

ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ (τέταρτο τμήμα)

της 19ης Μαΐου 2009*

Στην υπόθεση C-538/07,

με αντικείμενο αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως δυνάμει του άρθρου 234 ΕΚ, που υπέβαλε το Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Ιταλία) με απόφαση της 14ης Νοεμβρίου 2007, η οποία περιήλθε στο Δικαστήριο στις 3 Δεκεμβρίου 2007, στο πλαίσιο της δίκης

Assitur Srl

κατά

Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano,

παρεμβαίνουσες:

SDA Express Courier Spa,

* Γλώσσα διαδικασίας: η ιταλική.

Poste Italiane Spa,

ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ (τέταρτο τμήμα),

συγκείμενο από τους Κ. Lenaerts, πρόεδρο τμήματος, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (εισηγητή), Γ. Αρέστη και J. Malenovský, δικαστές,

γενικός εισαγγελέας: J. Mazák
γραμματέας: L. Hewlett, κύρια υπάλληλος διοικήσεως,

έχοντας υπόψη την έγγραφη διαδικασία και κατόπιν της επ' ακροατηρίου συζητήσεως της 4ης Δεκεμβρίου 2008,

λαμβάνοντας υπόψη τις παρατηρήσεις που υπέβαλαν:

- η Assitur Srl, εκπροσωπούμενη από τον S. Quadrio, avvocato,
- το Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, εκπροσωπούμενο από τον M. Bassani, avvocato,
- η SDA Express Courier SpA, εκπροσωπούμενη από τους A. Vallefucio και V. Vallefucio, avvocati,

- η Poste Italiane SpA, εκπροσωπούμενη από την A. Fratini, avvocatessa,

- η Ιταλική Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από τον I. M. Braguglia, επικουρούμενο από τον G. Fiengo, avvocato dello Stato,

- η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, εκπροσωπούμενη από τον D. Kukovec και την D. Recchia,

αφού άκουσε τον γενικό εισαγγελέα που ανέπτυξε τις προτάσεις του κατά τη συνεδρίαση της 10ης Φεβρουαρίου 2009,

εκδίδει την ακόλουθη

Απόφαση

- 1 Η αίτηση έκδοσης προδικαστικής απόφασης αφορά την ερμηνεία του άρθρου 29, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών (ΕΕ L 209, σ. 1), καθώς και των γενικών αρχών του κοινοτικού δικαίου που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις.

- 2 Η αίτηση αυτή υποβλήθηκε στο πλαίσιο ένδικης διαφοράς μεταξύ της εταιρίας Assitur Srl (στο εξής: Assitur) και του Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano (Εμπορικού, Βιομηχανικού, Βιοτεχνικού και Γεωργικού Επιμελητηρίου του Μιλάνου) σχετικά με το ζήτημα αν συμβιβάζεται με τις παραπάνω διατάξεις και αρχές η εθνική νομοθεσία που απαγορεύει στις επιχειρήσεις μεταξύ των

οποίων υπάρχει σχέση ελέγχου ή από τις οποίες η μία ασκεί σημαντική επιρροή επί των λοιπών να συμμετέχουν αυτοτελώς και ως ανταγωνιστές στην ίδια διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης.

Το νομικό πλαίσιο

Η κοινοτική νομοθεσία

- 3 Το άρθρο 29 της οδηγίας 92/50 αποτελεί μέρος του κεφαλαίου 2 της εν λόγω οδηγίας, το οποίο επιγράφεται «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής», και προβλέπει, στο πρώτο εδάφιο, τα εξής:

«Κάθε παρέχων υπηρεσίες μπορεί να αποκλεισθεί από διαγωνισμό, εάν:

- α) βρίσκεται υπό πτώχευση, εκκαθάριση, παύση δραστηριοτήτων, αναγκαστική διαχείριση ή πτωχευτικό συμβιβασμό, ή σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση που προκύπτει από παρόμοια διαδικασία προβλεπόμενη από τις εθνικές, νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις,

- β) εκινήθη εναντίον του διαδικασία κήρυξης σε πτώχευση, εκκαθάρισης [ή] αναγκαστικής διαχείρισης, πτωχευτικού συμβιβασμού, ή οποιαδήποτε άλλη παρόμοια διαδικασία προβλεπόμενη από τις εθνικές, νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις,

