

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
PEDRO CRUZ VILLALÓN
της 7ης Ιουλίου 2011¹

I — Νομικό πλαίσιο	I - 10987
A — Το δίκαιο της Ένωσης	I - 10987
B — Η εθνική νομοθεσία	I - 10989
II — Τα πραγματικά περιστατικά	I - 10992
III — Το προδικαστικό ερώτημα	I - 10993
IV — Η διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου	I - 10995
V — Τα προβληθέντα επιχειρήματα	I - 10995
VI — Παρατηρήσεις	I - 10996
A — Επί του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος: το δίλημμα σύμβαση/παραχώρηση υπηρεσιών	I - 10996
B — Επί του δεύτερου ερωτήματος: η άμεση εφαρμογή της οδηγίας 1992/13 όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 2007/66	I - 11001
Γ — Επί του τρίτου προδικαστικού ερωτήματος: η ενδεχόμενη αναδρομική ισχύς της οδηγίας 1992/13	I - 11005
VII — Πρόταση	I - 11006

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η ισπανική.

Το παρόν προδικαστικό ερώτημα παρέχει ενδεχομένως στο Δικαστήριο τη δυνατότητα να εμπλουτίσει τη νομολογία του σχετικά με τα κριτήρια διακρίσεων μεταξύ δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών και παραχωρήσεως υπηρεσιών, υπό την έννοια του δικαίου της Ένωσης, καθώς και να διευκρινίσει τις περιπτώσεις στις οποίες πρέπει να θεωρείται ότι οδηγία η οποία δεν μεταφέρθηκε στην εσωτερική έννομη τάξη εμπροθέσμως έχει άμεση εφαρμογή. Παρέχει επίσης τη δυνατότητα να τονιστεί, άπαξ έτι, η ανάγκη δικαστικής συνεργασίας μεταξύ της Ενώσεως και των κρατών μελών στο πλαίσιο εφαρμογής του δικαίου της Ένωσης.

I — Νομικό πλαίσιο

A — Το δίκαιο της Ένωσης

1. Η οδηγία 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών² (στο εξής: οδηγία 2004/18), και η οδηγία 2004/17/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών

υπηρεσιών³ (στο εξής: οδηγία 2004/17), μεταρρυθμισαν στην εποχή τους το καθεστώς που ίσχυε για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων⁴, παρέχοντας, χάριν σαφήνειας, μια συστηματική κατάταξη των μέσων συντονισμού που έχει θεσπίσει ο κοινοτικός νομοθέτης. Υπό το πρίσμα αυτό, το άρθρο 1, παράγραφος 2, στοιχεία α' και δ', της οδηγίας 2004/17⁵ προβλέπει, όσον αφορά τους ορισμούς των κατηγοριών και των χρησιμοποιούμενων εννοιών, τα εξής:

«α) Ως “συμβάσεις προμηθειών, έργων και υπηρεσιών” νοούνται συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας που συνάπτονται γραπτώς μεταξύ ενός ή περισσότερων από τους αναθέτοντες φορείς, οι οποίοι ορίζονται στο άρθρο 2, παράγραφος 2, και ενός ή

3 — ΕΕ L 134, σ. 1.

4 — Η οδηγία 2004/18 ενοποίησε σε ένα είδος ενιαίου κώδικα τις επιμέρους ρυθμίσεις που ίσχυαν σε διάφορους τομείς οι οποίες περιλαμβάνονταν στις οδηγίες 93/36/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων προμηθειών (ΕΕ L 199, σ. 1), 93/37/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων (ΕΕ L 199, σ. 54), και 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών (ΕΕ L 209, σ. 1), ενώ η οδηγία 2004/17 έπραξε το αυτό για τις κανονιστικές διατάξεις που περιλάμβανε η οδηγία 1993/38/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (ΕΕ L 199, σ. 84).

5 — Ως γνωστόν, οι εκτιμήσεις για την ερμηνεία των κατηγοριών που ορίζει η οδηγία 2004/17 μπορούν να χρησιμοποιηθούν, λόγω της ομοιοτήτάς τους, και σε σχέση με τα άρθρα 1, παράγραφος 2 και 4, της οδηγίας 2004/18. Βλ. στο ίδιο πνεύμα, μεταξύ άλλων, απόφαση του Δικαστηρίου της 10ης Σεπτεμβρίου 2009, C-206/08, Eurawasser (Συλλογή 2009, σ. I-8377, σκέψη 43). Όσον αφορά τη γένεση αυτών των δύο οδηγιών, βλ. τις αντίστοιχες εκδόσεις του Jan M. Heblý *European Public Procurement: Legislative History of the «Utilities» Directive 2004/17/EC*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2008, και *European Public Procurement: Legislative History of the «Classic» Directive 2004/18/EC*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2007.

2 — ΕΕ L 134, σ. 114.

περισσότερων εργοληπτών, προμηθευτών ή παρόχων υπηρεσιών.

[...]

δ) ως “συμβάσεις υπηρεσιών” νοούνται συμβάσεις πλην των συμβάσεων έργων ή προμηθειών, που έχουν ως αντικείμενο την παροχή των υπηρεσιών, οι οποίες αναφέρονται στο παράρτημα XVII».

2. Το δε άρθρο 1, παράγραφος 3, στοιχείο β', της οδηγίας 2004/17 προβλέπει ότι ως «σύμβαση παραχωρήσεως υπηρεσιών» νοείται η σύμβαση η οποία παρουσιάζει τα ίδια χαρακτηριστικά με μια σύμβαση υπηρεσιών, εκτός από το γεγονός ότι το εργολαβικό αντάλλαγμα για την παροχή των υπηρεσιών συνίσταται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμεταλλεύσεως της υπηρεσίας είτε στο δικαίωμα αυτό σε συνδυασμό με καταβολή αμοιβής.

3. Δυνάμει του άρθρου 2, παράγραφος 2, στοιχείο α', της οδηγίας 2004/17, αυτή «εφαρμόζεται στους αναθέτοντες φορείς οι οποίοι είναι αναθέτουσες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις και ασκούν μια από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 3 έως 7».

4. Έτσι, το άρθρο 5, παράγραφος 1, της οδηγίας 2004/17 προβλέπει ότι αυτή εφαρμόζεται «στις δραστηριότητες που αποσκοπούν στη διάθεση ή την εκμετάλλευση δικτύων που παρέχουν υπηρεσίες στο κοινό στους τομείς των μεταφορών με σιδηρόδρομο, αυτόματα συστήματα, τραμ, τρόλεϊ, λεωφορεία ή καλώδιο».

5. Η δε οδηγία 1992/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 25ης Φεβρουαρίου 1992, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων σχετικά με την εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων στις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων φορέων οι οποίοι λειτουργούν στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών⁶ (στο εξής: οδηγία 1992/13), όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 2007/66/ΕΚ, της 11ης Δεκεμβρίου 2007⁷, σκοπεύει να διασφαλίσει την αποτελεσματική εφαρμογή τόσο της οδηγίας 2004/17 όσο και της οδηγίας 2004/18, ορίζει δε προς τούτο στο άρθρο της 2δ, παράγραφος 1, στοιχείο β':

«1. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε μια σύμβαση να κηρύσσεται ανενεργή από όργανο προσφυγής ανεξάρτητο από τον αναθέτοντα φορέα ή το ανενεργό της να προκύπτει από απόφαση του εν λόγω ανεξάρτητου οργάνου, σε οιαδήποτε από τις εξής περιπτώσεις:

[...]

β) σε περίπτωση παράβασης του άρθρου 1, παράγραφος 5, του άρθρου 2, παράγραφος 3, ή του άρθρου 2α, παράγραφος 2, της παρούσας οδηγίας, αν λόγω της παράβασης αυτής ο προσφέρων ο οποίος ασκεί προσφυγή στερήθηκε της δυνατότητας άσκησης προσυμβατικών διαδικασιών προσφυγής, εφόσον η παράβαση αυτή συνδυάζεται με παράβαση της οδηγίας 2004/17/ΕΚ, όταν η εν λόγω

6 — ΕΕ L 76, σ. 14.

7 — ΕΕ L 335, σ. 31.

παράβαση επηρέασε τις πιθανότητες του προσφέροντος που ασκεί προσφυγή να του ανατεθεί η σύμβαση».

η οργάνωση των υπηρεσιών δημοσίων μεταφορών εμπίπτει στις αυτοτελείς εξουσίες των οργανισμών τοπικής αυτοδιοικήσεως.

6. Κατά το άρθρο 2στ, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 1992/13, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 2007/66/ΕΚ:

«1. Τα κράτη μέλη μπορούν να προβλέψουν ότι η άσκηση προσφυγής σύμφωνα με το άρθρο 2δ, παράγραφος 1, πρέπει να πραγματοποιείται:

[...]

β) και εν πάση περιπτώσει πριν από την πάροδο τουλάχιστον 6 μηνών από την επομένη της ημέρας κατά την οποία συνήφθη η σύμβαση».

B — Η εθνική νομοθεσία

7. Οι διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας που είναι κρίσιμες για την παρούσα υπόθεση είναι αυτές που παρατίθενται κατωτέρω. Πρώτον, ο *likums* «*Par pašvaldībām*» (νόμος για τους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοικήσεως)⁸, του οποίου το άρθρο 15 προβλέπει ότι

8. Δεύτερον, ο *Publiskās un privātās partnerības likums* (νόμος περί συμπράξεων μεταξύ δημοσίου και ιδιωτικού τομέα, στο εξής: νόμος περί συμπράξεων)⁹, του οποίου το άρθρο 7 ορίζει ότι η σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών είναι μια σύμβαση δυνάμει της οποίας ο ιδιωτικός φορέας παρέχει, κατόπιν προσκλήσεως του δημόσιου φορέα, τις υπηρεσίες που απαριθμεί το παράρτημα 2 του *Publisko iepirkumu likums* (νόμου περί δημοσίων συμβάσεων) και ως αντάλλαγμα, ή ουσιώδες τμήμα του ανταλλάγματος, για την παροχή των εν λόγω υπηρεσιών χορηγείται στον εν λόγω ιδιωτικό φορέα το δικαίωμα της εκμεταλλεύσεως των υπηρεσιών αυτών, συγχρόνως όμως αυτός φέρει τους κινδύνους που συνδέονται με την εκμετάλλευση των υπηρεσιών ή σημαντικό τμήμα των κινδύνων αυτών.

9. Κατά την παράγραφο 8 του ίδιου άρθρου, ως δικαίωμα εκμεταλλεύσεως των υπηρεσιών νοείται το δικαίωμα εισπράξεως αντιτίμου από τους τελικούς χρήστες των υπηρεσιών ή λήψεως, ως ανταλλάγματος, χρηματικού ποσού από τον δημόσιο φορέα, του οποίου το ύψος εξαρτάται από τη ζήτηση των εν λόγω υπηρεσιών από τους τελικούς χρήστες, ή ακόμα το δικαίωμα να ζητείται τόσο η καταβολή αντιτίμου από τους τελικούς χρήστες των υπηρεσιών όσο και η παροχή ανταλλάγματος από τον δημόσιο φορέα.

