διαδικασία για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως.

138. Συνεπώς, στο πέμπτο ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι μια επιχείρηση δεν μπορεί να αποδείξει την ικανότητά της να εκτελέσει μια δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών με τον απλό ισχυρισμό ότι μια άλλη επιχείρηση έχει, βάσει του άρθρου 82 ΕΚ, την υποχρέωση να θέση στη διάθεσή της, υπό λογικούς όρους, ορισμένα δεδομένα.

70 — Βλ. αποφάσεις της 2ας Δεκεμβρίου 1999, *Holst Italia* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 31, σκέψη 29), *Siemens και ARGE Telekom* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 15, σκέψη 44), και της 18ης Νοεμβρίου 2004, *Επιτροπή κατά Γερμανίας* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 64, σκέψη 22). Βλ. για μελλοντικές περιπτώσεις, και άρθρο 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18, στο οποίο πλέον είναι κωδικοποιημένη η ανωτέρω νομολογία.

## Γ — Επί του έκτου και έβδομου ερωτήματος

139. Με το έκτο και το έβδομο ερώτημά του, το Bundesvergabeamt ερωτά σχετικά με την έκταση της ένδικης προστασίας που πρέπει να παρέχεται στις επιχειρήσεις που δεν επέλεξε η αναθέτουσα αρχή. Και τα ερωτήματα αυτά προϋποθέτουν κατ' ανάγκη ότι τα πραγματικά περιστατικά των ετών 2000, 2001 και 2005 μπορούν πράγματι να θεωρηθούν ως σύναψη δημόσιας συμβάσεως παροχής υπηρεσιών. Τούτο κάνει δεκτό και το Bundesvergabeamt με τη διάταξη του περί παραπομπής.

140. Βάσει των στοιχείων που έχει το Δικαστήριο στη διάθεσή του, φρονώ ότι, όπως προελέχθη, κανένα από τα ανωτέρω πραγματικά περιστατικά δεν συνιστά μια τέτοιου είδους σύναψη δημόσιας συμβάσεως<sup>71</sup>. Ως εκ τούτου, εξετάζω το έκτο και το έβδομο ερώτημα επικουρικός και μόνον.

## 1. Επί του έκτου ερωτήματος

141. Το έκτο ερώτημα του Bundesvergabeamt αφορά την ερμηνεία των

εννοιών της ζημίας και του ζημιωθέντος του άρθρου 1, παράγραφος 3, και του άρθρου 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας 89/665. Όπως προελέχθη<sup>72</sup>, το ερώτημα αυτό είναι παραδεκτό μόνο σε σχέση με το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας.

142. Με το ερώτημά του, το Bundesvergabeamt ερωτά κατ' ουσίαν αν για την κίνηση της διαδικασίας διαπιστώσεως παρατυπιών απαιτείται όπως ο προσφεύγων προβάλλει ότι λόγω παράνομης παραλείψεως δημοσιεύσεως της σχετικής προκηρύξεως δεν του παρασχέθηκε η δυνατότητα συμμετοχής σε διαδικασία για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως, ή αν ο προσφεύγων πρέπει επιπλέον να αποδείξει την ικανότητά του να εκτελέσει την αντίστοιχη δημόσια σύμβαση. Συνεπώς, πρέπει να διευκρινιστούν οι προϋποθέσεις για την κίνηση της διαδικασίας διαπιστώσεως παρατυπιών.

143. Το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665 παρέχει στα κράτη μέλη τη δυνατότητα να περιορίζουν διτώς την πρόσβαση στη διαδικασία προσφυγής σε σχέση με τη σύναψη δημόσιων συμβάσεων<sup>73</sup>: αφενός, μέσω της απαιτήσεως να έχει ο προσφεύγων συμφέρον στη σύναψη της αντίστοιχης δημόσιας συμβάσεως, αφετέρου μέσω της απαιτήσεως να έχει προκληθεί ή να επαπειλείται η πρόκληση ζημίας στον προσφεύγοντα. Με τον τρόπο αυτόν, αποκλείεται η άσκηση λαϊκών αγωγών καθώς και η άσκηση ένδικων βοηθημάτων από υποψηφίους οι οποίοι προδήλως δεν είχαν καμία πιθανότητα να επιλεγούν.

72 — Βλ., συναφώς, τα σημεία 35 έως 37 των ανά χείρας προτάσεων.

73 — Η αναφορά σε συμβάσεις κρατικών προμηθειών ή δημοσίων έργων πρέπει, από της διευρύνσεως του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 89/665 που επήλθε με την οδηγία 92/50, να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι περιλαμβάνει όλες τις δημόσιες συμβάσεις, ήτοι και τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών. Το γεγονός ότι προσαρμόστηκε ανάλογα το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665, όχι όμως και η παράγραφος του 3, πρέπει να αποδοθεί σε αβλεψία του κοινοτικού νομοθέτη η οποία διορθώθηκε, για μελλοντικές περιπτώσεις, με την οδηγία 2007/66.