- γ) καταδικάστηκε για αδίκημα που αφορά την επαγγελματική διαγωγή του παρέχοντος υπηρεσίες, βάσει απόφασης η οποία έχει ισχύ δεδικασμένου,

- δ) έχει διαπράξει βαρύ επαγγελματικό παράπτωμα, που μπορεί να διαπιστωθεί με οποιοδήποτε μέσο από τις αναθέτουσες αρχές,

- ε) δεν έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης σύμφωνα με τη νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή σύμφωνα με τη νομοθεσία της χώρας της αναθέτουσας αρχής,

- στ) δεν έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του τις σχετικές με την πληρωμή των φόρων και τελών σύμφωνα με τη νομοθεσία της χώρας της αναθέτουσας αρχής,

- ζ) είναι ένοχος υποβολής ψευδούς δηλώσεως ή παραλείψεως υποβολής των πληροφοριών που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του παρόντος κεφαλαίου.»

⁴ Το άρθρο 3, παράγραφος 4, δεύτερο και τρίτο εδάφιο, της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη

συμβάσεων δημοσίων έργων (ΕΕ L 199, σ. 54), ορίζει τις έννοιες «συνδεδεμένες επιχειρήσεις» και «κυρίαρχη επιρροή» μιας επιχείρησης επί άλλης. Η εν λόγω διάταξη προβλέπει, όσον αφορά τις συμβάσεις παραχώρησης δημοσίων έργων, τα εξής:

«Δεν θεωρούνται ως τρίτοι οι επιχειρήσεις οι οποίες συνιστούν κοινοπραξία για να επιτύχουν την παραχώρηση ούτε οι επιχειρήσεις που συνδέονται με τις επιχειρήσεις αυτές.

Ως “συνδεδεμένη επιχείρηση” νοείται κάθε επιχείρηση στην οποία ο ανάδοχος παραχώρησης μπορεί να ασκήσει, άμεσα ή έμμεσα, κυρίαρχη επιρροή ή κάθε επιχείρηση η οποία μπορεί να ασκήσει κυρίαρχη επιρροή στον ανάδοχο παραχώρησης ή η οποία, όπως και ο ανάδοχος παραχώρησης, υπόκειται στην κυρίαρχη επιρροή μιας άλλης επιχείρησης λόγω ιδιοκτησίας, χρηματοδοτικής συμμετοχής ή των κανόνων που τη διέπουν. Η κυρίαρχη επιρροή τεκμαίρεται, όταν μια επιχείρηση έναντι μιας άλλης επιχείρησης, άμεσα ή έμμεσα:

— κατέχει την πλειοψηφία του καλυφθέντος κεφαλαίου της επιχείρησης

ή

— διαθέτει την πλειοψηφία των ψήφων που συνδέονται με τα μερίδια τα οποία εκδίδει η επιχείρηση

ή

— μπορεί να διορίζει περισσότερα από τα μισά μέλη του οργάνου διοίκησης, διεύθυνσης ή εποπτείας της επιχείρησης.»

Η εθνική νομοθεσία

5 Η οδηγία 92/50 μεταφέρθηκε στην ιταλική νομοθεσία με το νομοθετικό διάταγμα 157 της 17ης Μαρτίου 1995 (τακτικό συμπλήρωμα στην *GURI* αριθ. 104, της 6ης Μαΐου 1995). Το νομοθετικό διάταγμα αυτό δεν απαγορεύει στις επιχειρήσεις μεταξύ των οποίων υπάρχει σχέση ελέγχου ή οι οποίες είναι συνδεδεμένες μεταξύ τους να συμμετέχουν στην ίδια διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών.

6 Το άρθρο 10, παράγραφος 1bis, του νόμου-πλαισίου για τις συμβάσεις δημόσιων έργων (του νόμου υπ' αριθ. 109), της 11ης Φεβρουαρίου 1994 (*GURI* αριθ. 41, της 19ης Φεβρουαρίου 1994, στο εξής: νόμος 109/1994), ορίζει τα εξής:

«Δεν επιτρέπεται η συμμετοχή στον ίδιο διαγωνισμό επιχειρήσεων μεταξύ των οποίων υφίσταται μία από τις σχέσεις ελέγχου τις οποίες ορίζει το άρθρο 2359 του Αστικού Κώδικα.»