⁹ — Latvijas Vēstnesis αριθ. 107, της 9ης Ιουλίου 2009, σ. 4093, που ισχύει από 1ης Οκτωβρίου 2009. Μέχρι τις 30 Σεπτεμβρίου 2009 εφαρμόζονταν ο *Koncesiju likums* (νόμος περί παραχώρησης), του οποίου το άρθρο 1, παράγραφος 2, όριζε την παραχώρηση ως «την εκχώρηση του δικαιώματος παροχής υπηρεσιών ή του αποκλειστικού δικαιώματος εκμεταλλεύσεως των μέσων της παραχώρησης, για συγκεκριμένη χρονική περίοδο στο πλαίσιο συμβάσεως συναπτόμενης μεταξύ του παραχωρούντος και του παραχωρησιούχου».

⁸ — Latvijas Vēstnesis αριθ. 61, της 24ης Μαΐου 1994, σ. 192.

10. Κατά το άρθρο 1, παράγραφος 9, ως κίνδυνος εκμεταλλεύσεως των υπηρεσιών νοείται ο οικονομικός κίνδυνος όταν τα έσοδα του ιδιωτικού φορέα εξαρτώνται είτε από τη ζήτηση της υπηρεσίας από τους τελικούς χρήστες (κίνδυνος ζήτησης) είτε από το αν η υπηρεσία προσφέρεται στους τελικούς καταναλωτές σύμφωνα με απαιτήσεις που προβλέπει η σύμβαση παραχωρήσεως (κίνδυνος διαθεσιμότητας) είτε, τέλος, από τον συνδυασμό του κινδύνου ζήτησης και του κινδύνου διαθεσιμότητας.

11. Εξίσου σημαντικός είναι, στη συνάφεια αυτή, ο Sabiedriskā transporta pakalpojumu likums (νόμος περί υπηρεσιών δημοσίων μεταφορών)¹⁰, του οποίου το άρθρο 8, παράγραφος 2, προβλέπει ότι, υπό την επιφύλαξη αντίθετης διατάξεως του εν λόγω νόμου, ο αναθέτων φορέας οργανώνει τα των υπηρεσιών δημοσίων μεταφορών κατά τρόπο σύμφωνο προς τον νόμο περί δημοσίων συμβάσεων ή τον νόμο που διέπει την ανάθεση των συμβάσεων παραχωρήσεως.

12. Το άρθρο 10, παράγραφος 1, του νόμου περί υπηρεσιών δημοσίων μεταφορών προβλέπει ότι ο μεταφορέας δικαιούται οικονομικού αντισταθμίματος για τις ζημίες και τις δαπάνες οι οποίες συνδέονται με την παροχή υπηρεσιών δημοσίων μεταφορών, κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 11 και 12 του νόμου αυτού· άλλωστε, η παράγραφος 3 του ίδιου άρθρου προβλέπει ότι, κατά την έννοια του εν λόγω νόμου, ως ζημία νοείται και η καταβολή αντιτίμου για τις υπηρεσίες, εφόσον ο αναθέτων φορέας έχει οργανώσει τα της

παροχής της υπηρεσίας βάσει του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων.

13. Κατά το άρθρο 11, παράγραφος 1, του νόμου περί υπηρεσιών δημοσίων μεταφορών, ο μεταφορέας θα λαμβάνει οικονομικό αντισταθμισμα για τις ζημίες οι οποίες συνδέονται με την παροχή των υπηρεσιών δημοσίων μεταφορών:

«[...]

1¹⁾ από κονδύλια που προβλέπονται για τον σκοπό αυτό στον κρατικό προϋπολογισμό, στις περιπτώσεις κατά τις οποίες οι διαδρομές ανήκουν σε περιφερειακά δίκτυα συγκοινωνιών τοπικού ενδιαφέροντος·

1²⁾ από κονδύλια των προϋπολογισμών των τοπικών δημόσιων φορέων, στις περιπτώσεις κατά τις οποίες οι διαδρομές ανήκουν σε περιφερειακά δίκτυα συγκοινωνιών τοπικού ενδιαφέροντος, ως προς το τμήμα που αφορά την οργάνωση των υπηρεσιών δημοσίων μεταφορών και το κόστος του οποίου υπερβαίνει το όριο των πιστώσεων που προβλέπονται στον κρατικό προϋπολογισμό για την εξασφάλιση των εν λόγω υπηρεσιών [...]».

14. Δυνάμει του άρθρου 12, παράγραφος 1, του νόμου περί υπηρεσιών δημοσίων μεταφορών, αν το Δημόσιο καθορίζει ελάχιστες απαιτήσεις ποιότητας για τις υπηρεσίες δημοσίων μεταφορών, τις οποίες ένας μεταφορέας που έχει σκοπό την επίτευξη κέρδους δεν οφείλει να τηρεί και των οποίων η τήρηση συνεπάγεται πρόσθετες δαπάνες, ο μεταφορέας δικαιούται να απαιτήσει από το κράτος την καταβολή οικονομικού αντισταθμίματος για όλες αυτές τις δαπάνες. Επιπλέον, η παράγραφος 2 του ίδιου άρθρου προβλέπει ότι οι μεταφορείς που παρέχουν υπηρεσίες δημοσίων μεταφορών στο πλαίσιο της οργανώσεως των υπηρεσιών δημοσίων

¹⁰ — Latvijas Vēstnesis αριθ. 106, της 4ης Ιουλίου 2007, σ. 3682.

μεταφορών λαμβάνουν το οικονομικό αντιστάθμισμα που προβλέπεται στην παράγραφο 1, αν οι ελάχιστες απαιτήσεις ποιότητας καθορίστηκαν μετά την έναρξη της παροχής υπηρεσιών δημοσίων μεταφορών.

15. Τέλος, το άρθρο 2 της Ministru Kabineta noteikums n° 1226, Sabiedriskā transporta pakalpojumu sniegšanā radušos zaudējumu un izdevumu kompensēšanas un sabiedriskā transporta pakalpojuma tarifa noteikšanas kārtība (αποφάσεως 1226 του Υπουργικού Συμβουλίου, σχετικά με το οικονομικό αντιστάθμισμα των δαπανών και ζημιών που συνεπάγεται η παροχή υπηρεσιών δημοσίων μεταφορών και σχετικά με τον καθορισμό των τιμολογίων που ισχύουν για τις υπηρεσίες δημοσίων μεταφορών, στο εξής: απόφαση 1226)¹¹, που εκδόθηκε δυνάμει του νόμου περί υπηρεσιών δημοσίων μεταφορών, προβλέπει ότι ο μεταφορέας δικαιούται οικονομικού αντισταθμίσιματος για τις ακόλουθες ζημιές οι οποίες σχετίζονται με την εκπλήρωση της συμβάσεως παροχής υπηρεσιών δημοσίων μεταφορών:

- 1) τα αναγκαία έξοδα που συνδέονται με την εκπλήρωση της συμβάσεως παροχής υπηρεσιών δημοσίων μεταφορών κατά το μέτρο που υπερβαίνουν τα πραγματοποιηθέντα έσοδα·
- 2) τα έξοδα που συνεπάγεται η εφαρμογή του τιμολογίου που καθορίζει ο αναθέτων φορέας·
- 3) τα έξοδα που προκύπτουν στις περιπτώσεις κατά τις οποίες ο αναθέτων φορέας εφαρμόζει μειωμένα τιμολόγια για τις μεταφορές συγκεκριμένων κατηγοριών επιβατών.

16. Το άρθρο 3 της προαναφερθείσας υπουργικής αποφάσεως προβλέπει ότι ο μεταφορέας δικαιούται να ζητήσει οικονομικό αντιστάθμισμα για τις δαπάνες που συνεπάγεται η τήρηση των ελάχιστων απαιτήσεων ποιότητας τις οποίες επιβάλλει ο αναθέτων φορέας ή η εφαρμοζόμενη κανονιστική ρύθμιση μετά την έναρξη της παροχής υπηρεσιών δημοσίων μεταφορών, εφόσον η τήρηση των απαιτήσεων αυτών οδηγεί στην υπέρβαση του ποσού των δαπανών που συνδέονται με τις καθορισμένες προ της ενάρξεως της παροχής απαιτήσεις ποιότητας.

17. Κατά το άρθρο 39 της υπουργικής αποφάσεως 1226, ο αναθέτων φορέας καθορίζει τις πραγματικές ζημιές βάσει των συνολικών εσόδων που πραγματοποιήσε από την εκπλήρωση της συμβάσεως παροχής υπηρεσιών δημοσίων μεταφορών, εξαιρουμένων των δικαιολογημένων δαπανών στις οποίες υποβλήθηκε λόγω της παροχής υπηρεσιών δημοσίων μεταφορών. Κατά την έννοια της διατάξεως αυτής, ως έσοδα νοούνται τα έσοδα από πωλήσεις εισιτηρίων, περιλαμβανομένων των καρτών απεριόριστων διαδρομών, και ανάλογα έσοδα τα οποία πραγματοποιούνται από την εκπλήρωση της συμβάσεως παροχής υπηρεσιών δημοσίων μεταφορών.

18. Ο αναθέτων φορέας καθορίζει το ποσό του οφειλόμενου αντισταθμίσιματος πραγματοποιώντας συμφητισμό μεταξύ του συνόλου των ζημιών, υπολογιζομένου βάσει του άρθρου 39 της υπουργικής αποφάσεως 1226, και του συνόλου των κερδών. Το σύνολο των κερδών καθορίζεται με πολλαπλασιασμό των εσόδων επί ενός ποσοστού κέρδους, υπολογιζομένου με προσαύξηση 2,5% επί του μέσου επιτοκίου της ευρωπαϊκής διαπραγματευτικής αγοράς (EURIBOR) όπως ισχύει κατά τους 12 μήνες του έτους αναφοράς (άρθρο 40).

11 — Latvijas Vēstnesis αριθ. 183, της 20ής Νοεμβρίου 2009, σ. 4169. Τέθηκε σε ισχύ από τις 21 Νοεμβρίου 2009, αντικατέστησε την απόφαση αριθ. 672 του Υπουργικού Συμβουλίου, της 2ας Οκτωβρίου 2007 (Latvijas Vēstnesis αριθ. 175, της 31ης Οκτωβρίου 2007, σ. 3751).

19. Το ύψος του αντισταθμίματος για τις ζημίες δεν μπορεί να υπερβαίνει το υπολογισθέν σύνολο των πραγματικών ζημιών, εφόσον ο μεταφορέας εφάρμοσε το τιμολόγιο που καθόρισε ο αναθέτων φορέας (κόμιστρο) (άρθρο 49).

20. Αν το δικαίωμα παροχής υπηρεσιών δημοσίων μεταφορών ανατίθεται βάσει του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων, το ύψος του αντισταθμίματος καθορίζεται επί τη βάση της διαφοράς μεταξύ του ανταλλάγματος που ορίζει η σύμβαση για την παροχή υπηρεσιών δημοσίων μεταφορών και των εσόδων που όντως πραγματοποιήθηκαν (άρθρο 50).

