



Συλλογή της Νομολογίας

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ

PAOLO MENGOLZI

της 27ης Φεβρουαρίου 2014¹

Υπόθεση C-574/12

Centro Hospitalar de Setúbal, EPE

Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH)

κατά

Eurest Portugal — Sociedade Europeia de Restaurantes Lda

[αίτηση του Supremo Tribunal Administrativo (Πορτογαλία) για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως]

«Δημόσιες συμβάσεις — Οδηγία 2004/18/EK — Μη ύπαρξη υποχρέωσης διοργανώσεως διαδικασίας αναθέσεως συμφώνως προς τους κανόνες του δικαίου της Ένωσης [σύμβαση οιονεί αυτεπιστασίας (“in house”)] — Προϋπόθεση του “ανάλογου ελέγχου” — Ανάδοχος φορέας νομικώς διακριτός από την αναθέτουσα αρχή και έχων τη μορφή ενώσεως μη κερδοσκοπικού χαρακτήρα — Συμμετοχή ιδιωτικών συμφερόντων στον ανάδοχο φορέα — Προϋπόθεση περί πραγματοποίησης του σημαντικότερου μέρους της δραστηριότητας με τις ασκούμενες τον “ανάλογο έλεγχο” αναθέτουσες αρχές»

1. Με τα έξι προδικαστικά ερωτήματα που του υπέβαλε στο πλαίσιο της υπό κρίση υποθέσεως το πορτογαλικό Supremo Tribunal Administrativo, το Δικαστήριο καλείται εκ νέου να αποσαφηνίσει το περιεχόμενο των προϋποθέσεων που πρέπει να συντρέχουν προκειμένου να μπορεί μια αναθέτουσα αρχή να επικαλεσθεί την εξαίρεση που προβλέπεται για τις αποκαλούμενες αναθέσεις οιονεί αυτεπιστασίας («in house»). Δυνάμει της εν λόγω εξαίρεσεως, η οποία διαπλάσθηκε από το Δικαστήριο με την απόφαση Teckal² και σε σχέση με την οποία υφίσταται πλέον πλούσια νομολογία, μια αναθέτουσα αρχή απαλλάσσεται της υποχρέωσης προκηρύξεως διαγωνισμού για την ανάθεση δημοσίας συμβάσεως οσάκις συντρέχουν δύο προϋποθέσεις: η αναθέτουσα αρχή ασκεί επί του αναδόχου φορέα «έλεγχο ανάλογο» προς εκείνον που ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών και, παράλληλα, ο εν λόγω φορέας πραγματοποιεί το σημαντικότερο μέρος της δραστηριότητάς του με την αναθέτουσα αρχή ή τις αναθέτουσες αρχές που τον ελέγχουν³.

2. Η υπό κρίση υπόθεση εγείρει ορισμένα καινοφανή ερωτήματα τα οποία θα προσφέρουν στο Δικαστήριο την ευκαιρία να αποσαφηνίσει περαιτέρω το πεδίο εφαρμογής της «εξαίρεσεως in house». Αφενός, το Δικαστήριο καλείται να προσδιορίσει την εμβέλεια της νομολογιακής θέσεως κατά την οποία η παρουσία ιδιωτικών συμφερόντων στον ανάδοχο φορέα αποκλείει το ενδεχόμενο η αναθέτουσα αρχή να ασκεί επί του εν λόγω φορέα έλεγχο ανάλογο προς εκείνον που ασκεί επί των

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η ιταλική.

2 — Απόφαση της 18ης Νοεμβρίου 1999, C-107/98, Teckal (Συλλογή 1999, σ. I-8121).

3 — Βλ., μεταξύ άλλων, τις αποφάσεις της 11ης Ιανουαρίου 2005, C-26/03, Stadt Halle και RPL Lochau (Συλλογή 2005, σ. I-1, σκέψη 49)· της 13ης Οκτωβρίου 2005, C-458/03, Parking Brixen (Συλλογή 2005, σ. I-8585, σκέψη 62)· της 11ης Μαΐου 2006, C-340/04, Carbotermo και Consorzio Alisei (Συλλογή 2006, σ. I-4137, σκέψη 33)· της 19ης Απριλίου 2007, C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Συλλογή 2007, σ. I-2999, σκέψη 55)· της 13ης Νοεμβρίου 2008, C-324/07, Coditel Brabant (Συλλογή 2008, σ. I-8457, σκέψη 27)· της 10ης Σεπτεμβρίου 2009, C-573/07, Sea (Συλλογή 2009, σ. I-8127, σκέψη 40)· της 29ης Νοεμβρίου 2012, C-182/11 και C-183/11, Econord (σκέψη 25), και της 19ης Δεκεμβρίου 2012, C-159/11, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce κ.λπ. (σκέψη 32). Συναφώς, βλ. επίσης, τις πρόσφατες προτάσεις μου στην υπόθεση Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13).

δικών της υπηρεσιών⁴. Ειδικότερα, το Δικαστήριο θα πρέπει να διευκρινίσει αν η συσταλτική προσέγγιση που υιοθετήθηκε με την εν λόγω απόφαση ως προς τις συμμετοχές ιδιωτών στο κεφάλαιο αναδόχων εταιρειών πρέπει να ακολουθηθεί και στην περίπτωση κατά την οποία ο ανάδοχος φορέας είναι ένωση μη κερδοσκοπικού χαρακτήρα η οποία συγκαταλέγει μεταξύ των μελών της, πέραν των αναθετουσών αρχών, ομοίως ενώσεις οι οποίες υπηρετούν φιλάνθρωπικούς και αγαθοεργούς σκοπούς.

3. Αφετέρου, στο πλαίσιο της υπό κρίση υποθέσεως, το Δικαστήριο καλείται να διασαφηνίσει τα εννοιολογικά όρια της δεύτερης «προϋποθέσεως Teckal», κατά την οποία ο ανάδοχος φορέας πρέπει να αναπτύσσει το σημαντικότερο μέρος της δραστηριότητάς του με την αναθέτουσα αρχή ή τις αναθέτουσες αρχές που τον ελέγχουν.

I – Κανονιστικό πλαίσιο

A — Δίκαιο της Ένωσης

4. Το άρθρο 1, παράγραφος 2, στοιχείο α', της οδηγίας 2004/18/EK⁵ ορίζει ότι «[ο]ι δημόσιες συμβάσεις είναι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας οι οποίες συνάπτονται γραπτώς μεταξύ ενός ή περισσοτέρων οικονομικών φορέων και μιας ή περισσοτέρων αναθετουσών αρχών και έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια προϊόντων ή την παροχή υπηρεσιών κατά την έννοια της παρούσας οδηγίας».