7 Το άρθρο 2359 του ιταλικού Αστικού Κώδικα, που φέρει τον τίτλο «Ελεγχόμενες εταιρίες και συνδεδεμένες εταιρίες», προβλέπει τα εξής:

«Θεωρούνται ελεγχόμενες:

- 1) οι εταιρίες των οποίων η πλειοψηφία των ψήφων στην τακτική γενική συνέλευση ανήκει σε άλλη εταιρία,
- 2) οι εταιρίες των οποίων ένα ποσοστό ψήφων επαρκές για την άσκηση κυρίαρχης επιρροής κατά την τακτική γενική συνέλευση ανήκει σε άλλη εταιρία,
- 3) οι εταιρίες επί των οποίων ασκεί κυρίαρχη επιρροή άλλη εταιρία δυνάμει ειδικών συμβατικών δεσμών.

Για την εφαρμογή των σημείων 1 και 2 της πρώτης παραγράφου συνυπολογίζονται και οι ψήφοι που ανήκουν σε ελεγχόμενες εταιρίες, εταιρίες καταπιστευτικής διαχείρισης ή παρένθετα πρόσωπα, αλλά όχι και οι ψήφοι από εταιρικά μερίδια ανήκοντα σε τρίτους.

Θεωρούνται συνδεδεμένες οι εταιρίες επί των οποίων ασκεί σημαντική επιρροή μια άλλη εταιρία. Η επιρροή αυτή τεκμαίρεται, εφόσον η άλλη εταιρία διαθέτει τουλάχιστον το ένα πέμπτο των ψήφων στην τακτική γενική συνέλευση ή το ένα δέκατο, αν οι μετοχές της εταιρίας είναι εισηγμένες στο χρηματιστήριο.»

⁸ Όλες οι διαδικασίες σύναψης των δημόσιων συμβάσεων έργων, υπηρεσιών και προμηθειών ρυθμίζονται επί του παρόντος από το νομοθετικό διάταγμα 163, της

12ης Απριλίου 2006 (τακτικό συμπλήρωμα αριθ. 107 στην *GURI* αριθ. 100, της 2ας Μαΐου 2006, στο εξής: νομοθετικό διάταγμα 163/2006). Το άρθρο 34, τελευταία παράγραφος, του νομοθετικού αυτού διατάγματος προβλέπει τα εξής:

«Δεν επιτρέπεται η συμμετοχή στον ίδιο διαγωνισμό εταιριών μεταξύ των οποίων υφίσταται μία από τις σχέσεις ελέγχου τις οποίες προβλέπει το άρθρο 2359 του Αστικού Κώδικα. Οι αναθέτουσες αρχές αποκλείουν επίσης από τον διαγωνισμό όσους έχουν υποβάλει προσφορές οι οποίες προέρχονται εξακριβωμένα και βάσει σαφών στοιχείων από ένα και μόνο κέντρο λήψης αποφάσεων.»

Η διαφορά της κύριας δίκης και το προδικαστικό ερώτημα

- 9 Στις 30 Σεπτεμβρίου 2003 το Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano προκήρυξε ανοικτό μειοδοτικό διαγωνισμό για τη σύναψη σύμβασης παροχής προς το εν λόγω επιμελητήριο και την επιχείρησή του Ced Camera ταχυδρομικών υπηρεσιών για την παραλαβή και την παράδοση αλληλογραφίας και διαφόρων εγγράφων κατά την τριετία 2004-2006. Η αξία της σύμβασης ανερχόταν στο ποσό των 530 000 ευρώ (χωρίς ΦΠΑ).
- 10 Μετά την εξέταση των εγγράφων που υπέβαλαν οι ενδιαφερόμενοι, έγιναν δεκτές στον διαγωνισμό οι εταιρίες SDA Express Courier Spa (στο εξής: SDA), Poste Italiane Spa (στο εξής: Poste Italiane) και Assitur.
- 11 Στις 12 Νοεμβρίου 2003 η Assitur ζήτησε να αποκλειστούν από τη διαδικασία του διαγωνισμού οι εταιρίες SDA και Poste Italiane, λόγω των στενών δεσμών τους.