21. Δυνάμει του άρθρου 57 της υπουργικής απόφασης 1226, σε περίπτωση λύσεως της συμβάσεως παροχής υπηρεσιών δημοσίων μεταφορών:

- 1) ο μεταφορέας επιστρέφει στον αναθέτοντα φορέα τους οικονομικούς πόρους που του καταβλήθηκαν εκ περισσού, αν κατά τη διάρκεια της παροχής της υπηρεσίας δημοσίων μεταφορών το ύψος του οικονομικού αντισταθμίματος για τις ζημίες υπερβαίνει το ύψος του αντισταθμίματος που πράγματι οφείλεται και ο αναθέτων φορέας προτίθεται να χρησιμοποιήσει αυτούς τους οικονομικούς πόρους προς αντιστάθμιση των ζημιών άλλων μεταφορέων.
- 2) ο αναθέτων φορέας καταβάλλει οικονομικό αντιστάθμισμα για τις ζημίες, αν κατά τη διάρκεια της παροχής της υπηρεσίας δημοσίων μεταφορών το ύψος του αντισταθμίματος για τις ζημίες υπολείπεται του πράγματι οφειλομένου αντισταθμίματος.

II — Τα πραγματικά περιστατικά

22. Όπως συνάγεται από τη διάταξη περί παραπομπής, στις 17 Ιουνίου 2009 το Ludzas rajona padome (περιφερειακό συμβούλιο της πόλεως Ludza) δημοσίευσε την ανακοίνωση περί κινήσεως της διαδικασίας υποβολής προσφορών για την παροχή υπηρεσιών δημοσίων μεταφορών με λεωφορεία στην πόλη Ludza και στο οδικό περιφερειακό δίκτυο της περιοχής της Ludza. Οι διάδικοι της κύριας δίκης υπέβαλαν την πρότασή τους στις 6 Αυγούστου 2009.

23. Η εκτέλεση της συμβάσεως ανατέθηκε, με απόφαση της 31ης Αυγούστου 2009, στην εταιρία SIA Ludzas ATU autotransporta uzņēmums (στο εξής: SIA Ludzas ATU), στις δε 2 Σεπτεμβρίου 2009 η Ludzas novada dome¹² αποφάσισε να συνάψει με την εν λόγω εταιρία σύμβαση παραχωρήσεως.

24. Οι αναιρεσιούσες προσέβαλαν την εν λόγω απόφαση ενώπιον των δικαστηρίων στις 16 Σεπτεμβρίου 2009 ζητώντας επίσης την αναστολή εκτελέσεώς της. Στις 16 Οκτωβρίου 2009, το Administratīvā rajona tiesa (πρωτοβάθμιο διοικητικό δικαστήριο) έκανε δεκτό το αίτημα της προσωρινής αναστολής εκτελέσεως, η δε απόφασή του επικυρώθηκε κατ' έφεση από το Administratīvā apgabaltiesa (εφετείο) με απόφασή του της 14ης Δεκεμβρίου 2009.

12 — Οργανισμός ο οποίος, εν τω μεταξύ, υπεισήλθε στα καθήκοντα του προαναφερθέντος περιφερειακού συμβουλίου, μολονότι, όπως φαίνεται, αμφότεροι οι φορείς αυτοί συνυπήρξαν για ορισμένο χρονικό διάστημα.

25. Εντούτοις, στις 9 Οκτωβρίου 2009, το Περιφερειακό Συμβούλιο της πόλεως Ludzas και η SIA Ludzas ATU συνήψαν σύμβαση παραχωρήσεως, κατόπιν δε αυτού οι αναιρεσιούσες άσκησαν προσφυγή, στις 26 Νοεμβρίου 2009, ενώπιον του πρωτοβάθμιου διοικητικού δικαστηρίου με αίτημα την ακύρωση της συμβάσεως.

26. Με απόφαση της 3ης Δεκεμβρίου 2009, το πρωτοβάθμιο διοικητικό δικαστήριο απέρριψε το ακυρωτικό αίτημα αποφαινόμενο ότι η επίμαχη σύμβαση διέπεται από το αστικό δίκαιο και, ως εκ τούτου, δεν εμπίπτει στη δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων.

27. Η απόφαση αυτή εξαφανίστηκε από το διοικητικό εφετείο με απόφαση της 11ης Μαΐου 2010, πλην όμως, το δευτεροβάθμιο αυτό δικαστήριο απέρριψε και επί της ουσίας την προσφυγή των αναιρεσιουσών εκτιμώντας, όπως επισημαίνεται με την παρούσα διάταξη περί παραπομπής, ότι αυτές «δεν είχαν δικαίωμα να προσφύγουν δικαστικώς για την ακύρωση της επίμαχης συμβάσεως».

28. Οι αναιρεσιούσες άσκησαν αναίρεση ενώπιον του Ανωτάτου Δικαστηρίου της Λετονίας υποστηρίζοντας ότι η οδηγία 2007/66 τους παρέχει δικαίωμα να ζητήσουν την ακύρωση της συμβάσεως. Μολονότι αναγνωρίζουν ότι κατά τον χρόνο συνάψεως της συμβάσεως δεν είχε λήξει η προθεσμία για τη μεταφορά της εν λόγω οδηγίας στην εσωτερική έννομη τάξη, οι αναιρεσιούσες

υποστήριξαν ότι το δικαστήριο δεν έπρεπε να τους αρνηθεί ένα δικαίωμα το οποίο απορρέει από τον ίδιο τον σκοπό της οδηγίας.

III — Το προδικαστικό ερώτημα

29. Σε αυτό το πλαίσιο, το Ανώτατο Δικαστήριο της Λετονίας υπέβαλε στο Δικαστήριο το ακόλουθο προδικαστικό ερώτημα το οποίο περιλαμβάνει τρία επιμέρους ερωτήματα:

«1) Έχει το άρθρο 1, παράγραφος 3, στοιχείο β΄, της οδηγίας 2004/17/ΕΚ την έννοια ότι πρέπει να θεωρείται παραχώρηση δημόσιας υπηρεσίας σύμβαση μέσω της οποίας ο παραχωρησιούχος αποκτά δικαίωμα παροχής υπηρεσιών δημοσίων μεταφορών με λεωφορεία, υπό περιστάσεις κατά τις οποίες τμήμα της αντιπαροχής συνίσταται στο δικαίωμα εκμεταλλεύσεως των υπηρεσιών δημοσίων μεταφορών, ταυτοχρόνως όμως η αναθέτουσα αρχή παρέχει στον φορέα παροχής των υπηρεσιών οικονομικό αντιστάθμισμα για τις ζημίες που συνεπάγεται η παροχή των υπηρεσιών, οι δε διατάξεις δημοσίου δικαίου που διέπουν την παροχή των υπηρεσιών καθώς και οι περιεχόμενες στη σχετική σύμβαση διατάξεις περιορίζουν τον επιχειρηματικό κίνδυνο που συνδέεται με την εκμετάλλευση της υπηρεσίας;

2) Σε περίπτωση αρνητικής απαντήσεως στο πρώτο ερώτημα, έχει το άρθρο 2δ, παράγραφος 1, στοιχείο β΄, της οδηγίας 1992/13/ΕΟΚ, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 2007/66/ΕΚ, άμεση

εφαρμογή στη Λετονία από τις 21 Δεκεμβρίου 2009;

- 3) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο δεύτερο ερώτημα, έχει το άρθρο 2δ, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 1992/13/ΕΟΚ την έννοια ότι εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις που συνήφθησαν πριν εκπνεύσει η προθεσμία μεταφοράς της οδηγίας 2007/66/ΕΚ στο εσωτερικό δίκαιο;»

30. Ευθύς εξαρχής πρέπει να προσθέσω ότι, όπως συνάγεται από τη διατύπωση των ερωτημάτων, η πρώτη επιφύλαξη του αιτούντος δικαστηρίου αφορά τον νομικό χαρακτηρισμό της συμβάσεως περί παροχής υπηρεσιών δημοσίων μεταφορών ως συμβάσεως «παραχώρησης υπηρεσιών» κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 3, στοιχείο β', της οδηγίας 2004/17, υπό τον όρο ότι συντρέχουν οι ακόλουθες περιστάσεις:

- 1) τμήμα του ανταλλάγματος συνίσταται στο δικαίωμα εκμεταλλεύσεως της υπηρεσίας των δημόσιων μεταφορών (ο φορέας παροχής των υπηρεσιών εισπράττει ως αντάλλαγμα αντίτιμο από τρίτους, ήτοι τους χρήστες των υπηρεσιών μεταφορών),
- 2) σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στη νομοθεσία του κράτους μέλους, η αναθέτουσα αρχή παρέχει στον φορέα παροχής των υπηρεσιών αντιστάθμισμα για τις ζημιές που συνεπάγεται η εν λόγω παροχή υπηρεσιών,

- 3) ο επιχειρηματικός κίνδυνος από την εκμετάλλευση της υπηρεσίας δημοσίων μεταφορών περιορίζεται από την κανονιστική ρύθμιση που διέπει την οργάνωση της παροχής της εν λόγω υπηρεσίας καθώς και από τα οριζόμενα στην οικεία σύμβαση.

31. Ως προς το δεύτερο ερώτημα, το Ανώτατο Δικαστήριο της Λετονίας διερωτάται, στηριζόμενο στο γεγονός ότι κατά τη διάρκεια της περιόδου μεταξύ 21ης Δεκεμβρίου 2009 και 14ης Ιουνίου 2010 η Λετονία δεν είχε εκπληρώσει τις απορρέουσες από την οδηγία 2007/66 υποχρεώσεις, εάν το άρθρο 2δ, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 1992/13 πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι πρέπει να εφαρμόζεται και στις συμβάσεις που προβλέπει η οδηγία 2004/17 και οι οποίες συνήφθησαν πριν από τη λήξη της προθεσμίας για την εναρμόνιση του εσωτερικού δικαίου με την οδηγία 2007/66. Συναφώς, παρατηρώ ότι, κατά το άρθρο 2στ, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 1992/13, το δικαίωμα να αμφισβητηθεί το κύρος συμβάσεως πρέπει να ασκηθεί εντός έξι μηνών από την ημερομηνία υπογραφής της. Ως εκ τούτου, στην υπό κρίση υπόθεση, εάν ληφθεί υπόψη η ημερομηνία συνάψεως της συμβάσεως (ήτοι η 9η Οκτωβρίου 2009), οι αναιρεσείουσες είχαν επίσης το δικαίωμα αυτό στις 21 Δεκεμβρίου 2009 (ήτοι μετά τη λήξη της προθεσμίας για τη μεταφορά της οδηγίας στο εσωτερικό δίκαιο).