71 — Βλ., συναφώς, αναπτύξεις μου επί του πρώτου, του δεύτερου και του τρίτου ερωτήματος (ανωτέρω σημεία 41 έως 105 των ανά χείρας προτάσεων).

144. Εντούτοις, τούτο δεν πρέπει να θίγει την πρακτική αποτελεσματικότητα της οδηγίας<sup>74</sup>. Οι περιορισμοί που τίθενται στην κίνηση της διαδικασίας προσφυγής πρέπει ως εκ τούτου να ερμηνεύονται βάσει του διπλού σκοπού της οδηγίας, ήτοι αφενός του σκοπού της παροχής στους ιδιώτες *αποτελεσματικής ένδικης προστασίας* σε σχέση με τη σύναψη δημόσιων συμβάσεων και, αφετέρου του σκοπού του ενδεδειγμένου *ελέγχου της νομιμότητας* των αποφάσεων των αναθετουσών αρχών.

145. Πράγματι, από την πρώτη και τη δεύτερη αιτιολογική σκέψη της συνάγεται ότι σκοπός της οδηγίας 89/665 είναι η ενίσχυση, σε επίπεδο κρατών μελών και σε κοινοτικό επίπεδο, των υπάρχοντων μηχανισμών για τη διασφάλιση της πραγματικής εφαρμογής των κοινοτικών οδηγιών στον τομέα της συνάψεως δημόσιων συμβάσεων· προς τούτο, τα κράτη μέλη έχουν, βάσει του άρθρου 1, παράγραφος 1, της οδηγίας, την υποχρέωση να εξασφαλίσουν ότι οι παράνομες αποφάσεις που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και όσο το δυνατόν ταχύτερα εκδικαζόμενων προσφυγών<sup>75</sup>.

146. Βάσει των ανωτέρω, η δυνατότητα άσκησης προσφυγής κατά διαδικασιών που έχουν ως αντικείμενο τη σύναψη δημόσιων συμβάσεων δεν πρέπει να περιορίζεται υπέρμετρα. Ειδικότερα, δεν πρέπει οι προϋποθέσεις του *παραδεκτού* μιας προσφυγής να

είναι ίδιες με αυτές που αφορούν τη *βασιμότητά* της<sup>76</sup>.

147. Συνεπώς, το ζήτημα που τίθεται δεν είναι η απαίτηση να αποδειχθεί ο ενδιαφερόμενος ήδη κατά το στάδιο της ασκήσεως της προσφυγής με συγκεκριμένα στοιχεία ότι υπέστη πράγματι ή υπάρχει κίνδυνος να υποστεί ζημία. Αντιθέτως, για την κίνηση της διαδικασίας προσφυγής πρέπει να αρκεί το γεγονός ότι ο ενδιαφερόμενος —πέραν της παραβάσεως την οποία διέπραξε η αναθέτουσα αρχή— *προβάλλει λυσιτελώς* το συμφέρον του σε σχέση με την επίμαχη σύμβαση καθώς και το *ενδεχόμενο* της προκλήσεως ζημίας.

148. Πρέπει να θεωρείται ότι υπάρχει ενδεχόμενο προκλήσεως ζημίας, όταν δεν μπορεί προδήλως να αποκλειστεί ότι η εκτέλεση της δημόσιας συμβάσεως θα είχε ανατεθεί στον προσφεύγοντα αν η αναθέτουσα αρχή δεν είχε διαπράξει την προβαλλόμενη παράβαση. Αν η δημόσια σύμβαση —όπως εν προκειμένω— *συνήφθη* δια απευθείας αναθέσεως<sup>77</sup> χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκηρύξεως, τότε συνάγεται εξ αυτής της —προσβαλλόμενης ως παράνομης— *ματαιώσης* της δυνατότητάς του συμμετοχής στη διαδικασία για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως ότι ο προσφεύγων ενδεχομένως στερήθηκε της δυνατότητας να προβεί στη σύναψη συμβάσεως και, ως εκ τούτου, υπέστη ζημία<sup>78</sup>.

74 — Βλ. αποφάσεις της 19ης Ιουνίου 2003, C-410/01, Fritsch, Chiari & Partner κ.λπ. (Συλλογή 2003, σ. I-6413, σκέψεις 31 και 34), της 12ης Δεκεμβρίου 2002, C-470/99, Universale-Bau κ.λπ. (Συλλογή 2002, σ. I-11617, σκέψη 72), και της 12ης Φεβρουαρίου 2004, C-230/02, Grossmann Air Service (Συλλογή 2004, σ. I-1829, σκέψη 42).