B — Εθνικό δίκαιο

5. Κατά το άρθρο 5, παράγραφος 2, του πορτογαλικού κώδικα δημοσίων συμβάσεων⁶, ο οποίος μετέφερε στην πορτογαλική έννομη τάξη την οδηγία 2004/18 λαμβάνοντας υπόψη τη νομολογία του Δικαστηρίου, «[ε]ξαιρούνται του πεδίου εφαρμογής [της κανονιστικής ρυθμίσεως περί δημοσίων συμβάσεων] οι συμβάσεις οι οποίες, ανεξαρτήτως του αντικειμένου τους, συνάπτονται από τις αναθέτουσες αρχές με άλλο πρόσωπο, εφόσον:

- a) η αναθέτουσα αρχή ασκεί επί της δραστηριότητας του εν λόγω φορέα, μεμονωμένως ή από κοινού με άλλες αναθέτουσες αρχές, έλεγχο ανάλογο προς εκείνον που ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών και
- b) ο εν λόγω φορέας αναπτύσσει το κύριο μέρος της δραστηριότητάς του υπέρ μίας ή πλειόνων αναθετουσών αρχών που ασκούν επ' αυτού έλεγχο ανάλογο προς τον αναφερόμενο στο στοιχείο α».

II – Πραγματικά περιστατικά, διαδικασία ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου και προδικαστικά ερωτήματα

6. Το Centro Hospitalar de Setúbal (στο εξής: CHS), αναιρεσεύον στην εκκρεμή ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου δίκη, είναι πορτογαλικό δημόσιο νοσοκομείο.

⁴ — Βλ. κατωτέρω, σημεία 25 και 28.

⁵ — Οδηγία 2004/18/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (ΕΕ L 134, σ. 114).

⁶ — Ο πορτογαλικός κώδικας δημοσίων συμβάσεων κυρώθηκε με το διάταγμα 18/2008 της 29ης Ιανουαρίου 2008.

7. Η Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (στο εξής: SUCH), ομοίως αναιρεσείουσα στην εκκρεμή ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου δίκη, είναι ένωση μη κερδοσκοπικού χαρακτήρα η οποία ιδρύθηκε με το διάταγμα 46.668 της 24ης Νοεμβρίου 1965 και λειτουργεί βάσει δικού της καταστατικού⁷. Κατά το άρθρο 2 του καταστατικού της, η SUCH έχει ως σκοπό την εκπλήρωση αποστολής δημοσίας υπηρεσίας, συνιστά όργανο για τη θεραπεία των αναγκών των μελών της με ίδια μέσα και αναλαμβάνει δράση για την αποδοτική και αποτελεσματική λειτουργία των μελών αυτών. Η SUCH συμβάλλει επίσης στην υλοποίηση της πολιτικής στον τομέα της υγείας, προάγοντας ουσιαδώς την αποδοτικότητα και την οικονομική βιωσιμότητα του εθνικού συστήματος υγείας.

8. Κατά το άρθρο 7, παράγραφος 1, του καταστατικού της, μέλη της SUCH δύνανται να είναι μόνον πρόσωπα του δημοσίου ή του κοινωνικού τομέα τα οποία παρέχουν υπηρεσίες υγειονομικής περιθάλψεως ή ασκούν δραστηριότητα σχετική με την προαγωγή και την προστασία της υγείας. Κατά την παράγραφο 2 του ίδιου άρθρου, η SUCH οφείλει να μεριμνά ώστε τα δικαιώματα ψήφου στη γενική συνέλευση να διατηρούνται κατά πλειοψηφία από τα μέλη που ανήκουν και υπόκεινται στις εξουσίες διεύθυνσεως, εποπτείας και επιτελικής ευθύνης του αρμοδίου για τον τομέα της υγείας μέλους της κυβερνήσεως. Κατά τον χρόνο των πραγματικών περιστατικών της υπό κρίση υποθέσεως η SUCH αριθμούσε ογδόντα οκτώ μέλη, μεταξύ των οποίων το CHS και είκοσι τρεις ιδιωτικοί οργανισμοί κοινωνικής αλληλεγγύης, άπαντες μη κερδοσκοπικού χαρακτήρα, εκ των οποίων οι είκοσι φιλανθρωπικά ιδρύματα (Misericórdias).

9. Κατά το άρθρο 3 του καταστατικού της, η SUCH υπόκειται στην εξουσία διεύθυνσεως, εποπτείας και επιτελικής ευθύνης του υπευθύνου για τον τομέα της υγείας μέλους της κυβερνήσεως, το οποίο είναι αρμόδιο για τον διορισμό του προέδρου και του αντιπροέδρου του Διοικητικού Συμβουλίου, καθώς και για την κύρωση των αποφάσεων της γενικής συνελεύσεως οι οποίες αφορούν: τη σύναψη συμβάσεων δανείων που συνεπάγονται καθαρό ύψος δανεισμού ίσο ή μεγαλύτερο του 75 % των ιδίων κεφαλαίων που έχουν βεβαιωθεί κατά την προηγούμενη οικονομική χρήση, τις τροποποιήσεις του καταστατικού και τη λύση της SUCH.

10. Κατά το άρθρο 5, παράγραφος 3, του καταστατικού της, η SUCH δύναται να παρέχει υπηρεσίες, υπό καθεστώς ελεύθερου ανταγωνισμού, σε δημοσίους φορείς που δεν είναι μέλη της ή σε ιδιωτικούς φορείς, ημεδαπούς ή αλλοδαπούς, υπό τον όρον ότι η παροχή των εν λόγω υπηρεσιών δεν προκαλεί ζημία στα μέλη της και είναι ευνοϊκή για την ίδια και τα μέλη της τόσο από οικονομικής απόψεως όσο και από απόψεως εξελίξεως σε τεχνολογικό επίπεδο. Η παράγραφος 4 του ίδιου άρθρου διευκρινίζει ότι η SUCH οφείλει να μεριμνά ώστε η δραστηριότητά της να ασκείται σε ποσοστό τουλάχιστον 80 % προς όφελος των μελών της.