32. Εν κατακλείδι, το Ανώτατο Δικαστήριο της Λετονίας υποστηρίζει ότι υπάρχουν επιφύλαξεις ως προς την ερμηνεία του άρθρου 1, παράγραφος 3, στοιχείο β', της οδηγίας 2004/17 και του άρθρου 2δ, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 1992/13, και ότι το ζήτημα αυτό είναι αποφασιστικής σημασίας προκειμένου να δοθεί απάντηση στο ερώτημα αν νομιμοποιούνται οι αναιρεσείουσες να

ασκήσουν προσφυγή ενώπιον των δικαστηρίων με αίτημα την ακύρωση της συμβάσεως.

IV — Η διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου

33. Η αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως πρωτοκολλήθηκε στη Γραμματεία του Δικαστηρίου στις 9 Ιουλίου 2010.

34. Παρατηρήσεις στην υπόθεση αυτή κατέθεσαν οι Norma-A και Dekom, η Αυστριακή και η Λετονική Κυβέρνηση, καθώς και η Επιτροπή.

35. Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση της 18ης Μαΐου 2011, παραστάθηκαν οι εκπρόσωποι της Norma-A και της Dekom, της Latgales plānošanas reģions (περιφέρειας σχεδιασμού της Latgale¹³), της Λετονικής Κυβερνήσεως, καθώς και της Επιτροπής, και ανέπτυξαν προφορικά τις παρατηρήσεις τους.

V — Τα προβληθέντα επιχειρήματα

36. Ως προς το ζήτημα του νομικού χαρακτήρισμού της συμβάσεως που αποτελεί το αντικείμενο της παρούσας υποθέσεως, οι Norma-A και Dekom, καθώς και η Αυστριακή

Κυβέρνηση και η Επιτροπή, υποστηρίζουν κατ' ουσίαν ότι πρόκειται για σύμβαση υπηρεσίας κατά την έννοια της οδηγίας 2004/17, ενώ η Λετονική Κυβέρνηση υποστηρίζει ότι πρόκειται για παραχώρηση υπηρεσίας. Ενώ οι πρώτες φρονούν ότι το μέγεθος του κινδύνου που αναλαμβάνει η ανάδοχος επιχείρηση δεν αντιστοιχεί στον βαθμό που απαιτείται προκειμένου να συναχθεί το συμπέρασμα ότι πρόκειται για παραχώρηση, η Λετονική Κυβέρνηση και η Latgales plānošanas reģions συνάγουν ότι ο οικείος οικονομικός κίνδυνος είναι σημαντικός και ότι, εν πάση περιπτώσει, αρκεί προκειμένου να γίνει δεκτό ότι πρόκειται περί παραχωρήσεως.

37. Ως προς το δεύτερο και το τρίτο ερώτημα, η Επιτροπή, η Αυστριακή και η Λετονική Κυβέρνηση, καθώς και η Latgales plānošanas reģions υποστηρίζουν ότι η οδηγία 2007/66 δεν έχει εφαρμογή επί των συμβάσεων που συνάπτονται πριν από τη λήξη της προθεσμίας που προβλέπεται για τη μεταφορά της στο εσωτερικό δίκαιο, η δε Αυστριακή Κυβέρνηση υποστηρίζει ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις της σαφήνειας και της ελλείψεως αιρέσεων, προκειμένου αυτή να έχει άμεση εφαρμογή, μολονότι κατά την άποψή της πρόκειται για μια αμιγώς υποθετική παρατήρηση, δεδομένου ότι τα στάδια της υπό κρίση διαδικασίας είχαν ήδη ολοκληρωθεί πριν από τη λήξη της προθεσμίας μεταφοράς, εξ ουδενός δε στοιχείου δεν μπορεί να συναχθεί ότι η οδηγία είχε προβλέψει την ύπαρξη αναδρομικών αποτελεσμάτων απαιτούντων την ακύρωση των συμβάσεων που είχαν συναχθεί πριν από αυτή την καταληκτική ημερομηνία. Οποιαδήποτε άλλη λύση θα αντέβαινε στην αρχή της ασφάλειας δικαίου, όπως επισημαίνει η Λετονική Κυβέρνηση. Από την πλευρά της, η Επιτροπή, απαντώντας από κοινού στα δυο τελευταία ερωτήματα, φρονεί ότι οι

13 — Φορέας ο οποίος υπεισήλθε στη θέση της Ludzas novada pašvaldība (αυτόνομης διοικήσεως της περιφέρειας της Ludza) ως αναιρεσίβλητης στο πλαίσιο της κύριας δίκης.

περιστάσεις που παραδοσιακά απαιτούνται για την άμεση εφαρμογή της εν λόγω οδηγίας συντρέχουν, έστω και αν η οδηγία αυτή δεν μπορεί να έχει εφαρμογή στις συμβάσεις που συνήφθησαν πριν από την ημερομηνία λήξεως της προθεσμίας για τη μεταφορά της στην εσωτερική έννομη τάξη.

VI — Παρατηρήσεις

A — Επί του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος: το δίλημμα σύμβαση/παραχώρηση υπηρεσιών

38. Τέλος, η Norm-A και η Dekom υποστηρίζουν ότι, βάσει του άρθρου 2στ, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 2007/66, ο ιδιώτης έχει το δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής ενώπιον των δικαστηρίων προκειμένου να ζητήσει την ακύρωση συμβάσεως εντός περιόδου έξι μηνών από της ημερομηνίας συνάψεώς της. Δεδομένου ότι, στην υπό κρίση υπόθεση, η προθεσμία αυτή δεν είχε λήξει κατά την ημερομηνία κατά την οποία η οδηγία θα έπρεπε να έχει μεταφερθεί, το άρθρο 2δ θα εφαρμοζόταν έστω και αν η σύμβαση είχε συναφθεί σε προγενέστερο χρονικό σημείο. Κατά την άποψή τους, τα κράτη μέλη όχι μόνον πρέπει να απέχουν από την έκδοση διατάξεων που μπορούν να θέσουν εν αμφιβόλω τον επιδιωκόμενο από την οδηγία σκοπό, αλλά υποχρεούνται επίσης να ερμηνεύουν το εθνικό δίκαιο κατά τρόπο σύμφωνο προς την οδηγία. Και, σε μια περίπτωση όπως είναι η υπό κρίση, το δικαίωμα ασκήσεως μιας τέτοιας προσφυγής ενώπιον ενός ανεξάρτητου οργάνου εμπίπτει απολύτως στον επιδιωκόμενο από την προπαρατεθείσα οδηγία σκοπό.

39. Ο νομικός χαρακτηρισμός της επίμαχης συμβάσεως που αποτελεί το αντικείμενο της κύριας δίκης εμπίπτει αποκλειστικά στην αρμοδιότητα του αιτούντος δικαστηρίου, το οποίο μπορεί να αναμένει από το Δικαστήριο μόνο μια ερμηνεία του δικαίου της Ένωσης η οποία θα μπορεί να του είναι χρήσιμη προκειμένου να τάξει τη διαφορά που εκκρεμεί ενώπιόν του (βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση του Δικαστηρίου της 13ης Οκτωβρίου 2005, C-458/03, Parking Brixen, Συλλογή 2005, σ. I-8585, σκέψη 32).

40. Προς τούτο, το ερώτημα εάν πρόκειται περί «παραχώρησης υπηρεσιών» ή «δημόσιας συμβάσεως υπηρεσιών» πρέπει να απαντηθεί αποκλειστικά υπό το πρίσμα του δικαίου της Ένωσης (βλ., επί του σημείου αυτού, αποφάσεις της 18ης Ιουλίου 2007, C-382/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 2007, σ. I-6657, σκέψη 31, και της 15ης Οκτωβρίου 2009, C-196/08, Acoset, Συλλογή 2009, σ. I-9913, σκέψη 38).

41. Από τον συνδυασμό των στοιχείων α' και δ' του άρθρου 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/17 συνάγεται ότι οι συμβάσεις υπηρεσιών είναι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας που συνάπτονται εγγράφως μεταξύ ενός ή περισσοτέρων από τους αναθέτοντες φορείς, οι οποίοι ορίζονται στο άρθρο 2, παράγραφος 2, και ενός ή περισσοτέρων εργοληπτών, προμηθευτών ή παρόχων υπηρεσιών των οποίων το αντικείμενο είναι η παροχή των

υπηρεσιών που μνημονεύει το παράρτημα XVII της εν λόγω οδηγίας, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται, στον βαθμό που έχει σημασία εν προκειμένω, η υπηρεσία χερσαίων μεταφορών.

42. Το δε άρθρο 1, παράγραφος 3, στοιχείο β', της αυτής οδηγίας προβλέπει ότι ως «σύμβαση παραχωρήσεως υπηρεσιών» νοείται η σύμβαση η οποία παρουσιάζει τα ίδια χαρακτηριστικά με μια σύμβαση υπηρεσιών, εκτός από το γεγονός ότι το εργολαβικό αντάλλαγμα συνίσταται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμεταλλεύσεως της υπηρεσίας είτε στο δικαίωμα αυτό σε συνδυασμό με την καταβολή αμοιβής.

43. Η διαφορά μεταξύ των δύο συμβάσεων έγκειται ουσιαστικά στο αντάλλαγμα, σε αμφότερες τις περιπτώσεις, για την παροχή των υπηρεσιών (απόφαση του Δικαστηρίου της 10ης Μαρτίου 2011, C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, Συλλογή 2011, σ. I-1335, σκέψη 24).

44. Η οδηγία δεν διευκρινίζει σε τι συνίσταται το αντάλλαγμα για υπηρεσία παρεχόμενη κατ' εφαρμογήν μιας συμβάσεως. Στον βαθμό που ορίζει ότι, στην περίπτωση που το αντάλλαγμα αυτό συνίσταται σε δικαίωμα εκμεταλλεύσεως, πρόκειται περί παραχωρήσεως υπηρεσιών, το Δικαστήριο συνήγαγε ότι η θεμελιώδης διαφορά μεταξύ αυτών των δύο συμβάσεων έγκειται, εκ πρώτης όψεως, στο γεγονός ότι η αμοιβή για την υπηρεσία που παρέχεται καταβάλλεται απευθείας από τον αναθέτοντα φορέα ή βαρύνει τους τρίτους (προπαρατεθείσα απόφαση *Eurowasser*, σκέψη 51). Τέλος, η διαφορά αυτή οδηγεί, ωστόσο, στο κριτήριο της αναλήψεως του κινδύνου λόγω της αβεβαιότητας του αποτελέσματος μιας συμβάσεως που υπεγράφη

προκειμένου να ικανοποιήσει τα εκατέρωθεν συμφέροντα των μερών.

45. Η καταβολή αντιτίμου από τρίτους για την παροχή υπήρξε καθοριστικό κριτήριο για τον νομικό χαρακτηρισμό μιας συμβάσεως ως συμβάσεως παραχωρήσεως υπηρεσιών στον βαθμό που συνεπάγεται ότι ο κίνδυνος που συνδέεται με την εκμετάλλευση της υπηρεσίας αναλαμβάνεται από τον ανάδοχο φορέα. Ωστόσο, όπως τόνισε ο γενικός εισαγγελέας J. Mazák στις προτάσεις του επί της προπαρατεθείσας υποθέσεως *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*¹⁴, ακόμη και η έμμεση καταβολή αντιτίμου αρκεί για τον χαρακτηρισμό της υπό εξέταση συμβάσεως ως συμβάσεως παραχωρήσεως υπηρεσιών¹⁵.