75 — Βλ. αποφάσεις της 28ης Οκτωβρίου 1999, C-81/98, Alcatel Austria κ.λπ. (Συλλογή 1999, σ. I-7671, σκέψεις 33 και 34), Fritsch, Chiari & Partner (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 74, σκέψη 30), Universale-Bau (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 74, σκέψη 74), και Grossmann Air Service (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 74, σκέψη 36).

76 — Το γεγονός και μόνον ότι *κατά το πέρασ της διαδικασίας προσφυγής* ενδεχομένως δεν αποδειχθεί η πρόκληση ή ο κίνδυνος προκλήσεως ζημίας δεν αποτελεί καθαυτό επιχείρημα κατά του παραδεκτού της προσφυγής· στο ίδιο πνεύμα, απόφαση της 19ης Ιουνίου 2003, C-249/01, Hackermüller (Συλλογή 2003, σ. I-6319, σκέψη 27).

77 — Υποσημείωση άνευ αντικειμένου για την ελληνική μετάφραση.

78 — Έτσι και το γερμανικό Bundesverfassungsgericht, διάταξη της 29ης Ιουλίου 2004 (2 BvR 2248/03, σκέψη 36 in fine).

149. Από τον ενδιαφερόμενο δεν μπορεί να ζητείται η προσκόμιση, κατά το στάδιο της ασκήσεως προσφυγής, συγκεκριμένων αποδεικτικών στοιχείων σχετικά με την ικανότητά του να παράσχει τις υπηρεσίες που αποτελούν αντικείμενο της συμβάσεως, όπως επίσης δεν μπορεί να ζητείται η προσκόμιση αποδεικτικών στοιχείων από τα οποία να προκύπτει ότι αν δεν υπήρχε η προβαλλόμενη παράβαση θα είχε επιλεγεί για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως<sup>79</sup>. Ειδάλλως, θα καθίστατο γι' αυτόν πρακτικά αδύνατη η κίνηση της διαδικασίας προσφυγής ή, εν πάση περιπτώσει, θα καθίστατο υπέρμετρα δυσχερής<sup>80</sup>. Ειδικότερα, σε περιπτώσεις απευθείας αναθέσεως, όπως είναι η υπό κρίση, ο ενδιαφερόμενος ουδόλως θα μπορούσε να προσκομίσει συγκεκριμένα αποδεικτικά στοιχεία σχετικά με την ικανότητά του να παράσχει τις σχετικές υπηρεσίες, δεδομένου ότι, ελλείψει προηγούμενης δημοσιεύσεως της σχετικής προκηρύξεως, δεν διέθετε ακριβή στοιχεία σχετικά με τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής.

150. Μόνον κατ' εξαίρεση μπορεί η προσφυγή να απορριφθεί εξ αρχής ως απαράδεκτη ελλείψει της απαιτούμενης ικανότητας του ενδιαφερομένου να παράσχει τις ζητούμενες υπηρεσίες, και δη στην περίπτωση που η έλλειψη ικανότητας είναι σε τέτοιο βαθμό πρόδηλη κατά τον χρόνο ασκήσεως της σχετικής προσφυγής ώστε δεν χρήζει περαιτέρω ελέγχου. Εντούτοις, όλα τα υπόλοιπα αποτελούν ζήτημα που ανάγεται στο βάσιμο της προσφυγής.

151. Συνεπώς, σε σχέση με το έκτο ερώτημα πρέπει να λεχθεί ότι η άσκηση προσφυγής κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665 είναι παραδεκτή στην περίπτωση που ο προσφεύγων προβάλλει

λυσιτελώς το συμφέρον του να συνάψει δημόσια σύμβαση, την έλλειψη νομιμότητας και τη ζημία που ενδεχομένως υπέστη ή υπάρχει κίνδυνος να υποστεί.

## 2. Επί του έβδομου ερωτήματος

152. Με το έβδομο ερώτημά του, το Bundesvergabeamt ερωτά κατ' ουσίαν αν συνάδει με τις αρχές της ισοδυναμίας και της αποτελεσματικότητας το γεγονός ότι η εθνική νομοθεσία προβλέπει, σε σχέση με την άσκηση προσφυγής με αντικείμενο τη διαπίστωση παρατυπιών βάσει της νομοθεσίας περί συνάψεως δημόσιων συμβάσεων, προσφυγή που αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση για την εν συνεχεία άσκηση αγωγής αποζημιώσεως, αποκλειστική προθεσμία έξι μηνών κατά ανώτατο όριο από της ημερομηνίας της αναθέσεως της συμβάσεως η οποία προσβάλλεται ως αντίθετη προς τη νομοθεσία περί συνάψεως δημόσιων συμβάσεων. Περαιτέρω, το Bundesvergabeamt διερωτάται αν η αρχή της αποτελεσματικότητας επιβάλλει να συνυπολογίζονται στην ανωτέρω προθεσμία των έξι μηνών τυχόν περίοδοι κατά τις οποίες δεν υπήρχε βάσει της εθνικής νομοθεσίας δυνατότητα παροχής αποτελεσματικής ένδικης προστασίας.