11. Την 27η Ιουλίου 2011 το CHS συνήψε με τη SUCH σύμβαση με αντικείμενο την παροχή, εκ μέρους της SUCH, γευμάτων στους ασθενείς και το προσωπικό του CHS. Η σύμβαση συνομολογήθηκε για πέντε έτη με δυνατότητα ανανεώσεως και προβλέπει την καταβολή ετησίου τιμήματος ύψους 1 295 289 ευρώ, ήτοι συνολικού τιμήματος, για τα πέντε έτη ισχύος της συμβάσεως, 6 476 445 ευρώ. Η σύμβαση ανετέθη από το CHS απευθείας στη SUCH, άνευ προσφυγής στις διαδικασίες αναθέσεως που προβλέπονται από την οδηγία 2004/18, καθόσον, κατά την άποψη των συμβαλλομένων, η σχετική συμφωνία εντασσόταν στο πλαίσιο των σχέσεων οιονεί αυτεπιστασίας («in house») μεταξύ της SUCH και των νοσοκομείων που αποτελούν μέλη της, στα οποία καταλέγεται και το CHS.

12. Εκτιμώντας ότι η απευθείας ανάθεση στη SUCH της παροχής των υπηρεσιών που αποτελούσαν αντικείμενο της συνομολογηθείσας με το CHS συμφωνίας ήταν παράνομη ως πραγματοποιηθείσα άνευ προκηρύξεως δημοσίου διαγωνισμού και, συνεπώς, ως αντίθετη προς την εθνική και την ευρωπαϊκή κανονιστική ρύθμιση περί δημοσίων συμβάσεων, η Eurest (Portugal) — Sociedade Europeia de Restaurantes Lda (στο εξής: Eurest), εταιρεία η οποία παρέχει υπηρεσίες όμοιες με εκείνες που

7 — Το καταστατικό της SUCH έχει τροποποιηθεί επανειλημμένως. Η ισχύουσα κατά τον χρόνο των πραγματικών περιστατικών εκδοχή του είναι η συνομολογηθείσα τον Οκτώβριο του 2010.

αποτέλεσαν αντικείμενο της συμφωνίας και η οποία είχε αναλάβει την εκτέλεση μέρους συμβάσεως για την παροχή γευμάτων, συμβάσεως που, όμως, ελύθη μετά τη σύναψη της συμβάσεως μεταξύ του CHS και της SUCH, προσέφυγε ενώπιον του Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada. Με την προσφυγή της η Eurest ζήτησε, αφενός, την ακύρωση της πράξεως του Διοικητικού Συμβουλίου της CHS με την οποία είχε λυθεί η σύμβασή της με το εν λόγω νοσοκομείο και, αφετέρου, την ακύρωση της συννομολογηθείσας μεταξύ του CHS και της SUCH συμφωνίας.

13. Με απόφαση της 30ής Ιανουαρίου 2012 το Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada έκανε δεκτή την προσφυγή και κήρυξε τη συμφωνία μεταξύ του CHS και της SUCH άκυρη. Το εν λόγω δικαστήριο έκρινε ότι η συνδρομή των προϋποθέσεων για την εφαρμογή της εξαιρέσεως που προβλέπεται από το άρθρο 5, παράγραφος 2, του κώδικα δημοσίων συμβάσεων δεν είχε αποδειχθεί και ότι, ως εκ τούτου, η ανάθεση των προβλεπόμενων από την εν λόγω συμφωνία υπηρεσιών έπρεπε να γίνει κατόπιν δημοσίου διαγωνισμού. Το CHS και η SUCH προσέβαλαν την εν λόγω πρωτόδικη απόφαση ενώπιον του Tribunal Central Administrativo do Sul, το οποίο, με απόφαση της 26ης Απριλίου 2012, απέρριψε τις εφέσεις τους. Κατά της εν λόγω αποφάσεως άσκησαν αίτηση αναιρέσεως ενώπιον του Supremo Tribunal Administrativo, αιτούντος δικαστηρίου, τόσο η SUCH όσο και το CHS.

14. Το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει, κατ' αρχάς, ότι δεν αμφισβητείται ότι ένα νοσοκομείο όπως το CHS συνιστά, ως νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου, αναθέτουσα αρχή. Ομοίως, δεν αμφισβητείται το γεγονός ότι η συμφωνία μεταξύ του CHS και της SUCH, η οποία αποτελεί διακριτό από το CHS φορέα, συνιστά δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών. Το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει επίσης ότι, προκειμένου να μπορεί η εν λόγω σύμβαση να αποτελέσει αντικείμενο απευθείας αναθέσεως «in house», απαιτείται η συνδρομή των δύο όρων που προβλέπονται από το προπαρατεθέν στο σημείο 5 των προτάσεων άρθρο 5, παράγραφος 2, του κώδικα δημοσίων συμβάσεων, το οποίο κωδικοποιεί τις διαπλασθείσες με την απόφαση Teckal προϋποθέσεις.

15. Όσον αφορά, ειδικότερα, την πρώτη προϋπόθεση, ήτοι την άσκηση «ανάλογου ελέγχου», το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει ότι η ιδιάζουσα νομική φύση της SUCH, μεταξύ των μελών της οποίας καταλέγονται και ιδιωτικοί οργανισμοί κοινωνικής αλληλεγγύης, εγείρει νέα ερωτήματα υπό το πρίσμα της νομολογίας του Δικαστηρίου, κατά την οποία η, έστω και μειοψηφική, συμμετοχή ιδιωτικής επιχειρήσεως στο κεφάλαιο εταιρείας αποκλείει εν πάση περιπτώσει την άσκηση τέτοιου ελέγχου⁸, τούτο δε λαμβανομένου υπόψη ιδίως του γεγονότος ότι, κατά το δίκαιο της Ένωσης, η έννοια της επιχειρήσεως δεν προϋποθέτει κατ' ανάγκην την άσκηση κερδοσκοπικής δραστηριότητας. Επιπροσθέτως, το αιτούν δικαστήριο, αναφερόμενο σε απόφαση με την οποία το πορτογαλικό Ελεγκτικό Συνέδριο αρνήθηκε την επικύρωση της επίδικης συμβάσεως, απόφαση της οποίας το σκεπτικό υιοθετήθηκε από την ενώπιόν του αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση, διερωτάται κατά πόσον η συνδρομή της προϋποθέσεως του ανάλογου ελέγχου δύναται να καταφασθεί εν προκειμένω, λαμβανομένων υπόψη του αριθμού των μελών της SUCH τα οποία δεν αποτελούν δημοσίους φορείς, της ευρείας αυτονομίας της και της ανεξαρτησίας της SUCH έναντι των δημοσίων αρχών, της συγκεκριμένης λειτουργικής δυναμικής της και, ειδικότερα, της λειτουργίας του Διοικητικού της Συμβουλίου, καθώς και του μεγέθους και της πολυπλοκότητάς της ως φορέα.