46. Κατ' εμέ, το αληθώς καθοριστικό στοιχείο είναι η ανάληψη του κινδύνου. Ούτως συνάγεται από το γεγονός ότι η άμεση καταβολή αντιτίμου από τον αναθέτοντα φορέα δεν σημαίνει ότι πρόκειται κατ' ανάγκην και σε κάθε περίπτωση περί συμβάσεως υπηρεσιών. Και τούτο διότι, όπως επισήμανε ο γενικός εισαγγελέας J. Mazák στις προπαρατεθείσες προτάσεις του (σημεία 28 και 29), το Δικαστήριο διατύπωσε τα «επικουρικά κριτήρια» τα οποία, οσάκις πραγματοποιείται άμεση καταβολή αμοιβής, παρέχουν τη δυνατότητα να συναχθεί ότι ο παρέχων τις υπηρεσίες αναλαμβάνει τον επιχειρηματικό κίνδυνο που συνδέεται με την επίμαχη υπηρεσία, δεδομένου ότι αυτή η ανάληψη του κινδύνου αποτελεί, σε τελευταία ανάλυση, το καθοριστικό στοιχείο για τον χαρακτηρισμό

14 — Προτάσεις της 9ης Σεπτεμβρίου 2010, σκέψη 25, υποσημείωση 14.

15 — Βλ., π.χ., τις αποφάσεις του Δικαστηρίου της 6ης Απριλίου 2006, C-410/04, *ANAV* (Συλλογή 2006, σ. I-3303, σκέψη 16), και της 13ης Νοεμβρίου 2008, C-324/07, *Coditel Brabant* (Συλλογή 2008, σ. I-8457, σκέψη 24).

της συμβάσεως, παρά την άμεση καταβολή αντιτίμου, ως συμβάσεως παραχωρήσεως¹⁶.

κ.λπ., σκέψη 22, και Hans & Christophorus Oymanns, σκέψη 74).

47. Εν κατακλείδι, δεδομένου ότι ο κίνδυνος αποτελεί εγγενές στοιχείο της οικονομικής εκμεταλλεύσεως μιας υπηρεσίας (βλ. προπαρατεθείσα απόφαση Eurawasser, σκέψη 66), το Δικαστήριο έκρινε ότι αυτή η ανάληψη κινδύνου από τον παρέχοντα την υπηρεσία συνεπάγεται ότι η σύμβαση που συνήφθη με τον αναθέτοντα φορέα ανταποκρίνεται στην έννοια της παραχωρήσεως υπηρεσιών.

48. Κατά τη νομολογία, ο κίνδυνος που συνδέεται με την οικονομική εκμετάλλευση υπηρεσίας πρέπει να νοηθεί ως επιχειρηματικός κίνδυνος εκθέσεως στη ρευστότητα της αγοράς (βλ. την προπαρατεθείσα απόφαση Eurawasser, σκέψεις 66 και 67, και την προπαρατεθείσα απόφαση Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, σκέψη 37) ο οποίος «συνίσταται π.χ. στον κίνδυνο ανταγωνισμού με άλλους επιχειρηματίες, στον κίνδυνο αναντιστοιχίας μεταξύ της προσφοράς και της ζήτησεως υπηρεσιών, στον κίνδυνο αφερεγγυότητας των προσώπων που οφείλουν να καταβάλουν την αμοιβή για τις παρασχεθείσες υπηρεσίες, στον κίνδυνο να μην καλύπτονται πλήρως οι λειτουργικές δαπάνες από τα έσοδα ή ακόμη και στον κίνδυνο υπάρξεως ευθύνης για ζημία που έχει σχέση με πλημμελή παροχή της υπηρεσίας» (προπαρατεθείσα απόφαση Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, σκέψη 37, η οποία παραπέμπει στις προπαρατεθείσες αποφάσεις Contse

49. Αφετέρου, οι κίνδυνοι που συνδέονται με την κακή διαχείριση ή τις εσφαλμένες εκτιμήσεις του επιχειρηματία δεν έχουν καθοριστική σημασία για τον χαρακτηρισμό μιας συμβάσεως ως δημοσίας συμβάσεως ή ως παραχωρήσεως δημοσίων υπηρεσιών, διότι πρόκειται για κινδύνους εγγενείς σε κάθε σύμβαση εν γένει (απόφαση Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, σκέψη 38). Συνεπώς, οι κίνδυνοι που συνδέονται με μεταβλητές των οποίων η υπόσταση εξαρτάται αποκλειστικά από τον εν λόγω επιχειρηματία δεν ασκούν επιρροή για τους σκοπούς της διακρίσεως αυτής.

50. Τέλος, ο κίνδυνος που αναλαμβάνει ο παρέχων την υπηρεσία προκειμένου η σύμβαση να συνιστά παραχώρηση υπηρεσιών δεν πρέπει να είναι ένας κίνδυνος «σημαντικός σε απόλυτους όρους», αλλά να συνιστά τουλάχιστον ένα «υπολογισίμο μέρος» του κινδύνου τον οποίο θα αναλάμβανε σε κάθε περίπτωση ο αναθέτων φορέας εάν προέβαινε ο ίδιος στην παροχή της επίμαχης υπηρεσίας¹⁷.

16 — Αποφάσεις του Δικαστηρίου της 27ης Οκτωβρίου 2005, C-234/03, Contse κ.λπ. (Συλλογή 2005, σ. I-9315), της 18ης Ιουλίου 2007, C-382/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή 2007, σ. I-6657), και της 11ης Ιουνίου 2009, C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns (Συλλογή 2009, σ. I-4779). Μεταξύ των κριτηρίων αυτών περιλαμβάνεται το κριτήριο της μεταθέσεως της ευθύνης για τις ζημιές που προκάλεσε τυχόν πλημμελής παροχή της υπηρεσίας ή το κριτήριο της υπάρξεως ορισμένης οικονομικής ελευθερίας για τον καθορισμό των όρων εκμεταλλεύσεως της υπηρεσίας.

17 — Παρεμπιπτόντως, και κατά τη δική μου εκτίμηση, εδώ αποκτά σημασία το γεγονός ότι, δυνάμει του άρθρου 1, παράγραφος 3, στοιχείο β', της οδηγίας 2004/17, το αντάλλαγμα για την παραχώρηση υπηρεσίας μπορεί να συνιστάται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμεταλλεύσεως της υπηρεσίας είτε στο δικαίωμα αυτό «συνουδεύμενο από την καταβολή ενός ποσού». Ο συνδυασμός αυτών των δύο στοιχείων στο αντάλλαγμα για μια υπηρεσία που, από νομικής απόψεως, δεν μπορεί παρά να είναι σύμβαση ή παραχώρηση πρέπει να οδηγεί στη στάθμιση του ειδικού βάρους εκάστου εξ αυτών. Φρονώ ότι προς τούτο δεν μπορεί να υπάρξει άλλο κριτήριο από αυτό του βαθμού του κινδύνου που αναλαμβάνει σε τελευταία ανάλυση ο παρέχων την υπηρεσία, και για τον προσδιορισμό του οποίου πρέπει να ληφθεί υπόψη κατά πόσον το καταβαλλόμενο ποσό που συνδέεται με το δικαίωμα εκμεταλλεύσεως συνεπάγεται σημαντική μείωση του σύμφυτου προς την οικονομική δραστηριότητα κινδύνου.

51. Πράγματι, το Δικαστήριο έχει αποφανθεί ότι, στις περιπτώσεις στις οποίες ο τρόπος με τον οποίο το δημόσιο δίκαιο ρυθμίζει τη χρηματοοικονομική εκμετάλλευση της υπηρεσίας μειώνει στο ελάχιστο τους οικονομικούς κινδύνους, πρέπει οι αναθέτοντες φορείς να διατηρούν τη δυνατότητα να εξασφαλίζουν την παροχή υπηρεσιών μέσω συμβάσεως παραχώρησης υπηρεσιών, σε περίπτωση που εκτιμούν ότι η σύμβαση αυτή συνιστά τον καλύτερο τρόπο εξασφάλισης της δημοσίας υπηρεσίας. Αυτός είναι ο λόγος για τον οποίο θα ήταν άτοπο να ζητείται από έναν αναθέτοντα φορέα, λόγω της ρυθμίσεως που εφαρμόζεται σε ορισμένο τομέα, να δημιουργεί όρους αυξημένου οικονομικού κινδύνου σε σχέση με τους όρους που ισχύουν στον τομέα αυτόν, με μοναδικό σκοπό να απορροφηθεί επαρκές μέρος του κινδύνου που πρέπει να μετακυλιστεί προκειμένου να δικαιολογηθεί ο νομικός χαρακτηρισμός της δημοσίας συμβάσεως ως συμβάσεως παραχώρησης υπηρεσίας (απόφαση Eurawasser, σκέψεις 72 έως 76). Αντιθέτως, έχει καθοριστική σημασία να υπάρχει σημαντική μετακύλιση του κινδύνου που είναι σύμφυτος προς την εκμετάλλευση της υπηρεσίας, όποιος και αν είναι ο κίνδυνος αυτός σε απόλυτους όρους, ήτοι θεωρούμενος καθ' εαυτόν.

52. Πάντως, το Ανώτατο Δικαστήριο της Λετονίας θέτει το πρώτο προδικαστικό ερώτημά του σε σχέση με μια σύμβαση στην οποία «τμήμα της αντιπαροχής συνίσταται στο δικαίωμα εκμεταλλεύσεως των υπηρεσιών δημοσίων μεταφορών», ενώ ταυτοχρόνως η αναθέτουσα αρχή «παρέχει στον φορέα παροχής των υπηρεσιών οικονομικό αντιστάθμισμα», «οι δε διατάξεις του δημοσίου δικαίου που διέπουν την παροχή των υπηρεσιών καθώς και οι περιεχόμενες στη σχετική σύμβαση διατάξεις περιορίζουν τον επιχειρηματικό κίνδυνο».

53. Όπως διευκρινίζει το αιτούν δικαστήριο, ο φορέας παροχής των υπηρεσιών λαμβάνει

το αντάλλαγμα για την παροχή του μέσω καταβολών που πραγματοποιούνται από τρίτους, ήτοι τους χρήστες των μεταφορών. Επομένως, πρόκειται, υπό το πρίσμα αυτό, για μια χαρακτηριστική περίπτωση παραχώρησης υπηρεσιών υπό την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 2, στοιχεία α' και δ', της οδηγίας 2004/17.