153. Το ερώτημα αυτό στηρίζεται στο γεγονός ότι το ΠΝ άσκησε τις προσφυγές του ενώπιον του Bundesvergabeamt το πρώτον τον Ιούλιο του 2006, ήτοι εντός των έξι μηνών από της 1ης Φεβρουαρίου 2006, ημερομηνίας κατά την οποία άρχισαν να ισχύουν οι νέες οικονομικές διατάξεις του άρθρου 331 του BVergG 2006, πλην όμως έξι και πλέον μήνες μετά τα επίμαχα εν προκειμένω πραγματικά περιστατικά των ετών 2000, 2001 και 2005. Κατά το Bundesvergabeamt, οι απευθείας αναθέσεις (αναθέσεις εν τοις πράγμασι) μπορούν να «προσβληθούν αποτελεσματικά» το πρώτον από της ενάρξεως ισχύος του άρθρου 331 του BVergG 2006.

79 — Στο ίδιο πνεύμα και το Bundesverfassungsgericht (διάταξη προπαραθεθείσα στην υποσημείωση 78, σκέψεις 26 και 29).

80 — Στο ίδιο πνεύμα — αν και σε σχέση με την επιδίκαση αποζημιώσεως — οι προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Geelhoed της 10ης Οκτωβρίου 2002 επί της υποθέσεως GAT (προπαραθεθείσα στην υποσημείωση 20, σημείο 66).

154. Η οδηγία 89/665 δεν περιέχει κάποια ρητή ρύθμιση σχετικά με τις προθεσμίες που θα πρέπει να ισχύουν επί των προσφυγών που ασκούνται βάσει του άρθρου της 1.

155. Συνεπώς, για την απάντηση του ερωτήματος που υποβλήθηκε στο Δικαστήριο κρίσιμο στοιχείο αποτελεί η αρχή της *δικονομικής αυτονομίας* των κρατών μελών<sup>81</sup>: κατά πάγια νομολογία, ελλείψει σχετικής κοινοτικής ρυθμίσεως, απόκειται στην εσωτερική έννομη τάξη κάθε κράτους μέλους να ορίσει τα αρμόδια δικαστήρια και να θεσπίσει τους δικονομικούς κανόνες ασκήσεως των ένδικων βοηθημάτων που αποσκοπούν στην κατοχύρωση της προστασίας των δικαιωμάτων τα οποία οι πολίτες αντλούν από το κοινοτικό δίκαιο, υπό την προϋπόθεση, αφενός, ότι οι κανόνες αυτοί δεν είναι λιγότερο ευνοϊκοί από εκείνους που αφορούν παρόμοια ένδικα βοηθήματα της εσωτερικής έννομης τάξεως (*αρχή της ισοδυναμίας*), και, αφετέρου, ότι δεν καθιστούν πρακτικώς αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων που χορηγεί η κοινοτική έννομη τάξη (*αρχή της αποτελεσματικότητας*)<sup>82</sup>. Αμφότερες οι αρχές αυτές εκφράζονται και στο άρθρο 1 της οδηγίας 81/665: η αρχή της ισοδυναμίας στην παράγραφο 2 και η αρχή της αποτελεσματικότητας στην παράγραφο 1.

156. Η *αρχή της ισοδυναμίας* αποτελεί έκφραση της γενικής αρχής της ίσης

μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των δυσμενών διακρίσεων<sup>83</sup>, η οποία απαιτεί παρεμφερείς καταστάσεις να μην τυγχάνουν διαφορετικής μεταχειρίσεως και διαφορετικές καταστάσεις να μην τυγχάνουν παρεμφερούς μεταχειρίσεως, εκτός και αν μία τέτοια μεταχείριση είναι δικαιολογημένη για αντικειμενικούς λόγους<sup>84</sup>.

157. Ορθώς η Επιτροπή καθώς και το ΑΡΑ και η ΑΡΑ-ΟΤΣ επισήμαναν στη συνάφεια αυτή μια ιδιαιτερότητα η οποία χαρακτηρίζει τη διαδικασία προσφυγών που ασκούνται στο πλαίσιο της νομοθεσίας περί συνάψεως δημόσιων συμβάσεων. Έτσι, το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665 απαιτεί από τα κράτη μέλη να διασφαλίζουν την *όσο το δυνατόν ταχύτερη εκδίκαση των προσφυγών* που αφορούν παραβιάσεις της νομοθεσίας περί συνάψεως δημοσίων έργων. Με τον τρόπο αυτόν, σκοπεύεται, αφενός, η παροχή αποτελεσματικής ένδικης προστασίας, αφετέρου η όσο το δυνατόν ταχύτερη παγίωση ασφάλειας δικαίου. Οι σκοποί αυτοί δικαιολογούν την πρόβλεψη, εφόσον παρίσταται ανάγκη, συντομότερων προθεσμιών για την άσκηση προσφυγών κατά την έννοια της οδηγίας 89/665 από τους χρόνους παραγραφής στους οποίους υπόκεινται οι αξιώσεις για την καταβολή αποζημιώσεως βάσει των γενικών διατάξεων της εσωτερικής νομοθεσίας.