16. Ως προς τη δεύτερη προϋπόθεση εφαρμογής της σχετικής με τις αναθέσεις «in house» εξαιρέσεως, το αιτούν δικαστήριο διερωτάται κατά πόσον αυτή μπορεί να καταφασθεί όταν, βάσει του καταστατικού της, η SUCH δύναται να πραγματοποιεί το 20 % του συνολικού κύκλου εργασιών της παρέχοντας υπηρεσίες υπό καθεστώς ανταγωνισμού σε τρίτους φορείς, διαφορετικούς από τα μέλη της.

8 — Βλ. προπαρατεθείσα απόφαση Stadt Halle και RPL Lochau (σκέψεις 49 και 50).

17. Υπό τις συνθήκες αυτές, το αιτούν δικαστήριο, με διάταξη της 6ης Νοεμβρίου 2012, έκρινε σκόπιμη την αναστολή της ενώπιόν του εκκρεμούς διαδικασίας προκειμένου να υποβάλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

- «1) Είναι συμβατή με την κοινοτική νομολογία και θεωρία περί συμβάσεων “in house” η εκ μέρους δημοσίου νοσοκομείου ανάθεση, άνευ τηρήσεως της διαδικασίας που προβλέπεται από τον νόμο για τη σύναψη της οικείας σύμβασης, σε ένωση μη κερδοσκοπικού χαρακτήρα της οποίας το ίδιο είναι μέλος και η οποία, κατά προορισμό, επιτελεί λειτουργία δημοσίας υπηρεσίας στον τομέα της υγείας, με στόχο τη βελτίωση της αποδοτικότητας και της αποτελεσματικότητας των μελών της, της παροχής της εμπίπτουσας στην αρμοδιότητά του υπηρεσίας νοσοκομειακής εστίασεως, η οποία συνεπάγεται μεταβίβαση στην εν λόγω ένωση της ευθύνης των λειτουργιών του στον τομέα αυτόν, αν, βάσει του καταστατικού της εν λόγω ενώσεως, μέλη αυτής δύναται να είναι όχι μόνο φορείς του δημοσίου τομέα, αλλά και φορείς του κοινωνικού τομέα και, παράλληλα, αν, κατά τον χρόνο αναθέσεως της σύμβασης, επί συνόλου ογδόντα οκτώ μελών, τα προερχόμενα από τον κοινωνικό τομέα μέλη ήταν είκοσι τρεις ιδιωτικοί μη κερδοσκοπικού χαρακτήρα οργανισμοί κοινωνικής αλληλεγγύης (IPSS), μεταξύ των οποίων ορισμένα φιλανθρωπικά ιδρύματα;
- 2) Μπορεί να θεωρηθεί ότι ο ανάδοχος φορέας υπόκειται στην εξουσία λήψεως αποφάσεων των προερχόμενων από τον δημόσιο τομέα μελών του, τα οποία ασκούν, μεμονωμένως ή από κοινού, έλεγχο ανάλογο προς εκείνον που ασκούν επί των δικών τους υπηρεσιών, αν, βάσει του καταστατικού του, ο ανάδοχος φορέας οφείλει να μεριμνά ώστε τα δικαιώματα ψήφου να διατηρούνται κατά πλειοψηφία από τα μέλη που ανήκουν και υπόκεινται στις εξουσίες διευθύνσεως, εποπτείας και επιτελικής ευθύνης του αρμοδίου για τον τομέα της υγείας μέλους της κυβερνήσεως, το δε Διοικητικό του Συμβούλιο επίσης απαρτίζεται κατά πλειοψηφία από μέλη του δημοσίου τομέα;
- 3) Δύναται να γίνει δεκτό ότι πληρούται η προϋπόθεση του “αναλόγου ελέγχου”, υπό το πρίσμα της κοινοτικής νομολογίας και θεωρίας περί συμβάσεων “in house”, αν, βάσει του καταστατικού του, ο ανάδοχος φορέας υπόκειται στην εξουσία επιτελικής ευθύνης του αρμοδίου για τον τομέα της υγείας μέλους της κυβερνήσεως, το οποίο είναι αρμόδιο να διορίζει τον πρόεδρο και τον αντιπρόεδρο του Διοικητικού Συμβουλίου, να κυρώνει τις αποφάσεις της γενικής συνελεύσεως που αφορούν τη δυνατότητα συνάψεως συμβάσεων δανείων που συνεπάγονται καθαρό ύψος δανεισμού ίσο ή υψηλότερο του 75 % των ιδίων κεφαλαίων που έχουν βεβαιωθεί κατά την προηγούμενη οικονομική χρήση, να κυρώνει τις αποφάσεις περί τροποποιήσεως του καταστατικού, να κυρώνει τις αποφάσεις της γενικής συνελεύσεως περί λύσεως του αναδόχου φορέα, καθώς και να καθορίζει τον προορισμό της περιουσίας του σε περίπτωση λύσεώς του;
- 4) Επιτρέπει το γεγονός ότι ο ανάδοχος φορέας αποτελεί οργανισμό πολύπλοκο και μεγάλων διαστάσεων, ο οποίος δρα στο σύνολο της πορτογαλικής επικράτειας, συγκαταλέγοντας μεταξύ των μελών του την πλειονότητα των υπηρεσιών και των οργανισμών της Serviço Nacional de Saúde (Εθνικής Υπηρεσίας Υγείας), συμπεριλαμβανομένων των μεγαλύτερων νοσοκομειακών μονάδων της χώρας, εμφανίζει δε προβλεπόμενο κύκλο εργασιών της τάξεως των 90 εκατομμυρίων ευρώ, δραστηριοποιείται σε ποικίλους και σύνθετους τομείς δραστηριότητας, παρουσιάζει ιδιαιτέρως σημαντικούς δείκτες δραστηριότητας, απασχολεί πάνω από 3 300 εργαζομένους, ενώ μετέχει σε δύο κοινοπραξίες επιχειρήσεων και σε δύο εμπορικές εταιρείες, τον χαρακτηρισμό της σχέσεως μεταξύ αυτού και των δημοσίου χαρακτήρα μελών του ως απλής εσωτερικής ή “in house” αναθέσεως;
- 5) Επιτρέπει το γεγονός ότι ο ανάδοχος φορέας δύναται, βάσει του καταστατικού του, να παρέχει υπηρεσίες υπό καθεστώς ανταγωνισμού σε δημοσίους φορείς που δεν είναι μέλη του ή σε ιδιωτικούς φορείς, ημεδαπούς και αλλοδαπούς, υπό τον όρον ότι η παροχή των εν λόγω υπηρεσιών, πρώτον, δεν προξενεί ζημία στα μέλη του και είναι ευνοϊκή γι’ αυτά και για τον ίδιο —τόσο από οικονομικής απόψεως όσο και από απόψεως εξελίξεως σε τεχνολογικό επίπεδο—