- 12 Από την έρευνα που διέταξε η επιτροπή του διαγωνισμού προέκυψε ότι το σύνολο του εταιρικού κεφαλαίου της SDA ανήκε στην *Attività Mobiliari Spa*, η οποία με τη σειρά της ανήκε εξ ολοκλήρου στην *Poste Italiane*. Εντούτοις, η επιτροπή του διαγωνισμού τόνισε ότι, αφού το νομοθετικό διάταγμα 157, της 17ης Μαρτίου 1995, από το οποίο διέπονταν οι συμβάσεις παροχής υπηρεσιών, δεν προβλέπει καμία απαγόρευση συμμετοχής των επιχειρήσεων μεταξύ των οποίων υπάρχει σχέση ελέγχου και από την έρευνα δεν είχαν προκύψει σοβαρές και συγκλίνουσες ενδείξεις από τις οποίες να γεννάται η υποψία ότι είχαν παραβιαστεί οι αρχές του ανταγωνισμού και του απορρήτου των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε, με την απόφαση 712 της 2ας Δεκεμβρίου 2003, να συνάψει τη σύμβαση με την SDA, η οποία είχε μειοδοτήσει.
- 13 Η Assitur προσέφυγε ενώπιον του *Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia* και ζήτησε την ακύρωση της παραπάνω απόφασης. Η εταιρία αυτή ισχυρίστηκε ότι, σύμφωνα με το άρθρο 10, παράγραφος 1bis, του νόμου 109/1994, το οποίο η ίδια θεωρεί ότι έχει εφαρμογή και στις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών, αφού δεν υπάρχει καμία ρητή διαφορετική ρύθμιση, η αναθέτουσα αρχή έπρεπε να αποκλείσει από τον διαγωνισμό τις εταιρίες μεταξύ των οποίων υπάρχει μία από τις σχέσεις ελέγχου που προβλέπει το άρθρο 2359 του ιταλικού Αστικού Κώδικα.
- 14 Το αιτούν δικαστήριο τονίζει ότι το άρθρο 10, παράγραφος 1bis, του νόμου 109/1994, που ρυθμίζει ειδικά τις συμβάσεις δημόσιων έργων, θέτει το αμάχητο τεκμήριο ότι η προσφορά της ελεγχόμενης εταιρίας είναι γνωστή στην ελέγχουσα. Οι σχετικές επιχειρήσεις δηλαδή δεν θεωρούνται από τον νομοθέτη ικανές να υποβάλλουν προσφορές που να χαρακτηρίζονται από την απαραίτητη αυτονομία, σοβαρότητα και αξιοπιστία, διότι είναι συνδεδεμένες στενά λόγω των κοινών συμφερόντων τους. Η διάταξη αυτή απαγορεύει συνεπώς στις επιχειρήσεις που έχουν τέτοιους δεσμούς να συμμετέχουν στον ίδιο διαγωνισμό ως ανταγωνιστικές επιχειρήσεις και, όταν διαπιστώνεται συμμετοχή τέτοιων επιχειρήσεων, ο αποκλεισμός τους από τη διαδικασία του διαγωνισμού είναι υποχρεωτικός. Το εν λόγω δικαστήριο επισημαίνει επίσης ότι η έννοια του ιταλικού δικαίου «ελεγχόμενη επιχείρηση» αντιστοιχεί στην έννοια της «συνδεδεμένης επιχείρησης», η οποία ορίζεται στο άρθρο 3, παράγραφος 4, της οδηγίας 93/37.
- 15 Το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει επίσης ότι, κατά την ιταλική νομολογία, ένας κανόνας όπως ο προβλεπόμενος στο άρθρο 10, παράγραφος 1bis, του νόμου 109/1994 αποτελεί γενικής ισχύος κανόνα δημόσιας τάξης. Πρόκειται δηλαδή για κανόνα που

εκφράζει μια γενική αρχή, η οποία βαίνει πέραν των ορίων του τομέα των δημόσιων έργων και καλύπτει επίσης τις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων στους τομείς των υπηρεσιών και των προμηθειών, παρά το γεγονός ότι για τους τομείς αυτούς δεν υπάρχει καμία τέτοια ειδική διάταξη. Ο νομοθέτης υιοθέτησε τη νομολογιακή αυτή προσέγγιση κατά τη θέσπιση του άρθρου 34, τελευταία παράγραφος, του νομοθετικού διατάγματος 163/2006, το οποίο διέπει επί του παρόντος όλες τις δημόσιες συμβάσεις, αλλά δεν έχει εφαρμογή, *ratione temporis*, στην υπό κρίση υπόθεση.