158. Συνεπώς, δεν αντιβαίνει στην αρχή της ισοδυναμίας η πρόβλεψη εξάμηνης αποκλειστικής προθεσμίας για την άσκηση προσφυγής όπως είναι αυτή που προβλέπει το άρθρο 332, παράγραφοι 2 και 3, του

81 — Βλ. απόφαση *Universale-Bau* κ.λπ. (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 74, σκέψη 71): σχετικά με την έννοια της δικονομικής αυτονομίας, βλ. αποφάσεις της 7ης Ιανουαρίου 2004, C-201/02, *Wells* (Συλλογή 2004, σ. I-723, σκέψη 67), της 4ης Ιουλίου 2006, C-212/04, *Adeneler* κ.λπ. (Συλλογή 2006, σ. I-6057, σκέψη 95), και της 28ης Ιουνίου 2007, C-1/06, *Bonn Fleisch* (Συλλογή 2006, σ. I-5609, σκέψη 41).

82 — Βλ. αποφάσεις της 19ης Δεκεμβρίου 1968, 13/68, *Salgoil* (Συλλογή τόμος 1965-1968, σ. 825), της 16ης Δεκεμβρίου 1976, 33/76, *Rewe-Zentralfinanz* (Συλλογή τόμος 1976, σ. 747, σκέψη 5), της 14ης Δεκεμβρίου 1995, C-312/93, *Peterbroeck* (Συλλογή 1995, σ. I-4599, σκέψη 12), της 13ης Μαρτίου 2007, C-432/05, *Unibet* (Συλλογή 2007, σ. I-2271, σκέψη 39 και 43), και της 7ης Ιουνίου 2007, C-222/05 έως C-225/05, *Van der Weerd* κ.λπ. (Συλλογή 2007, σ. I-4233, σκέψη 28).

83 — Βλ. προτάσεις μου της 9ης Ιανουαρίου 2008 επί της υποθέσεως C-268/06, *Impact*, σημείο 67: σχετικά με την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως, βλ. πάγια νομολογία και τις εσχάτως δημοσιευθείσες αποφάσεις της 12ης Σεπτεμβρίου 2006, C-300/04, *Eman* και *Sevinger* (Συλλογή 2006, σ. I-8055, σκέψη 57), της 3ης Μαΐου 2007, C-303/05, *Advocaten voor de Wereld* (Συλλογή 2007, σ. I-3633, σκέψη 56), και της 11ης Σεπτεμβρίου 2007, C-227/04 P, *Lindorfer* κατά Συμβουλίου (Συλλογή 2007, σ. I-6767, σκέψη 63).

84 — Στο ίδιο πνεύμα και η —αν και σε σχέση με την επιστροφική φόρων— απόφαση της 15ης Σεπτεμβρίου 1998, C-231/96, *Edis* (Συλλογή 1998, σ. I-4951, σκέψη 37).

BVergG 2006, έστω και αν, βάσει του εθνικού δικαίου, ο εν γένει χρόνος παραγραφής που προβλέπεται για τις αξιώσεις αποζημιώσεως είναι μεγαλύτερος.

159. Ωστόσο, απομένει να εξεταστεί αν, σε σχέση με την *αρχή της αποτελεσματικότητας*, μία αποκλειστική προθεσμία, όπως είναι αυτή που προβλέπει το αυστριακό δίκαιο για τις αιτήσεις διαπιστώσεως, καθιστά πρακτικά αδύνατη ή υπέρμετρα δυσχερή για τον ενδιαφερόμενο την εν συνεχεία άσκηση του δικαιωμάτος του για επιδίκαση αποζημιώσεως κατά την έννοια του άρθρου 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας 89/665.

160. Κατ' αρχήν, ο καθορισμός εύλογων αποκλειστικών προθεσμιών για την άσκηση ένδικων βοηθημάτων δεν είναι αντίθετος προς την αρχή της αποτελεσματικότητας, δεδομένου ότι συνιστά εφαρμογή της θεμελιώδους αρχής της ασφάλειας δικαίου<sup>85</sup>.

161. Συναφώς, ο εύλογος χαρακτήρας μιας αποκλειστικής προθεσμίας πρέπει να κρίνεται βάσει του είδους και των έννομων συνεπειών του εκάστοτε ένδικου βοηθήματος καθώς και των δικαιωμάτων και συμφερόντων όλων των ενδιαφερομένων τα οποία διακυβεύονται.