και, δεύτερον, δεν αντιπροσωπεύει όγκο μεγαλύτερο του 20 % του συνολικού ετησίου κύκλου εργασιών του κατά την προηγούμενη οικονομική χρήση, την κατάφαση των προϋποθέσεων για τις συμβάσεις “in house” και, ιδίως, της σχετικής με τον “ουσιώδη σκοπό της δραστηριότητας”, η οποία προβλέπεται από το άρθρο 5, παράγραφος 2, στοιχείο b), του πορτογαλικού κώδικα δημοσίων συμβάσεων;

- 6) Στην περίπτωση κατά την οποία ουδεμία εκ των απαντήσεων επί των προηγούμενων ερωτημάτων, μεμονωμένως θεωρούμενη, αρκεί για να κριθεί εάν συντρέχουν ή όχι οι προϋποθέσεις του άρθρου 5, παράγραφος 2, του πορτογαλικού κώδικα δημοσίων συμβάσεων, δύναται, υπό το πρίσμα της κοινοτικής νομολογίας και θεωρίας περί αναθέσεων “in house”, να οδηγήσει η συνδυασμένη αξιολόγηση των εν λόγω απαντήσεων στο συμπέρασμα ότι [εν προκειμένω] υφίσταται τέτοια ανάθεση;»

III – Διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου

18. Η διάταξη περί παραπομπής περιήλθε στη Γραμματεία του Δικαστηρίου την 7η Δεκεμβρίου 2012. Γραπτές παρατηρήσεις κατέθεσαν το CHS, η SUCH, η Eurest, η Πορτογαλική Κυβέρνηση και η Ισπανική Κυβέρνηση, καθώς και η Επιτροπή, ενώ άπαντες έλαβαν μέρος στην επ’ ακροατηρίου συζήτηση, η οποία διεξήχθη την 21η Νοεμβρίου 2013.

IV – Νομική ανάλυση

19. Επιβάλλεται κατ’ αρχάς η επισήμανση ότι από τη διάταξη περί παραπομπής προκύπτει ότι δεν αμφισβητείται ότι η συναφθείσα μεταξύ του CHS και της SUCH σύμβαση συνιστά δημόσια σύμβαση η οποία, ως τέτοια, διέπεται κατ’ αρχήν από την ευρωπαϊκή κανονιστική ρύθμιση περί δημοσίων συμβάσεων και, ειδικότερα, από τις διατάξεις της οδηγίας 2004/18⁹.

20. Αντιθέτως, το ζήτημα που ερίζεται στο πλαίσιο της εκκρεμούς ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου δίκης, ζήτημα στο οποίο αναφέρεται το σύνολο των υποβληθέντων από το εν λόγω δικαστήριο προδικαστικών ερωτημάτων, αφορά τη δυνατότητα εφαρμογής επί της εν λόγω δημοσίας συμβάσεως της εξαιρέσεως που προβλέπεται για τις αποκαλούμενες αναθέσεις «in house».

A — Επί του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος

21. Με το πρώτο προδικαστικό ερώτημά του το αιτούν δικαστήριο ζητεί, κατ’ ουσίαν, από το Δικαστήριο να διευκρινίσει εάν η εξαίρεση από την εφαρμογή των διατάξεων της οδηγίας 2004/18, η οποία απορρέει από τη νομολογία του Δικαστηρίου περί αναθέσεων «in house», δύναται να τύχει εφαρμογής ομοίως στην περίπτωση κατά την οποία ο ανάδοχος φορέας είναι ένωση μη κερδοσκοπικού χαρακτήρα η οποία έχει ως σκοπό την εκπλήρωση αποστολής δημοσίας υπηρεσίας στον τομέα της υγείας και της οποίας το καταστατικό επιτρέπει ως μέλη της φορείς όχι μόνον του δημοσίου τομέα, αλλά και του κοινωνικού τομέα, τούτο δε λαμβανομένου υπόψη του στοιχείου ότι, κατά τον χρόνο αναθέσεως της συμβάσεως, ένα μέρος των μελών της ενώσεως, καίτοι μειοψηφικό, δεν ανήκε στον δημόσιο τομέα, αλλά απαρτιζόταν από οργανισμούς του κοινωνικού τομέα οι οποίοι αναπτύσσουν δραστηριότητα μη κερδοσκοπικού χαρακτήρα και, συγκεκριμένα, φιλανθρωπικό έργο.

9 — Συγκεκριμένα, δεν αμφισβητείται ότι η αξία της επίδικης συμβάσεως, η οποία αναφέρθηκε με το σημείο 11 των προτάσεων, υπερβαίνει σαφώς το όριο που προβλέπεται από το άρθρο 7, στοιχείο β’, της ίδιας οδηγίας, όπως έχει τροποποιηθεί.

22. Το συγκεκριμένο ερώτημα αφορά την πρώτη εκ των δύο προϋποθέσεων που διαπλάσθηκαν με την απόφαση *Testal*, ήτοι την εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής άσκηση επί του αναδόχου φορέα «ελέγχου ανάλογου» προς εκείνον που αυτή ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών¹⁰. Κρίνεται, ως εκ τούτου, σκόπιμη, εισαγωγικώς, η διά βραχέων υπενθύμιση του περιεχομένου της προϋποθέσεως του «ανάλογου ελέγχου» όπως αυτό έχει ορισθεί από τη νομολογία.