- 16 Το αιτούν δικαστήριο διερωτάται πάντως κατά πόσον η προσέγγιση αυτή συμβιβάζεται με την κοινοτική έννομη τάξη και, ειδικότερα, με το άρθρο 29 της οδηγίας 92/50, όπως ερμηνεύθηκε από το Δικαστήριο με την απόφαση της 9ης Φεβρουαρίου 2006, C-226/04 και C-228/04, *La Cascina* κ.λπ. (Συλλογή 2006, σ. I-1347, σκέψεις 21 έως 23). Η διάταξη αυτή, η οποία εκφράζει την αρχή *favor participationis*, δηλαδή ότι υπάρχει συμφέρον για τη συμμετοχή του μεγαλύτερου δυνατού αριθμού επιχειρήσεων στους διαγωνισμούς, περιλαμβάνει, σύμφωνα με την παραπάνω απόφαση του Δικαστηρίου, περιοριστική απαρίθμηση των λόγων αποκλεισμού από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών. Μεταξύ των λόγων αυτών δεν περιλαμβάνεται η περίπτωση των συνδεδεμένων εταιριών μεταξύ των οποίων υπάρχει σχέση ελέγχου ή σημαντικής επιρροής.
- 17 Το αιτούν δικαστήριο εκτιμά πάντως ότι το άρθρο 10, παράγραφος 1bis, του νόμου 109/1994 αποτελεί έκφραση της αρχής του ελεύθερου ανταγωνισμού, καθόσον αποβλέπει στον κολασμό κάθε συμπαιγνίας μεταξύ επιχειρήσεων κατά τη διάρκεια της διαδικασίας του διαγωνισμού. Κατά συνέπεια, το εν λόγω άρθρο θεσπίστηκε σε απόλυτη συμφωνία με τη Συνθήκη ΕΚ, και ειδικότερα με τα άρθρα της 81 επ., και δεν προσκρούει, στην πραγματικότητα, στο άρθρο 29 της οδηγίας 92/50.
- 18 Υπό τις συνθήκες αυτές, το Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia αποφάσισε να αναστείλει την ενώπιόν του εκκρεμή διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο το ακόλουθο προδικαστικό ερώτημα:

«Περιέχει το άρθρο 29 της οδηγίας 92/50 [...], το οποίο προβλέπει επτά περιπτώσεις αποκλεισμού από τη συμμετοχή σε διαγωνισμούς για τη σύναψη δημόσιων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών, περιοριστική απαρίθμηση των λόγων αποκλεισμού, με συνέπεια να απαγορεύει την επιβολή, με το άρθρο 10, παράγραφος 1bis, του ιταλικού νόμου 109/94 (το οποίο έχει αντικατασταθεί από το άρθρο 34, τελευταία παράγραφος, του

ιταλικού νομοθετικού διατάγματος 163/06), απαγόρευσης ταυτόχρονης συμμετοχής σε διαγωνισμό επιχειρήσεων μεταξύ των οποίων υπάρχει σχέση ελέγχου;»