54. Εντούτοις, ο κίνδυνος που είναι εγγενής στην οικονομική εκμετάλλευση της υπηρεσίας περιορίζεται από ρυθμίσεις του εθνικού δικαίου που αφορούν την παροχή της υπηρεσίας, εν προκειμένω δε από τον νόμο περί υπηρεσιών δημοσίων μεταφορών· τούτο σημαίνει ότι δεν πρόκειται για τον κίνδυνο που είναι χαρακτηριστικός της παροχής μιας υπηρεσίας σε ένα καθεστώς απόλυτης ελευθερίας της αγοράς. Αφετέρου, έστω και εντός των ορίων του κινδύνου που συνεπάγεται το δημοσίου δικαίου μόρφωμα της χρηματοοικονομικής εκμεταλλεύσεως της υπηρεσίας, η αναθέτουσα αρχή παρέχει οικονομικό αντιστάθμισμα στον φορέα παροχής των υπηρεσιών για ορισμένες ζημίες.

55. Όπως τόνισα ανωτέρω, ο κρίσιμος κίνδυνος είναι αυτός που απορρέει από τη μορφή της παροχής της υπηρεσίας (σημεία 51 και 52). Έχει σημασία ότι αυτός ο συγκεκριμένος κίνδυνος αναλαμβάνεται, σε σημαντική έκταση, από τον ανάδοχο διότι, όπως επίσης επισήμανα στην υποσημείωση 17, το κριτήριο του βαθμού του αναλαμβανόμενου κινδύνου είναι καθοριστικό, σε τελευταία ανάλυση, πέραν του είδους του ανταλλάγματος για την παροχή, για τον χαρακτηρισμό της συναλλαγής ως συμβάσεως ή ως παραχώρησης υπηρεσιών.

56. Το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει ότι, εν προκειμένω, δεν φέρει ο ανάδοχος τον επιχειρηματικό κίνδυνο της υπηρεσίας. Πράγματι, η διάταξη περί παραπομπής διαλαμβάνει ότι

ο ανάδοχος δεν αναλαμβάνει ούτε καν σημαντικό μέρος του κινδύνου αυτού (βλ. σημείο 13 της διατάξεως περί παραπομπής).

57. Πράγματι, από τον συνδυασμό των ρυθμίσεων και του περιεχομένου της συμβάσεως συνάγεται ότι στον ανάδοχο παρέχονται εγγυήσεις για το αντιστάθμισμα των ζημιών που συνδέονται με την παροχή της υπηρεσίας όσον αφορά: Α) τα έξοδα που συνεπάγεται η εφαρμογή του τιμολογίου που καθορίζει ο αναθέτων φορέας, Β) τα έξοδα που προκύπτουν στις περιπτώσεις κατά τις οποίες ο αναθέτων φορέας εφαρμόζει μειωμένα τιμολόγια για τις μεταφορές συγκεκριμένων κατηγοριών επιβατών, Γ) την απώλεια εσόδων λόγω του γεγονότος ότι ο αναθέτων φορέας επέβαλε μειωμένα τιμολόγια για τις μεταφορές συγκεκριμένων κατηγοριών επιβατών, Δ) τις δαπάνες που συνεπάγεται η τήρηση των επιβαλλόμενων ελάχιστων προδιαγραφών ποιότητας μετά την έναρξη της παροχής της υπηρεσίας, εφόσον οι προδιαγραφές αυτές συνεπάγονται περαιτέρω δαπάνες σε σχέση με τις απαιτήσεις ποιότητας που είχαν οριστεί προηγουμένως.

58. Εξάλλου, πρέπει να προστεθεί στο ποσό του αντισταθμίματος για τις ανωτέρω ζημιές το ποσό των κερδών που καθορίζεται διά του πολλαπλασιασμού των εσόδων επί ενός ποσοστού κέρδους το οποίο υπολογίζεται με προσαύξηση 2,5% επί του μέσου επιτοκίου της ευρωπαϊκής διατραπεζικής αγοράς (EURIBOR), όπως ισχύει κατά τους 12 μήνες του έτους αναφοράς.

59. Τούτο σημαίνει ότι προβλέπεται αντιστάθμισμα τόσο για τις ζημιές που συνδέονται με την παροχή της υπηρεσίας, υπό τη μορφή δαπανών εκμεταλλεύσεως, όσο και για τις απώλειες κερδών.

60. Τα στοιχεία αυτά που παρέχει το Ανώτατο Δικαστήριο της Λετονίας είναι κατ' αρχήν αρκούντως εύγλωττα προκειμένου να παράσχουν στο αιτούν δικαστήριο τη δυνατότητα να συμπεράνει ότι η επίμαχη εν προκειμένω σύμβαση αποτελεί σύμβαση υπηρεσιών. Πράγματι, φρονώ ότι από τις νομοθετικές και συμβατικές ρυθμίσεις που προσδιορίζουν το πλαίσιο και το περιεχόμενο της υπό εξέταση συμβάσεως συνάγονται με σαφήνεια επαρκή στοιχεία ως προς το ότι πρόκειται κατά κυριολεξία για μια πραγματική σύμβαση υπηρεσιών.

61. Εντούτοις, τόσο η Λετονική Κυβέρνηση όσο και η Latgales plānošanas reģions αντιτάσσουν ορισμένα επιχειρήματα προκειμένου να αναιρέσουν την άποψη ότι ο ανάδοχος αναλαμβάνει τους κινδύνους, και προκειμένου, ως εκ τούτου, να αποδείξουν ότι πρόκειται για σύμβαση: ουσιαστικά, τον υψηλό βαθμό του κινδύνου της ζήτησης, τη μείωση των θέσεων στον κρατικό προϋπολογισμό που αφορούν την κάλυψη ενδεχόμενων ζημιών, τις μη ανακτήσιμες δαπάνες για επενδύσεις, και την αύξηση ή τη μείωση των δρομολογίων και των διαδρομών κ.λπ.

62. Εντούτοις, πρέπει να υπομνηστεί στο σημείο αυτό ότι δεν εναπόκειται στο Δικαστήριο να εκτιμήσει τις διάφορες περιστάσεις που εκτέθηκαν κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση από την Λετονική Κυβέρνηση και τη Latgales plānošanas reģions, ούτε, πολύ λιγότερο, να παρέμβει στη διαμάχη που αφορά τον φορέα και την έκταση των αποκλίσεων που μπορούν να εκτιμηθούν μεταξύ των προβλέψεων για τις προοπτικές της αγοράς που διατυπώθηκαν κατά τον χρόνο της αναθέσεως και των όσων πράγματι έγιναν συνεπεία της περισσότερο ή λιγότερο ευνοϊκής οικονομικής συγκυρίας.

63. Εντούτοις, δεδομένου ότι σε τελευταία ανάλυση, όπως ήδη επισήμανα στο σημείο 40, ο νομικός χαρακτηρισμός της συμβάσεως εμπίπτει στις αρμοδιότητες του αιτούντος δικαστηρίου, πρέπει να διευκρινιστεί ότι εναπόκειται στο Ανώτατο Δικαστήριο της Λετονίας να καθορίσει μέχρι ποιου βαθμού οι περιστάσεις τις οποίες επικαλείται η Λετονική Κυβέρνηση και η Latgales plānošanas reģions μπορούν να αναιρέσουν το συμπέρασμα στο οποίο αβίαστα άγει η ανάγνωση των ρυθμίσεων της νομοθεσίας και της συμβάσεως. Τούτο ισχύει κατά μείζονα λόγο στον βαθμό που το Ανώτατο Δικαστήριο της Λετονίας θέτει το πρώτο ερώτημα θεωρώντας, αφενός, ότι η αναθέτουσα αρχή καταβάλλει οικονομικό αντιστάθμισμα στον φορέα που παρέχει τις υπηρεσίες για τις ζημίες που συνεισάγεται η παροχή της και, αφετέρου, ότι οι διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας που εφαρμόζονται εν προκειμένω καθώς και οι συμβατικές διατάξεις «περιορίζουν» τον επιχειρηματικό κίνδυνο. Το κατά πόσον έχουν έτσι τα πράγματα άχρι του σημείου ο κίνδυνος που ασκεί επιρροή για τον νομικό χαρακτηρισμό της επίμαχης συμβάσεως να αναλαμβάνεται από το ένα ή το άλλο μέρος αποτελεί διαπίστωση στην οποία αρμόδιο να προβεί είναι μόνον το αιτούν δικαστήριο, δεδομένου ότι μόνον αυτό είναι σε θέση να εκτιμήσει τις περιστάσεις και τα δεδομένα της συγκεκριμένης υποθέσεως στο σύνολό τους.

64. Εν κατακλείδι, έστω και αν ο νομικός χαρακτηρισμός της επίμαχης συμβάσεως εναπόκειται στο εθνικό δικαστήριο, το δε Δικαστήριο έχει ως μόνη αποστολή να παράσχει στο εθνικό δικαστήριο μια χρήσιμη ερμηνεία του δικαίου της Ένωσης για την επίλυση της διαφοράς, οι κανονιστικές και συμβατικές διατάξεις που εφαρμόζονται εν προκειμένω παρέχουν τη δυνατότητα να συναχθεί ήδη το συμπέρασμα ότι η σύμβαση αυτή ανταποκρίνεται στα χαρακτηριστικά της συμβάσεως υπηρεσιών. Εντούτοις, δεδομένου ότι εξετάστηκε το ζήτημα της αρμοδιότητας του αιτούντος δικαστηρίου, εναπόκειται σε αυτό

να προσδιορίσει τον βαθμό άχρι του οποίου, μετά την εξέταση των συγκεκριμένων περιστάσεων που επικαλούνται οι διάδικοι, το συμπέρασμα αυτό δεν είναι το πλέον ορθό ή το πλέον ενδεδειγμένο υπό το πρίσμα του δικαίου της Ένωσης.

B — Επί του δευτέρου ερωτήματος: η άμεση εφαρμογή της οδηγίας 1992/13 όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 2007/66

65. Με αφετηρία το ενδεχόμενο να πρόκειται περί συμβάσεως υπηρεσιών, θα είχε εφαρμογή *ratione materiae* η οδηγία 1992/13. Ως εκ τούτου, το ερώτημα που τίθεται εν συνεχεία είναι εάν το άρθρο 2δ, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 1992/13, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 2007/66, έχει άμεση εφαρμογή στη Λετονία από τις 20 Δεκεμβρίου 2009, ημερομηνία κατά την οποία έληξε η προθεσμία για τη μεταφορά της προαναφερθείσας οδηγίας στην εσωτερική έννομη τάξη. Εάν τούτο συμβαίνει, το άλλο ερώτημα είναι εάν, δυνάμει του άρθρου 2στ, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας, το άρθρο αυτό ισχύει και στις συμβάσεις που έχουν συναφθεί πριν από τη λήξη της προθεσμίας μεταφοράς.

66. Τα δύο αυτά ζητήματα αντιστοιχούν στο δεύτερο και το τρίτο ερώτημα που έθεσε το Ανώτατο Δικαστήριο της Λετονίας.