23. Συναφώς, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι ανάλογος έλεγχος υφίσταται οσάκις ο ανάδοχος φορέας υπόκειται σε έλεγχο που παρέχει στην αναθέτουσα αρχή τη δυνατότητα να επηρεάζει τις αποφάσεις του. Πρέπει να πρόκειται για δυνατότητα ασκήσεως καθοριστικής επιρροής τόσο επί των στρατηγικών στόχων όσο και επί των σημαντικών αποφάσεων του φορέα. Εν ολίγοις, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να είναι σε θέση να ασκεί επί του φορέα διαρθρωτικό και λειτουργικό έλεγχο. Κατά το Δικαστήριο, εξάλλου, ο εν λόγω έλεγχος πρέπει να είναι πραγματικός¹¹.

24. Επιπροσθέτως, κατά τη νομολογία, στην περίπτωση κατά την οποία ο ανάδοχος φορέας ανήκει από κοινού σε πλείονες δημόσιες αρχές, οι αρχές αυτές μπορούν να ασκούν τον «ανάλογο έλεγχο» από κοινού, χωρίς να είναι αναγκαία η άσκηση του εν λόγω ελέγχου μεμονωμένως εκ μέρους εκάστης εξ αυτών¹².

25. Εντούτοις, κατά πάγια νομολογία, η, έστω και μειοψηφική, συμμετοχή ιδιωτικής επιχειρήσεως στο κεφάλαιο εταιρείας στην οποία μετέχει και η οικεία αναθέτουσα αρχή αποκλείει εν πάση περιπτώσει τη δυνατότητα της εν λόγω αναθέτουσας αρχής να ασκεί επί της συγκεκριμένης εταιρείας έλεγχο ανάλογο προς εκείνον που ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών¹³.

26. Δεδομένων των ανωτέρω, ως προς το υποβληθέν στο Δικαστήριο προδικαστικό ερώτημα, επιβάλλεται κατ' αρχάς η επισήμανση ότι το γεγονός ότι ο ανάδοχος φορέας έχει νομική μορφή ιδιωτικού δικαίου, όπως τη μορφή ενώσεως, δεν αρκεί αυτό καθ' εαυτό για τον αποκλεισμό της εφαρμογής της «εξαιρέσεως *in house*»¹⁴. Συγκεκριμένα, το Δικαστήριο έχει επανειλημμένως αναγνωρίσει τη δυνατότητα εφαρμογής της εν λόγω εξαιρέσεως σε περιπτώσεις φορέων λειτουργούντων υπό μορφή ιδιωτικού δικαίου, όπως, επί παραδείγματι, υπό τη μορφή ανώνυμης εταιρείας¹⁵.

27. Περαιτέρω, το γεγονός ότι ο φορέας που ανέλαβε την εκτέλεση της συμβάσεως με απευθείας ανάθεση είναι μη κερδοσκοπικού χαρακτήρα δεν ασκεί επιρροή επί της εφαρμογής της «εξαιρέσεως *in house*». Συγκεκριμένα, η εφαρμογή της εν λόγω εξαιρέσεως βασίζεται στην εσωτερική σχέση που υφίσταται μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του αναδόχου φορέα, συνεπεία της οποίας δεν μπορεί να γίνει λόγος για συνάντηση δύο αυτόνομων βουλήσεων που αντιπροσωπεύουν διακριτά έννομα συμφέροντα¹⁶. Η εφαρμογή της «εξαιρέσεως *in house*» είναι, επομένως, ανεξάρτητη όχι μόνον της νομικής φύσεως του αναδόχου φορέα, αλλά και του κερδοσκοπικού ή μη χαρακτήρα του επιδιωκόμενου από αυτόν σκοπού. Από τη νομολογία συνάγεται, εξάλλου, ότι ο μη κερδοσκοπικός

10 — Βλ. ανωτέρω, σημείο 1.

11 — Βλ. προπαρατεθείσα απόφαση *Econord* (σκέψη 27 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

12 — Βλ. προπαρατεθείσα απόφαση *Econord* (σκέψη 28 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

13 — Βλ. προπαρατεθείσα απόφαση *Stadt Halle* και *RPL Lochau* (σκέψη 49): αποφάσεις της 10ης Νοεμβρίου 2005, C-29/04, Επιτροπή κατά Αυστρίας (Συλλογή 2005, σ. I-9705, σκέψη 46): της 6ης Απριλίου 2006, C-410/04, ANAV (Συλλογή 2006, σ. I-3303, σκέψη 31): της 8ης Απριλίου 2008, C-337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή 2008, σ. I-2173, σκέψη 38): προπαρατεθείσα απόφαση *Coditel Brabant* (σκέψη 30): προπαρατεθείσα απόφαση *Sea* (σκέψη 46): αποφάσεις της 15ης Οκτωβρίου 2009, C-196/08, *Acoset* (Συλλογή 2009, σ. I-9913, σκέψη 53), και της 22ας Δεκεμβρίου 2010, C-215/09, *Mehiläinen* και *Terveystalo Healthcare* (Συλλογή 2010, σ. I-13749, σκέψη 32).

14 — Βλ., στο ίδιο πνεύμα, προπαρατεθείσα απόφαση *Sea* (σκέψη 41). Συναφώς, βλ. επίσης, το σημείο 63 των προτάσεων της γενικής εισαγγελιάς C. Stix-Hackl στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η προπαρατεθείσα απόφαση *Stadt Halle* και *RPL Lochau*.

15 — Πέραν της προπαρατεθείσας αποφάσεως *Sea*, βλ., μεταξύ άλλων, τις προπαρατεθείσες αποφάσεις ANAV (ιδίως σκέψη 33) και *Econord* (ιδίως σκέψεις 29 και 32).

16 — Συναφώς, βλ. λεπτομερέστερα τις πρόσφατες προτάσεις μου στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η προπαρατεθείσα απόφαση *Datenlotsen Informationssysteme*, σκέψη 41, όπου παρατίθεται πλούσια νομολογία.

χαρακτήρας φορέα και, ειδικότερα, ενώσεως δεν αποκλείει καθ' οιονδήποτε τρόπο την εκ μέρους του φορέα άσκηση οικονομικής δραστηριότητας και, συνεπώς, δεν αρκεί αυτός καθ' εαυτόν για τον αποκλεισμό του εν λόγω φορέα από το πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του δικαίου της Ένωσης περί δημοσίων συμβάσεων¹⁷.