162. Έτσι, σε σχέση με τις προσφυγές που σκοπούν να κηρύξουν άκυρες συναφθείσες

συμβάσεις —είτε αναδρομικά είτε για το μέλλον—, μια αποκλειστική προθεσμία έξι μηνών είναι κατ' αρχήν απολύτως ενδειγμένη<sup>86</sup>. Πράγματι, οι ιδιαίτερα σοβαρές έννομες συνέπειες της ακυρώσεως συναφθείσας συμβάσεως δικαιολογούν την πρόβλεψη προθεσμίας η οποία θα τρέχει ανεξάρτητα από το αν ο προσφεύγων έλαβε γνώση της παραβιάσεως της νομοθεσίας περί συνάψεως δημόσιων συμβάσεων ή αν έπρεπε τουλάχιστον να έχει λάβει γνώση αυτής. Τόσο για την αναθέτουσα αρχή όσο και για τον αντισυμβαλλόμενο της υπάρχει σαφής και αξία προστασίας ανάγκη για ασφάλεια δικαίου σε σχέση με το κύρος της συναφθείσας συμβάσεως.

163. Ωστόσο, στην υπό κρίση περίπτωση πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι η αποκλειστική προθεσμία των έξι μηνών, όπως είναι αυτή που προβλέπει το άρθρο 332, παράγραφοι 2 και 3, του BVergG 2006 για τις προσφυγές με αντικείμενο τη διαπίστωση παρατυπιών που υποβάλλονται βάσει του άρθρου 331, παράγραφος 1, του ίδιου νόμου, αφορά όχι μόνον όποιον πράγματι επιδιώκει τον σκοπό να ακυρώσει συναφθείσα σύμβαση, αλλά και όποιον επιδιώκει απλώς να συμμορφωθεί με μια αναγκαία δικονομική προϋπόθεση προκειμένου να προβεί στη συνέχεια στην άσκηση αγωγής αποζημιώσεως ενώπιον των αυστριακών πολιτικών δικαστηρίων.

164. Επομένως, στην περίπτωση που ο ενδιαφερόμενος λάβει γνώση μετά από έξι και πλέον μήνες της ζημίας που υπέστη λόγω της παράνομης συνάψεως δημόσιας συμβάσεως χωρίς προηγούμενη δημοσίευση της σχετικής

85 — Πάγια νομολογία· βλ., π.χ., αποφάσεις Rewe-Zentralfinanz (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 82, σκέψη 5), Edis (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 84, σκέψεις 20 και 35), και της 17ης Ιουνίου 2004, C-30/02, Recheio — Cash & Carry (Συλλογή 2004, σ. I-6051, σκέψη 18)· βλ. περαιτέρω, ειδικά σε σχέση με την οδηγία 89/665, αποφάσεις Universale-Bau (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 74, σκέψη 76), της 27ης Φεβρουαρίου 2003, C-327/00, Santex (Συλλογή 2003, σ. I-1877, σκέψη 50), και της 11ης Οκτωβρίου 2007, C-241/06, Lämmerzahl (Συλλογή 2007, σ. I-8415, σκέψη 50).

86 — Βλ., συναφώς, και άρθρο 2στ, παράγραφος 1, στοιχείο β', σε συνδυασμό με το άρθρο 2δ, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665 όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 2007/66.

προκηρύξεως (απευθείας ανάθεση ή ανάθεση εν τοις πράγμασι), τότε δεν μπορεί πλέον να ζητήσει από τα πολιτικά δικαστήρια την επιδίκαση αποζημιώσεως, διότι προς τούτο απαιτείται, βάσει του άρθρου 341, παράγραφος 2, του BVergG 2006, να έχει οπωσδήποτε προηγηθεί η άσκηση προσφυγής για τη διαπίστωση παρατυπιών η οποία, ωστόσο, είναι σ' αυτό το χρονικό σημείο εκπρόθεσμη.

165. Συνεπώς, η αποκλειστική προθεσμία του άρθρου 332, παράγραφοι 2 και 3, του BVergG 2006 βαίνει πέραν του πεδίου εφαρμογής της και επηρεάζει άλλες δίκες για τις οποίες η τήρησή της δεν είναι ενδεδειγμένη λόγω της αυστηρότητας της. Πράγματι, σε σχέση με τις απλές αξιώσεις αποζημιώσεως δεν υφίσταται, σε σχέση με την αναθέτουσα αρχή, η ίδια ανάγκη ασφάλειας δικαίου όπως αυτή που υφίσταται σε σχέση με το κύρος συναφθείσας συμβάσεως.