Φρονώ, εν αντιθέσει προς όσα υποστηρίζει η Αυστριακή Κυβέρνηση, ότι δεν μπορεί να απαντηθεί το τρίτο ερώτημα χωρίς προηγουμένως να έχει απαντηθεί το δεύτερο ερώτημα. Πράγματι, προκειμένου να διευκρινιστεί αν το άρθρο 2στ, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 1992/13 παρέχει τη δυνατότητα αναδρομικής εφαρμογής του άρθρου 2δ, παράγραφος 1, στοιχείο β', είναι αναγκαίο να καθοριστεί εκ των προτέρων εάν το άρθρο αυτό είχε εφαρμογή από τις 21 Δεκεμβρίου 2009. Άπαξ επιλυθεί το ζήτημα εάν η οδηγία 1992/13 είχε άμεση εφαρμογή από της ημερομηνίας αυτής, μπορεί να εξεταστεί το κατά πόσον είχε επίσης εφαρμογή το άρθρο το οποίο φαίνεται ότι προσδίδει ορισμένη αναδρομική ισχύ στην εφαρμογή του άρθρου 2δ, παράγραφος 1, στοιχείο β', της προπαρατεθείσας οδηγίας.

67. Οι διάδικοι συμφωνούν ως προς το γεγονός ότι η Δημοκρατία της Λετονίας δεν είχε θέσει «σε ισχύ τις αναγκαίες νομοθετικές, κανονιστικές και διοικητικές διατάξεις προκειμένου να συμμορφωθεί με την [...] οδηγία [2007/6/ΕΚ] το αργότερο στις 20 Δεκεμβρίου 2009», όπως επέτασσε το άρθρο 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 2007/66. Η μεταφορά της οδηγίας αυτής στο εσωτερικό δίκαιο πραγματοποιήθηκε στις 15 Ιουνίου 2010 και, ως εκ τούτου, το πρώτο ζήτημα που πρέπει να επιλυθεί είναι εάν κατά την περίοδο μεταξύ της 21ης Δεκεμβρίου 2009 και της 14ης Ιουνίου 2010 το άρθρο 2δ, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας είχε άμεση εφαρμογή στη Δημοκρατία της Λετονίας, έστω και αν δεν είχε μεταφερθεί στο εσωτερικό της δίκαιο. Πράγματι, η οδηγία αυτή επιβάλλει στα κράτη μέλη την υποχρέωση να μεριμνούν ούτως ώστε, στις περιπτώσεις που το ανασταλτικό αποτέλεσμα των προσφυγών που ασκούνται κατά των αποφάσεων περί αναθέσεων συμβάσεων υπηρεσιών δεν τηρείται, «μια σύμβαση να

κηρύσσεται ανενεργή από όργανο προσφυγής ανεξάρτητο από τη αναθέτουσα αρχή ή το ανενεργό της να προκύπτει από απόφαση του εν λόγω ανεξάρτητου οργάνου».

68. Η λήξη της προβλεπόμενης προθεσμίας για τη μεταφορά μιας οδηγίας ή η πλημμελής μεταφορά της είναι μία μόνον από τις προϋποθέσεις που απαιτεί η νομολογία προκειμένου να εξετάσει τη δυνατότητα άμεσης εφαρμογής μιας οδηγίας που δεν έχει μεταφερθεί στο εσωτερικό δίκαιο (βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση του Δικαστηρίου της 6ης Μαΐου 1980, 102/79, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή τόμος 1980/II, σ. 99, σκέψη 12). Πέραν της προϋποθέσεως αυτής πρέπει να συντρέχουν επίσης, αφενός, η προϋπόθεση της αναγνωρίσεως στους ιδιώτες δικαιωμάτων τα οποία μπορούν να επικαλεστούν ενώπιον των δικαστηρίων (απόφαση του Δικαστηρίου της 19ης Ιανουαρίου 1982, 8/81, Ursula Becker, Συλλογή 1982, σ. 3301, σκέψη 25) και, αφετέρου, η προϋπόθεση ότι οι διατάξεις της είναι απαλλαγμένες αιρέσεων και αρκούντως ακριβείς (βλ. πρόσφατη απόφαση του Δικαστηρίου της 12ης Μαΐου 2011, C-115/09, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV, Συλλογή 2011, σ. I-3673, σκέψη 54)¹⁸.

69. Είναι σαφές ότι, εν προκειμένω, συντρέχει η πρώτη από τις προαναφερθείσες προϋποθέσεις και το ίδιο ισχύει για τη δεύτερη

18 — Βλ., στη θεωρία, μεταξύ άλλων, K. Lenaerts και P. van Nuffel, *European Union Law*, Sweet & Maxwell, τρίτη έκδοση, Λονδίνο, 2011 (22-080 επ.).

προϋπόθεση, διότι η υποχρέωση που επιβάλλει στα κράτη μέλη το άρθρο 2δ, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 1992/13 συνεπάγεται κατ' ανάγκην το δικαίωμα των ιδιωτών στη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας των προσφυγών που μπορούν να ασκήσουν κατά των αποφάσεων περί αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως υπηρεσιών. Ως υποχρέωση που επιβάλλεται στα κράτη μέλη για τη βελτίωση της «αποτελεσματικότητας των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της συνάψεως συμβάσεων», όπως επισημαίνει η τριακοστή τέταρτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2007/66, είναι προφανές ότι πρόκειται για μια διασφάλιση στην υπηρεσία του δικαιώματος των πολιτών στην παροχή αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων.

70. Αυτός ο στενός σύνδεσμος μεταξύ του άρθρου 2δ, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 1992/13 και του δικαιώματος στην παροχή δικαστικής προστασίας άγει στο ερώτημα εάν, στην πραγματικότητα, όπως συνάγεται από την παρούσα υπόθεση όσον αφορά την αποτελεσματικότητα ενός δικαιώματος που μπορεί να αντιταχθεί στα κράτη μέλη και το οποίο ερείδεται στο πρωτογενές δικαίωμα της Ένωσης, το δικαίωμα για την άσκηση προσφυγής το οποίο επικαλούνται οι διάδικοι στην παρούσα υπόθεση έπρεπε να τους αναγνωριστεί εν πάση περιπτώσει. Τούτο δε ως εκ περισσού, παρά την οδηγία και βεβαίως παρά οποιονδήποτε εσωτερικό νόμο μεταφοράς. Φρονώ ότι αυτό πρέπει να ισχύει κατ' αρχήν, έστω και αν το γεγονός ότι το δικαίωμα για την άσκηση προσφυγής είναι δικαίωμα που συνδέεται κατά κανόνα με την παροχή καθιστά αναπόφευκτη την παρέμβαση του νομοθέτη προκειμένου να είναι αποτελεσματική η άσκησή του. Φρονώ ότι τούτο

αποτελεί έναυσμα προκειμένου να εξεταστεί ο βαθμός νομοθετικής παρεμβάσεως στο πλαίσιο της υπό κρίση υποθέσεως¹⁹.

71. Πράγματι, όσον αφορά την τρίτη αναγκαία προϋπόθεση για την άμεση εφαρμογή μιας οδηγίας η οποία δεν έχει μεταφερθεί εμπροθέσμως, ήτοι το κατά πόσον το ρυθμιστικό περιεχόμενο του άρθρου 2δ, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 2007/66 είναι απαλλαγμένο αιρέσεων και επαρκές, πρέπει να γίνει δεκτή η άποψη της Επιτροπής ότι η εξεταζόμενη διάταξη είναι, κατ' ουσίαν, πανομοιότυπη προς αυτές του άρθρου 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ²⁰, τις οποίες η απόφαση του Δικαστηρίου της 2ας Ιουνίου 2005, C-15/04, *Korpensteiner* (Συλλογή 2005, σ. I-4855, σκέψη 38) χαρακτήρισε ως «απαλλαγμένες

19 — Μολονότι δεν είναι αναγκαίο να εξετάσω στο σημείο αυτό το ζήτημα της υπάρξεως δικαιώματος παροχής δικαστικής προστασίας, το οποίο, ως στατικό στοιχείο της νομικής κουλτούρας της Ενώσεως ως κοινότητας δικαίου, θα αποτελούσε ακρογωνιαίο λίθο ολόκληρης της κοινωνικής έννομης τάξεως, ωστόσο δεν πρέπει να αγνοηθεί το γεγονός ότι η οδηγία 1992/13 διασφάλιζε, και πριν τις επεξεργασίες τροποποιήσεις, το δικαίωμα προσβολής των αποφάσεων των αναθετουσών αρχών, η δε οδηγία 2007/66 βελτίωσε την αποτελεσματικότητα των ήδη υφιστάμενων στον τομέα της συνάψεως δημοσίων συμβάσεων διαδικασιών προσφυγής. Το γεγονός ότι η βελτίωση αυτή απορρέει από την πρόβλεψη κυρώσεων που καθιστούν υπό ορισμένες περιστάσεις ανεργή τη σύμβαση, βαίνουσες ούτω πέραν της απλής αναγνωρίσεως του δικαιώματος επιδιώσεως αποζημιώσεως αποτελεί διαφορετικό ζήτημα. Πράγματι, πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι η καταβολή αποζημιώσεως για την επανόρθωση της προσβολής ενός δικαιώματος αποτελεί νόμιμη έκφραση, έστω και «δευτερεύουσα», της δικαστικής προστασίας. Βλ., συναφώς, *Wilfried Erbguth*, «Primär- und Sekundärrechtsschutz im öffentlichen Recht», σε *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, τόμος 61, Βερολίνο, 2002, σ. 21 επ.

20 — 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 συνάψεως συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων (ΕΕ L 395, σ. 33).

αιρέσεων και αρκούτως σαφείς, ώστε να θεμελιώνουν δικαίωμα ιδιώτη».

άρθρων αυτών συνδυάζεται με παράβαση της οδηγίας 2004/18, και Δ) τέλος, όταν η παράβαση αυτή επηρέασε τις πιθανότητες του προσφέροντος που ασκεί προσφυγή να του ανατεθεί η σύμβαση.

72. Πράγματι, το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 89/665 επιβάλλει στα κράτη μέλη την υποχρέωση να μεριμνούν ώστε τα μέτρα που λαμβάνονται όσον αφορά τις διαδικασίες προσφυγής, στον τομέα της συνάψεως δημοσίων συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων, να προβλέπουν τις αναγκαίες εξουσίες προκειμένου να ακυρώνονται ή να παρέχεται η δυνατότητα ακυρώσεως των παράνομων αποφάσεων. Οι αποφάσεις αυτές, δυνάμει του άρθρου 1, παράγραφος 1, της οδηγίας αυτής, πρέπει να υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και ταχέως εκδικαζομένων προσφυγών υπό τις προϋποθέσεις που τάσσει η οδηγία.

74. Ωστόσο, υπάρχει ένα σημείο της οδηγίας 1992/13 το οποίο δεν είναι σαφές, όπως επισήμανε η Αυστριακή Κυβέρνηση, δεδομένου ότι δεν υποδεικνύει ποιο είναι «το όργανο προσφυγής ανεξάρτητο από την αναθέτουσα αρχή» το οποίο καλείται να αποφανθεί επί του κύρους της συμβάσεως. Συνεπώς, ως προς το σημείο αυτό, δεν υπάρχει η αναγκαία ελάχιστη παρέμβαση του νομοθέτη, περί της οποίας έκανα λόγο στο σημείο 71 όταν επισήμανα ότι το γεγονός ότι το δικαίωμα για την άσκηση προσφυγής συναρτάται με παροχή καθιστά εκ των ων ουκ άνευ τη συνδρομή του εθνικού δικαίου.