28. Ως προς την παρουσία μεταξύ των μελών του αναδόχου φορέα φορέων όχι μόνον του δημοσίου αλλά και του κοινωνικού τομέα, επιβάλλεται η υπόμνηση ότι, όπως προαναφέρθηκε στα σημεία 2 και 25 των προτάσεων, κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, η, έστω και μειοψηφική, συμμετοχή ιδιωτικής επιχειρήσεως στο κεφάλαιο εταιρείας στην οποία μετέχει η αρχή που προτίθεται να προβεί στην ανάθεση «in house» αποκλείει εν πάση περιπτώσει τη δυνατότητα της εν λόγω αναθέτουσας αρχής να ασκεί επί της συγκεκριμένης εταιρείας τον απαιτούμενο ανάλογο έλεγχο.

29. Όπως επισημαίνεται εξάλλου από το ίδιο το αιτούν δικαστήριο, κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, η εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής άσκηση επί του αναδόχου φορέα ανάλογου ελέγχου αποκλείεται σε περίπτωση παρουσίας στον εν λόγω φορέα ιδιωτικών συμφερόντων, υπό τη μορφή συμμετοχής *επιχειρήσεως στο κεφάλαιο εταιρείας*.

30. Η περίπτωση της SUCH διαφέρει, εντούτοις, της προαναφερθείσας περιπτώσεως καθόσον, αφενός, η SUCH δεν έχει συσταθεί υπό τη μορφή εταιρείας και, επομένως, δεν διαθέτει εταιρικό κεφαλαίο και, αφετέρου, οι κοινωνικού χαρακτήρα ιδιωτικοί οργανισμοί οι οποίοι καταλέγονται μεταξύ των μελών της δεν αποτελούν κατ' ανάγκην, εκ μόνου του λόγου ότι δεν έχουν δημόσιο χαρακτήρα, επιχειρήσεις εν στενή εννοία.

31. Επομένως, το κεντρικό ζήτημα που τίθεται με το πρώτο προδικαστικό ερώτημα είναι ακριβώς το εξής: πρέπει επί καταστάσεως όπως αυτή της SUCH να τύχει εφαρμογής η διαπλασθείσα από τη νομολογία αρχή κατά την οποία η παρουσία ιδιωτικών συμφερόντων στον ανάδοχο φορέα αποκλείει την εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής άσκηση επ' αυτού ανάλογου ελέγχου και, συνακολούθως, τη δυνατότητα απευθείας αναθέσεων στον εν λόγω φορέα κατ' εφαρμογήν της «εξαιρέσεως in house»;

32. Επιβάλλεται συναφώς η υπόμνηση ότι το Δικαστήριο έχει κατ' επανάληψη επισημάνει ότι ο κύριος σκοπός των κανόνων της Ένωσης περί δημοσίων συμβάσεων συνίσταται στην εξασφάλιση της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων και της ελεύθερης παροχής των υπηρεσιών, καθώς και στο ευρύτερο δυνατό άνοιγμα του ανταγωνισμού σε όλα τα κράτη μέλη¹⁸. Ο εν λόγω σκοπός συνεπάγεται την υποχρέωση κάθε αναθέτουσας αρχής να εφαρμόζει τους κανόνες της Ένωσης περί δημοσίων συμβάσεων οσάκις συντρέχουν οι προβλεπόμενες από αυτούς προϋποθέσεις· ως εκ τούτου, οιαδήποτε παρέκκλιση από την εν λόγω υποχρέωση πρέπει να ερμηνεύεται *συσταλτικώς*¹⁹.

33. Επισημαίνεται συναφώς ότι, κατά τη νομολογία, η ratio του αποκλεισμού, σε περίπτωση παρουσίας ιδιωτικών συμφερόντων στο κεφάλαιο του αναδόχου φορέα, της δυνατότητας καταφάσεως σχέσεως «in house» δικαιολογούσας απευθείας ανάθεση είναι διττή. Όπως έχει επισημάνει το Δικαστήριο, αφενός, στη σχέση μεταξύ μιας δημόσιας αρχής, η οποία είναι αναθέτουσα αρχή, και των υπηρεσιών της πρυτανεύουν σταθμίσεις και επιταγές που προσιδιάζουν στην επιδίωξη σκοπών δημοσίου συμφέροντος, ενώ, αντιθέτως, οιαδήποτε επένδυση ιδιωτικού κεφαλαίου σε επιχείρηση στηρίζεται σε εκτιμήσεις που προσιδιάζουν στα ιδιωτικά συμφέροντα και υπηρετεί σκοπούς διαφορετικής φύσεως²⁰.

17 — Βλ. αποφάσεις της 29ης Νοεμβρίου 2007, C-119/06, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή 2007, σ. I-0168, σκέψεις 37 και 41), και της 23ης Δεκεμβρίου 2009, C-305/08, CoNISMa (Συλλογή 2009, σ. I-12129, σκέψη 45).

18 — Βλ., συναφώς, προπαρατεθείσες αποφάσεις CoNISMa (σκέψη 37 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία), καθώς και Carbotermo και Consorzio Alisei (σκέψη 58).

19 — Βλ., μεταξύ άλλων, προπαρατεθείσες αποφάσεις Stadt Halle και RPL Lochau (σκέψεις 44 και 46), Parking Brixen (σκέψη 63), και ANAV (σκέψη 26). Συναφώς, βλ. επίσης, το σημείο 38 των πρόσφατων προτάσεών μου στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η προπαρατεθείσα απόφαση Datenlotsen Informationssysteme.

20 — Βλ. προπαρατεθείσες αποφάσεις Stadt Halle και RPL Lochau (σκέψη 50), και Επιτροπή κατά Αυστρίας (σκέψη 47).

34. Αφετέρου, το Δικαστήριο έχει επισημάνει ότι η ανάθεση δημοσίας συμβάσεως σε εταιρεία μικτής οικονομίας άνευ προκηρύξεως διαγωνισμού θα υπονόμει τον σκοπό του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού και την αρχή της ίσης μεταχείρισης των ενδιαφερομένων, στον βαθμό κατά τον οποίο μια τέτοια διαδικασία θα παρείχε σε ιδιωτική επιχείρηση μετέχουσα στο κεφάλαιο της εν λόγω εταιρείας πλεονέκτημα έναντι των ανταγωνιστών της²¹.

35. Φρονώ ότι αμφότερες οι θέσεις του Δικαστηρίου σε σχέση με τη συμμετοχή ιδιωτικής επιχείρησης στο κεφάλαιο εταιρείας δύνανται να τύχουν εφαρμογής σε κατάσταση ανάλογη προς εκείνη της SUCH, όπως αυτή προκύπτει από τα στοιχεία της δικογραφίας.