Επί του προδικαστικού ερωτήματος

- 19 Προκειμένου να δοθεί απάντηση στο ερώτημα αυτό, πρέπει να τονιστεί ότι, κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, οι επτά λόγοι αποκλεισμού ενός επιχειρηματία από τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, τους οποίους προβλέπει το άρθρο 29, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας 92/50, αφορούν την επαγγελματική εντιμότητα, τη φερεγγυότητα ή την αξιοπιστία του ενδιαφερόμενου, δηλαδή τα επαγγελματικά προσόντα του (βλ. προπαρατεθείσα απόφαση La Cascina κ.λπ., σκέψη 21).
- 20 Το Δικαστήριο τόνισε, όσον αφορά το άρθρο 24, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας 93/37, το οποίο προβλέπει τους ίδιους λόγους αποκλεισμού όπως και το άρθρο 29, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας 92/50, ότι η βούληση του κοινοτικού νομοθέτη ήταν να περιλάβει στη διάταξη αυτή μόνο τους λόγους αποκλεισμού που αφορούν τα επαγγελματικά μόνο προσόντα των ενδιαφερόμενων. Το Δικαστήριο έκρινε ότι η απαρίθμηση αυτή, καθόσον αναφέρει αυτούς τους λόγους αποκλεισμού, είναι εξαντλητική (βλ. την απόφαση της 16ης Δεκεμβρίου 2008, C-213/07, Μηχανική, που δεν έχει δημοσιευτεί ακόμη στη Συλλογή, σκέψεις 42 και 43 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).
- 21 Το Δικαστήριο πρόσθεσε ότι η εξαντλητική αυτή απαρίθμηση δεν αποκλείει, ωστόσο, την ευχέρεια των κρατών μελών να διατηρούν σε ισχύ ή να θεσπίζουν, πέρα από αυτούς τους λόγους αποκλεισμού, ουσιαστικούς κανόνες αποσκοπούντες, μεταξύ άλλων, στη διασφάλιση, στον τομέα των δημόσιων συμβάσεων, της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης όλων των υποβαλλόντων προσφορά και της αρχής της διαφάνειας, οι οποίες αποτελούν τη βάση των κοινοτικών οδηγιών των σχετικών με τις διαδικασίες σύναψης των δημόσιων συμβάσεων, υπό την προϋπόθεση πάντως ότι τηρείται η αρχή της αναλογικότητας (βλ. προπαρατεθείσα απόφαση Μηχανική, σκέψεις 44 έως 48 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

- 22 Είναι προφανές ότι ένα εθνικό νομοθετικό μέτρο όπως το επίμαχο στην κύρια δίκη αποσκοπεί στην αποφυγή οποιουδήποτε ενδεχομένου συμπαιγνίας μεταξύ των μετεχόντων στην ίδια διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης και στη διασφάλιση αφενός της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων και αφετέρου της διαφάνειας της διαδικασίας.
- 23 Επομένως, πρέπει να γίνει δεκτό ότι το άρθρο 29, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας 92/50 δεν απαγορεύει στα κράτη μέλη να προβλέπουν, πέρα από τους λόγους αποκλεισμού που απαριθμεί η διάταξη αυτή, και άλλους λόγους αποκλεισμού, με σκοπό τη διασφάλιση της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, υπό την προϋπόθεση ότι τα σχετικά μέτρα δεν βαίνουν πέραν αυτού που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του σκοπού αυτού.
- 24 Κατά συνέπεια, πρέπει στη συνέχεια να εξεταστεί αν η επίμαχη στην κύρια δίκη εθνική ρύθμιση συμβιβάζεται με το κοινοτικό δίκαιο από την άποψη της αρχής της αναλογικότητας.
- 25 Υπενθυμίζεται ότι οι κοινοτικοί κανόνες που διέπουν τη σύναψη των δημόσιων συμβάσεων θεσπίστηκαν στο πλαίσιο της εγκαθίδρυσης της εσωτερικής αγοράς, εντός της οποίας διασφαλίζεται η ελεύθερη κυκλοφορία και καταργούνται οι περιορισμοί του ανταγωνισμού (βλ. την απόφαση της 21ης Φεβρουαρίου 2008, C-412/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 2008, σ. I-619, σκέψη 2).
- 26 Σε αυτό το πλαίσιο της ενιαίας εσωτερικής αγοράς και του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, η διασφάλιση της συμμετοχής του μεγαλύτερου δυνατού αριθμού επιχειρήσεων στους διαγωνισμούς είναι προς το συμφέρον του κοινοτικού δικαίου.
- 27 Από τη διάταξη περί παραπομπής προκύπτει ότι η επίμαχη στην κύρια δίκη διάταξη, η οποία έχει σαφή και επιτακτική διατύπωση, επιβάλλει στις αναθέτουσες αρχές την απόλυτη υποχρέωση να αποκλείουν από τη διαδικασία σύναψης των συμβάσεων τις

επιχειρήσεις που υποβάλλουν αυτοτελείς και ανταγωνιστικές προσφορές, εφόσον μεταξύ των επιχειρήσεων αυτών υπάρχουν σχέσεις ελέγχου όπως οι προβλεπόμενες από την επίμαχη στην κύρια δίκη εθνική ρύθμιση.