73. Εάν οι διατάξεις της οδηγίας 89/665 κρίθηκαν ότι είναι «απαλλαγμένες αιρέσεων και αρκούτως σαφείς», το ίδιο μπορεί να λεχθεί για τις διατάξεις του άρθρου 2δ, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 1992/13, με εξαίρεση τα όσα θα εξετάσω στη συνέχεια. Πράγματι, οι διατάξεις αυτές προβλέπουν με απόλυτη σαφήνεια τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες ένα ανεξάρτητο όργανο εκδικάσεως προσφυγών υποχρεούται να κηρύσσει ανενεργή τη σύμβαση, ήτοι, όσον αφορά την υπό κρίση υπόθεση: Α) πρώτον, όταν διαπιστώνεται η παράβαση του άρθρου 1, παράγραφος 5, του άρθρου 2, παράγραφος 3, ή του άρθρου 2α, παράγραφος 2, της οδηγίας, διατάξεων που απαιτούν την τήρηση ορισμένων προθεσμιών αναστολής στο πλαίσιο των διαδικασιών συνάψεως συμβάσεων, Β) δεύτερον, όταν η παράβαση στέρησε από τον προσφέροντα ο οποίος ασκεί προσφυγή τη δυνατότητα ασκήσεως προσυμβατικών διαδικασιών προσφυγής, Γ) τρίτον, όταν η παράβαση των

75. Φρονώ ότι τούτο δεν θα πρέπει να άγει στο συμπέρασμα ότι το άρθρο 2δ, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 1992/13 δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι έχει άμεση εφαρμογή στη Δημοκρατία της Λετονίας από τις 21 Δεκεμβρίου 2009. Πράγματι, όπως επισήμανε η Αυστριακή Κυβέρνηση, η υποχρέωση ερμηνείας του εθνικού δικαίου κατά τρόπο σύμφωνο προς το δίκαιο της Ένωσης, σε συνδυασμό με την υποχρέωση αποτελεσματικής προστασίας των δικαιωμάτων των πολιτών, πρέπει να οδηγήσουν το ατόν δικαστήριο να εξετάσει, σύμφωνα με τη λύση που προέκρινε η απόφαση του Δικαστηρίου της 17ης Σεπτεμβρίου 1997, C-54/96, Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft (Συλλογή 1997, σ. I-4961), εάν, βάσει των εσωτερικών κανόνων περί δικαιοδοσίας, είναι δυνατό να προσδιοριστεί το αρμόδιο δικαιοδοτικό

όργανο για την εκδίκαση των προσφυγών τις οποίες προβλέπει η οδηγία 1992/13. Τούτο δε είτε πρόκειται για δικαιοδοτικό όργανο στο οποίο έχει ήδη ανατεθεί, δυνάμει του εθνικού δικαίου, ο έλεγχος των διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων είτε πρόκειται για ορισμένους έτι υφιστάμενους μηχανισμούς αναθέσεως αρμοδιοτήτων που μπορούν ενδεχομένως να είναι λειτουργικοί²¹.

Γ — Επί του τρίτου προδικαστικού ερωτήματος: η ενδεχόμενη αναδρομική ισχύς της οδηγίας 1992/13

76. Μετά τη διαπίστωση ότι το άρθρο 2δ, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 1992/13, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 2007/66, μπορεί να εφαρμόζεται στη Δημοκρατία της Λετονίας από της ημερομηνίας λήξεως της προθεσμίας που τάχθηκε για τη μεταφορά της, απομένει να διευκρινιστεί εάν η προθεσμία των έξι μηνών από της ημερομηνίας συνάψεως της συμβάσεως που προβλέπει το άρθρο 2στ, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας ως όριο για την άσκηση της προσφυγής που προβλέπει το άρθρο αυτό εφαρμόζεται στην υπόθεση που αποτελεί το αντικείμενο της κύριας δίκης. Με άλλα λόγια, πρέπει να προσδιοριστεί αν η δυνατότητα ασκήσεως προσφυγής δυνάμει της οδηγίας 1992/13 εκτείνεται στις συμβάσεις που συνήφθησαν κατά τους έξι μήνες που προηγήθηκαν της

ημερομηνίας κατά την οποία η οδηγία άρχισε να έχει άμεση εφαρμογή. Στην περίπτωση αυτή, η οδηγία θα εφαρμοζόταν στην παρούσα υπόθεση, διότι η επίμαχη σύμβαση συνήφθη στις 9 Οκτωβρίου 2009.

77. Κατ' αρχήν, φρονώ ότι πρέπει να γίνει δεκτό ότι, με γνώμονα τη μεγαλύτερη αποτελεσματικότητα της οδηγίας, είναι δυνατή η συνηγορία υπέρ της εφαρμογής της σε όλες τις συμβάσεις που συνήφθησαν έξι μήνες πριν από την ορισθείσα για τη μεταφορά της καταληκτική ημερομηνία. Τούτο δε, μεταξύ άλλων, διότι θα αποτρεπόταν με τον τρόπο αυτόν ο κίνδυνος εσπευσμένης συνάψεως συμβάσεων προκειμένου να αποφευχθεί η εφαρμογή της και διότι τούτο θα εμπόδιζε επίσης την παγίωση στον χρόνο μιας νομικής καταστάσεως που ευνοεί την αναποτελεσματικότητα της ασκήσεως του δικαιώματος των πολιτών για την παροχή δικαστικής προστασίας. Στην κατεύθυνση αυτή κινείται και το πνεύμα της νομολογίας του Δικαστηρίου, όπως έχει διαμορφωθεί με την απόφαση του Δικαστηρίου της 18ης Δεκεμβρίου 1997, C-129/96, *Inter-Environnement Wallonia* (Συλλογή 1997, σ. I-7411), την οποία επικαλέστηκαν οι Norma-A και Dekom, υπό την έννοια ότι τα κράτη μέλη υποχρεούνται, στην περίοδο που προηγείται της ταχθείσας για τη μεταφορά της οδηγίας στο εσωτερικό δίκαιο ημερομηνίας, να μη διακυβεύσουν την πραγματοποίηση των σκοπών που επιδιώκει μια οδηγία.

21 — Συναφώς, πρέπει να τονιστεί ότι, βάσει των ισχυρισμών της Norma-A και της Dekom (σ. 6-7 της γαλλικής μεταφράσεως), υπάρχει από 1ης Φεβρουαρίου 2004 στη Δημοκρατία της Λετονίας ένα διοικητικό δικαστήριο στο οποίο το άρθρο 184 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας απονέμει αρμοδιότητα για την εκδίκαση προσφυγών με αντικείμενο το κύρος των συμβάσεων δημοσίου δικαίου.

78. Εντούτοις, ανεξαρτήτως του ότι δεν μπορεί να παροραθεί η ζημία που συνεπάγεται για την ασφάλεια δικαίου οποιαδήποτε πράξη αναδρομικής εφαρμογής του δικαίου,

η δομή και το περιεχόμενο της οδηγίας καθιστούν αδύνατη την αναδρομικότητα αυτή, πέραν της απουσίας σε αυτήν οποιασδήποτε ρητής μνείας σε σχέση με την αναδρομικότητά της.

ημερομηνία κατά την οποία άρχισε να ισχύει η οδηγία δεν μπορούσε να πληροί τις διαδικαστικές προϋποθέσεις που αυτή προέβλεπε, ιδίως δε τις προθεσμίες αναστολής των οποίων η παράβαση επισύρει τις κυρώσεις του άρθρου 2δ, παράγραφος 1, στοιχείο β'.

79. Οι μόνες συμβάσεις που μπορούν να προσβληθούν δυνάμει της οδηγίας 1992/13 είναι αυτές οι οποίες συνήφθησαν στο νομικό πλαίσιο που χαράσσει η οδηγία. Πράγματι, οι λόγοι για την προσβολή τους πρέπει να περιλαμβάνονται μεταξύ των προϋποθέσεων των οποίων την τήρηση επιβάλλει η οδηγία για τη σύναψη συμβάσεων. Ως εκ τούτου, καμία από τις συμβάσεις που συνήφθησαν πριν από την

80. Συνεπώς, θα ήταν άτοπο να επιτραπεί αναδρομικά η άσκηση προσφυγής η οποία δεν θα μπορούσε να στηριχθεί σε άλλο λόγο πέραν της μη συμμορφώσεως προς προϋποθέσεις των οποίων η τήρηση δεν μπορούσε να απαιτηθεί κατά τον χρόνο της επίμαχης συμβάσεως.

VII — Πρόταση

81. Κατόπιν των προεκτεθέντων, προτείνω στο Δικαστήριο να δώσει τις ακόλουθες απαντήσεις στα ερωτήματα που του έθεσε το Ανώτατο Δικαστήριο της Λετονίας:

«1) Το άρθρο 1, παράγραφος 3, στοιχείο β', της οδηγίας 2004/17/ΕΚ πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι, για τους σκοπούς εφαρμογής της, πρέπει να θεωρείται κατ' αρχήν ως σύμβαση δημοσίων υπηρεσιών η σύμβαση δυνάμει της οποίας ο ανάδοχος λαμβάνει, ως τμήμα του ανταλλάγματος, το δικαίωμα εκμεταλλεύσεως των υπηρεσιών δημοσίας μεταφοράς και στον οποίον η αναθέτουσα

αρχή καταβάλλει οικονομικό αντιστάθμισμα για τις ζημίες που συνδέονται με την παροχή των υπηρεσιών, οι δε δημοσίου δικαίου διατάξεις που ρυθμίζουν τα της παροχής της υπηρεσίας καθώς και οι διατάξεις της συμβάσεως περιορίζουν τον κίνδυνο από την εκμετάλλευση της υπηρεσίας. Εν πάση περιπτώσει, επαπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να κρίνει μέχρι ποιου σημείου οι περιστάσεις της παρούσας υποθέσεως επιβάλλουν διαφορετικό νομικό χαρακτηρισμό υπό το πρίσμα του δικαίου της Ένωσης.

- 2) Το άρθρο 2δ, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 1992/13/ΕΟΚ, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 2007/66/ΕΚ, μπορεί να έχει άμεση εφαρμογή στη Δημοκρατία της Λετονίας από τις 21 Δεκεμβρίου 2009, υπό την επιφύλαξη της υπάρξεως αρμόδιου οργάνου για την εκδίκαση των προσφυγών που προβλέπει η οδηγία αυτή, η δε επίλυση του ζητήματος αυτού απόκειται στο αιτούν δικαιοδοτικό όργανο.

- 3) Το άρθρο 2δ, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 1992/13/ΕΟΚ πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι δεν εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις που έχουν συναφθεί πριν από τη λήξη της ταχθείσας προθεσμίας για τη μεταφορά της οδηγίας 2007/66/ΕΚ στο εσωτερικό δίκαιο.»