166. Αν ένα κράτος μέλος κάνει χρήση της δυνατότητας που προβλέπει το άρθρο 2, παράγραφοι 2 και 5, της οδηγίας 89/665 και θέσει ως προϋπόθεση για την προβολή αξιώσεων αποζημιώσεως την ευδοκίμηση της διαδικασίας διαπιστώσεως παρατυπιών, τότε οι ισχύουσες για αυτήν την τελευταία διαδικασία προθεσμίες πρέπει να ρυθμίζονται και να εφαρμόζονται κατά τέτοιο τρόπο ώστε να μην καθιστούν πρακτικά αδύνατη ή υπέρμετρα δυσχερή την προβολή στην πράξη της αξιώσεως αποζημιώσεως<sup>87</sup>.

167. Εν συνόλω, η αρχή της αποτελεσματικότητας απαιτεί να μην αρχίζει να τρέχει η προθεσμία για την άσκηση του ενδίκου βοηθήματος που έχει ως αντικείμενο τη διαπίστωση παρατυπιών, με την οποία ο προσφεύγων προετοιμάζει απλώς την προβολή αξιώσεων αποζημιώσεως, προτού ο προσφεύγων να έχει λάβει ή να πρέπει να έχει λάβει γνώση της επελεύσεως της ζημίας. Αντιθέτως, στον βαθμό που ο προσφεύγων σκοπεύει με μια τέτοια προσφυγή να προβεί και στην ακύρωση της συμβάσεως που συνήφθη με την αναθέτουσα αρχή, μπορούν να προβλεφθούν αυστηρότερες προθεσμίες οι οποίες να αρχίζουν να τρέχουν ανεξάρτητα από τη γνώση ή τη δυνατότητα γνώσεως της τυχόν ζημίας.

168. Ο εθνικός δικαστής υποχρεούται να ερμηνεύει, στο μέτρο του δυνατού, το εσωτερικό δικονομικό δίκαιο κατά τρόπο ώστε να διασφαλίζεται η τήρηση της απορρέουσας από την οδηγία 89/665 επιταγής της αποτελεσματικότητας, αφήνοντας εν ανάγκη ανεφάρμοστη κάθε εθνική διάταξη στο μέτρο που η εφαρμογή της, υπό τις συνθήκες της συγκεκριμένης υποθέσεως, θα οδηγούσε σε αποτέλεσμα αντίθετο προς το κοινοτικό δίκαιο<sup>88</sup>.

169. Στην περίπτωση απευθείας αναθέσεως χωρίς προηγούμενη δημοσίευση της σχετικής προκηρύξεως, όπως εν προκειμένω, τούτο σημαίνει ότι η προθεσμία για την άσκηση προσφυγής δεν μπορεί να αρχίζει προτού ο ενδιαφερόμενος να έχει λάβει ή να έπρεπε να έχει λάβει γνώση της προβαλλόμενης παραβιάσεως της νομοθεσίας περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, στον βαθμό που η αίτηση αυτή αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση για την άσκηση στη συνέχεια αγωγής αποζημιώσεως ενώπιον των πολιτικών δικαστηρίων.

87 — Και η απόφαση Lämmerzahl τονίζει τη σημασία της συγκεκριμένης ρυθμίσεως και της πρακτικής εφαρμογής μιας προθεσμίας (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 85, σκέψεις 52, 56 και 61).

88 — Βλ. αποφάσεις Santex (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 85, σκέψεις 62 έως 64), και Lämmerzahl (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 85, σκέψεις 62 και 63).

170. Με τη διάταξή του περί παραπομπής, το Bundesvergabeamt επισημαίνει ότι, κατά την άποψή του, ένα σύμφωνο προς το κοινοτικό δίκαιο αποτέλεσμα στην υπό κρίση υπόθεση μπορεί πράγματι να επιτευχθεί μέσω της εφαρμογής, αφενός, του νέου ένδικου βοηθήματος του άρθρου 331, παράγραφος 1, σημείο 4, του BVergG 2006 σε πραγματικά περιστατικά που ανατρέχουν σε χρόνο προγενέστερο της ενάρξεως της ισχύος του και, αφετέρου, δια του υπολογισμού των σχετικών προθεσμιών βάσει ορισμένων διατάξεων των γενικών αρχών του αστικού δικαίου, ούτως ώστε οι προθεσμίες αυτές να μην αρχίζουν να τρέχουν προτού ο προσφεύγων λάβει γνώση της ζημίας, καθώς και δια της παρατάσεως των προθεσμιών αυτών κατά το χρονικό διάστημα κατά το οποίο δεν υπήρχε κάποιο αποτελεσματικό μέσο παροχής ένδικης προστασίας.