- 28 Εντούτοις, θα ήταν αντίθετη με την αποτελεσματική εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου η συστηματική αποστέρηση των συνδεδεμένων επιχειρήσεων από το δικαίωμα συμμετοχής στην ίδια διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης. Η λύση αυτή θα περιόριζε πράγματι σημαντικά τον ανταγωνισμό εντός της Κοινότητας.
- 29 Επομένως, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η επίμαχη στην κύρια δίκη εθνική ρύθμιση, καθόσον επεκτείνει την απαγόρευση συμμετοχής στην ίδια διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, ώστε να καλύπτονται και οι περιπτώσεις στις οποίες η σχέση ελέγχου μεταξύ των ενδιαφερόμενων επιχειρήσεων δεν επηρεάζει τη συμπεριφορά τους κατά τις διαδικασίες αυτές, βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, ο οποίος συνίσταται στη διασφάλιση της εφαρμογής των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας.
- 30 Η ρύθμιση αυτή, η οποία στηρίζεται στο αμάχητο τεκμήριο ότι οι προσφορές που υποβάλλουν δύο συνδεδεμένες επιχειρήσεις για την ίδια δημόσια σύμβαση έχουν κατ' ανάγκη αλληλοεπηρεαστεί, αντιβαίνει στην αρχή της αναλογικότητας, καθόσον δεν παρέχει στις επιχειρήσεις αυτές τη δυνατότητα να αποδείξουν ότι στην περίπτωση τους δεν υπάρχει πραγματικός κίνδυνος εμφάνισης πρακτικών ικανών να απειλήσουν τη διαφάνεια και να νοθεύσουν τον ανταγωνισμό μεταξύ των υποβαλλόντων προσφορά (βλ. την απόφαση της 3ης Μαρτίου 2005, C-21/03 και C-34/03, Fabricom, Συλλογή 2005, σ. I-1559, σκέψεις 33 και 35, και την προπαρατεθείσα απόφαση Μηχανική, σκέψη 62).
- 31 Επ' αυτού πρέπει να τονιστεί ότι οι ομάδες επιχειρήσεων μπορούν να έχουν ποικίλες μορφές και ποικίλους στόχους και δεν αποκλείεται οπωσδήποτε το ενδεχόμενο να έχουν οι ελεγχόμενες επιχειρήσεις κάποια αυτονομία κατά την άσκηση της εμπορικής

πολιτικής τους και των οικονομικών δραστηριοτήτων τους, ιδίως δε ως προς τη συμμετοχή σε διαγωνισμούς για τη σύναψη δημόσιων συμβάσεων. Κατά τα λοιπά, όπως τόνισε η Επιτροπή με τις γραπτές παρατηρήσεις της, οι σχέσεις μεταξύ των επιχειρήσεων ενός ομίλου ενδέχεται να διέπονται από ειδικές διατάξεις, π.χ. συμβατικής φύσης, οι οποίες θα μπορούσαν να διασφαλίζουν τόσο την ανεξαρτησία όσο και την τήρηση του απορρήτου κατά την εκπόνηση των προσφορών που πρόκειται να υποβληθούν ταυτόχρονα από τις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις στον ίδιο διαγωνισμό.

32 Το ζήτημα αν, στο πλαίσιο αυτό, η επίμαχη σχέση ελέγχου επηρέασε το περιεχόμενο των προσφορών που υπέβαλαν οι ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις στην ίδια διαδικασία δημόσιου διαγωνισμού απαιτεί την εξέταση και την εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών, για τις οποίες αρμόδιες είναι οι αναθέτουσες αρχές. Η διαπίστωση ότι υπήρξε τέτοιος επηρεασμός αρκεί, ανεξάρτητα από τη μορφή του, για να αποκλειστούν οι εν λόγω επιχειρήσεις από την επίμαχη διαδικασία. Αντίθετα, η διαπίστωση απλώς και μόνο ύπαρξης σχέσης ελέγχου μεταξύ των οικείων επιχειρήσεων, η οποία οφείλεται σε λόγους ιδιοκτησίας ή στον αριθμό των ψήφων στην τακτική γενική συνέλευση, δεν αρκεί για να αποκλείσει αυτόματα η αναθέτουσα αρχή τις επιχειρήσεις αυτές από τη διαδικασία σύναψης της σύμβασης χωρίς να εξακριβώσει αν η εν λόγω σχέση επηρέασε συγκεκριμένα τη συμπεριφορά καθεμιάς από τις επιχειρήσεις αυτές στο πλαίσιο της διαδικασίας αυτής.

33 Κατόπιν όλων των παραπάνω σκέψεων, στο προδικαστικό ερώτημα πρέπει να δοθεί η εξής απάντηση:

- το άρθρο 29, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας 92/50 έχει την έννοια ότι δεν απαγορεύει στα κράτη μέλη να προβλέπουν, πέρα από τους λόγους αποκλεισμού που απαριθμεί η διάταξη αυτή, και άλλους λόγους αποκλεισμού, με σκοπό τη διασφάλιση της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, υπό την προϋπόθεση ότι τα σχετικά μέτρα δεν βαίνουν πέραν αυτού που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του σκοπού αυτού, και

- το κοινοτικό δίκαιο απαγορεύει τη θέσπιση ή διατήρηση σε ισχύ διάταξης του εθνικού δικαίου η οποία, μολονότι επιδιώκει την επίτευξη των θεμιτών σκοπών της ίσης μεταχείρισης των υποβαλλόντων προσφορά και της διαφάνειας κατά τις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων, απαγορεύει απόλυτα στις επιχειρήσεις μεταξύ των οποίων υπάρχει σχέση ελέγχου ή οι οποίες είναι συνδεδεμένες μεταξύ τους να συμμετέχουν ταυτόχρονα και ως ανταγωνιστές στην ίδια διαδικασία διαγωνισμού και δεν τους παρέχει τη δυνατότητα να αποδείξουν ότι η σχέση αυτή δεν επηρέασε τη συμπεριφορά τους στο πλαίσιο της διαδικασίας αυτής.

Επί των δικαστικών εξόδων

- ³⁴ Δεδομένου ότι η παρούσα διαδικασία έχει ως προς τους διαδίκους της κύριας δίκης τον χαρακτήρα παρεμπόδισης που ανέκυψε ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου, σ' αυτό εναπόκειται να αποφανθεί επί των δικαστικών εξόδων. Τα έξοδα στα οποία υποβλήθηκαν όσοι υπέβαλαν παρατηρήσεις στο Δικαστήριο, πλην των ως άνω διαδίκων, δεν αποδίδονται.

Για τους λόγους αυτούς, το Δικαστήριο (τέταρτο τμήμα) αποφαινεται:

Το άρθρο 29, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών, έχει την έννοια ότι δεν απαγορεύει στα κράτη μέλη να προβλέπουν, πέρα από τους λόγους αποκλεισμού που απαριθμεί η διάταξη αυτή, και άλλους λόγους αποκλεισμού, με σκοπό τη διασφάλιση της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, υπό την προϋπόθεση ότι τα σχετικά μέτρα δεν βαίνουν πέραν αυτού που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του σκοπού αυτού.

Το κοινοτικό δίκαιο απαγορεύει τη θέσπιση ή διατήρηση σε ισχύ διάταξης του εθνικού δικαίου η οποία, μολονότι επιδιώκει την επίτευξη των θεμιτών σκοπών της ίσης μεταχείρισης των υποβαλλόντων προσφορά και της διαφάνειας κατά τις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων, απαγορεύει απόλυτα στις επιχειρήσεις μεταξύ των οποίων υπάρχει σχέση ελέγχου ή οι οποίες είναι συνδεδεμένες μεταξύ τους να συμμετέχουν ταυτόχρονα και ως ανταγωνιστές στην ίδια διαδικασία διαγωνισμού και δεν τους παρέχει τη δυνατότητα να αποδείξουν ότι η σχέση αυτή δεν επηρέασε τη συμπεριφορά τους στο πλαίσιο της διαδικασίας αυτής.

(υπογραφές)