171. Εν συνόψει, ισχύουν τα ακόλουθα σε σχέση με το έβδομο ερώτημα: η αρχή

της αποτελεσματικότητας απαιτεί όπως το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665 ερμηνεύεται υπό την έννοια ότι για την άσκηση προσφυγής, η οποία αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση βάσει των διατάξεων του εσωτερικού δικαίου για την άσκηση εν συνεχεία αγωγής αποζημίωσης ενώπιον των πολιτικών δικαστηρίων, πρέπει να προβλέπεται μία εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να αρχίσει να τρέχει, προτού ο ενδιαφερόμενος να έχει λάβει ή να πρέπει να έχει λάβει γνώση της προβαλλόμενης παραβίασεως της νομοθεσίας περί συνάψεως δημοσίων έργων και η οποία παρατείνεται κατά το χρονικό διάστημα κατά το οποίο δεν υφίστατο αποτελεσματικό μέσο παροχής ένδικης προστασίας. Ο εθνικός δικαστής υποχρεούται να ερμηνεύει, στον βαθμό του δυνατού, το εθνικό δικονομικό δίκαιο κατά τρόπο ώστε να επιτυγχάνεται το αποτέλεσμα αυτό αφήνοντας εν ανάγκη ανεφάρμοστη κάθε διάταξη της οποίας η εφαρμογή στη συγκεκριμένη περίπτωση θα μπορούσε να οδηγήσει σε αποτέλεσμα αντίθετο προς το κοινοτικό δίκαιο.

## VII — Πρόταση

172. Βάσει των ανωτέρω αναπτύξεων, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει μόνον στα τρία πρώτα ερωτήματα που υπέβαλε το αυστριακό Bundesvergabeamt, και δη ως εξής:

«1) Εν γένει επί του πρώτου, του δεύτερου και του τρίτου ερωτήματος:

Στην περίπτωση που τροποποιηθεί, κατά τον χρόνο ισχύος της, το περιεχόμενο μιας συμβάσεως η οποία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ



του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, τότε δεν απαιτείται η κίνηση διαδικασίας για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως, εκτός και αν πρόκειται για ουσιώδη τροποποίηση της συμβάσεως.

2) Ειδικά επί του πρώτου ερωτήματος:

- α) Δεν υπάρχει ουσιώδης τροποποίηση της συμβάσεως στην περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή δέχεται να ανατεθεί η εκτέλεση ενός μέρους της δημόσιας συμβάσεως σε θυγατρική εταιρία του εργολήπτη, της οποίας κατέχει το σύνολο των εταιρικών μεριδίων και την οποία ελέγχει ακριβώς με τον ίδιο τρόπο όπως και ένα τμήμα της επιχειρήσεώς του. Τούτο δεν αναιρείται από το γεγονός ότι ο εργολήπτης θα μπορούσε θεωρητικά, σε μεταγενέστερο χρονικό σημείο, να μεταβιβάσει τα μερίδια της θυγατρικής εταιρίας σε τρίτον.
- β) Στην περίπτωση που ο εργολήπτης είναι νομικό πρόσωπο, τότε τυχόν μεταβολή της συνθέσεως της ομάδας των κατόχων εταιρικών μεριδίων διαρκούσης της ισχύος της συμβάσεως δεν συνιστά ουσιώδη τροποποίησή της.

3) Ειδικά επί του δεύτερου και του τρίτου ερωτήματος:

- α) Δεν υπάρχει ουσιώδης τροποποίηση της συμβάσεως στην περίπτωση που η σύμβαση προσαρμόζεται σε αμιγώς τεχνικό επίπεδο λόγω της μεταβολής των εξωτερικών συνθηκών· σε αυτές τις εξωτερικές συνθήκες περιλαμβάνεται και η μετατροπή σε ευρώ των τιμών που αρχικά εκφράζονταν σε εθνικό νόμισμα και η αναφορά σε ένα νέο δείκτη τιμών καταναλωτή ο οποίος αποτελεί μεταγενέστερο δείκτη ισοδύναμο προς τον μέχρι τούδε χρησιμοποιούμενο.

- β) Ουσιώδης τροποποίηση της συμβάσεως δεν υπάρχει ούτε και στην περίπτωση που συμφωνείται, σε σχέση με δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών αορίστου χρόνου, ρήτρα παραιτήσεως από το δικαίωμα καταγγελίας ισχύουσα για τρία έτη, εκτός και αν συγκεκριμένα στοιχεία συνηγορούν υπέρ της απόψεως ότι, αν δεν ίσχυε η εν λόγω ρήτρα, η αναθέτουσα αρχή θα είχε λύσει, κατά τη διάρκεια της προβλεφθείσας ισχύος της παραιτήσεως από το δικαίωμα καταγγελίας, την υφιστάμενη σύμβαση για νομικούς ή οικονομικούς λόγους.
- γ) Το αν η ουσιαστική μεταβολή των τιμών για ένα μέρος των υπηρεσιών που πρέπει να παρασχεθούν συνιστά ουσιώδη τροποποίηση της συμβάσεως εξαρτάται από τη σημασία της μεταβολής της εκάστοτε τιμής τόσο σε σχέση με την οικεία μερική παροχή όσο και σε σχέση με τη δημόσια σύμβαση στο σύνολό της.»