36. Συγκεκριμένα, αφενός, η προσέγγιση κατά την οποία η επιδίωξη ιδιωτικών συμφερόντων στηρίζεται σε εκτιμήσεις διαφορετικές εκείνων που προσιδιάζουν στην επιδίωξη δημοσίων συμφερόντων δεν αφορά, κατά την άποψή μου, αποκλειστικώς την περίπτωση της παρουσίας ιδιωτικών επενδύσεων σε εταιρεία. Είναι αδιαμφισβήτητο ότι η συμμετοχή σε ανάδοχο φορέα οργανισμών όπως οι ιδιωτικοί οργανισμοί που έχουν ως αντικείμενο την προαγωγή της κοινωνικής αλληλεγγύης ανταποκρίνεται σε λογικές και συμφέροντα ιδιωτικής φύσεως, όπως είναι, επί παραδείγματι, τα συμφέροντα φιλανθρωπικού ή ευαγούς χαρακτήρα που υπηρετούν σκοπούς οι οποίοι, καίτοι αξιέπαινοι, δεν ταυτίζονται κατ' ανάγκη με το δημόσιο συμφέρον. Μολονότι, πράγματι, σε ορισμένες περιπτώσεις, δύνανται να χαρακτηρισθούν ως σκοποί γενικού συμφέροντος, οι εν λόγω σκοποί εμφανίζουν γνωρίσματα που προσιδιάζουν στο ιδιωτικό συμφέρον, όπως, επί παραδείγματι, θρησκευτική ή σωματειακή χροιά²², ήτοι στοιχεία τα οποία, καίτοι δυνάμενα να λειτουργούν συμπληρωματικώς προς το δημόσιο συμφέρον, είναι ξένα προς αυτό.

37. Αφετέρου, καθόσον η δυνατότητα ενώσεων μη κερδοσκοπικού χαρακτήρα, όπως είναι οι φιλανθρωπικές ενώσεις μέλη της SUCH, να ασκούν οικονομική δραστηριότητα ανταγωνιστικώς προς άλλους φορείς και να μετέχουν σε διαγωνισμούς για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων δεν αποκλείεται²³, η απευθείας ανάθεση δημοσίας συμβάσεως κατ' εφαρμογήν της «εξαιρέσεως in house» ενδέχεται να παρέχει, όπως και στην περίπτωση των εταιρειών, πλεονέκτημα στους εν λόγω φορείς έναντι των ανταγωνιστών τους,

38. Η προεκτεθείσα συλλογιστική οδηγεί, κατά την άποψή μου, στον αποκλεισμό, τουλάχιστον κατά το παρόν στάδιο εξελίξεως του δικαίου²⁴, της θέσεως ότι μια αναθέτουσα αρχή δύναται να ασκεί ανάλογο προς τον ασκούμενο επί των δικών της υπηρεσιών έλεγχο επί ενώσεως μη κερδοσκοπικού χαρακτήρα η οποία αριθμεί μεταξύ των μελών της, καίτοι κατά μειοψηφία, μη δημοσίου οργανισμού, οι οποίοι έχουν νομική φύση ιδιωτικού δικαίου και εκπροσωπούν ιδιωτικά συμφέροντα, όπως είναι οι ενώσεις μη κερδοσκοπικού χαρακτήρα που επιδιώκουν σκοπούς φιλανθρωπικούς ή κοινωνικής αλληλεγγύης. Επομένως, κατά την άποψή μου, η δυνατότητα αναθέτουσας αρχής να προβεί σε απευθείας ανάθεση δημοσίας συμβάσεως σε τέτοιο φορέα βάσει της «εξαιρέσεως in house» πρέπει να αποκλεισθεί. Αποτελεί σαφώς έργο του αιτούντος δικαστηρίου να προβεί στις αναγκαίες εξακριβώσεις στο πλαίσιο της ενώπιόν του εκκρεμούς διαφοράς.

39. Συναφώς κρίνονται, εντούτοις, αναγκαίες ορισμένες ακόμη επισημάνσεις.

21 — Βλ. προπαρατεθείσα απόφαση Stadt Halle και RPL Lochau (σκέψη 51).

22 — Υπό την επιφύλαξη των αναγκαίων εξακριβώσεων στις οποίες καλείται να προβεί το αιτούν δικαστήριο, τούτη φαίνεται να είναι η περίπτωση των «Misericórdias», μελών της SUCH.

23 — Προπαρατεθείσες αποφάσεις C-119/06, Επιτροπή κατά Ιταλίας (σκέψεις 37 και 41), και CoNISMa (σκέψη 45).

24 — Επιβάλλεται συναφώς η επισημάνση ότι η τελευταία εκδοχή της προτάσεως για οδηγία του Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου περί των δημοσίων συμβάσεων (υπ' αριθ. 11745/13 έγγραφο του Συμβουλίου), η οποία επί του παρόντος τελεί υπό συζήτηση ενώπιον του Συμβουλίου και στην οποία αναφέρθηκε η Επιτροπή κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, προβλέπει ως προϋπόθεση για τις αναθέσεις «in house» την απουσία άμεσης συμμετοχής ιδιώτη στο κεφάλαιο του νομικού προσώπου επί του οποίου η αναθέτουσα αρχή ασκεί τον ανάλογο έλεγχο, εξαιρουμένων, εντούτοις, κατ' επιταγήν εθνικών διατάξεων, των συμμετοχών άνευ εξουσίας ελέγχου και παρεμποδίσσεως της λήψεως αποφάσεων οι οποίες δεν παρέχουν τη δυνατότητα ασκήσεως καθοριστικής επιρροής επί του εν λόγω νομικού προσώπου. Δεν αποκλείεται, σε περίπτωση προκρίσεως της στην τελική εκδοχή της νέας οδηγίας, η εν λόγω διάταξη να οδηγήσει σε ερμηνεία διαφορετική της ισχύουσας κατά το παρόν στάδιο εξελίξεως του δικαίου.

40. Κατ' αρχάς, το γεγονός ότι η, έστω και μειοψηφική, συμμετοχή σε φορέα οργανισμών οι οποίοι εκπροσωπούν ιδιωτικά συμφέροντα, ακόμη και αν οι οργανισμοί αυτοί δεν έχουν κερδοσκοπικό χαρακτήρα, εμποδίζει, κατά το παρόν στάδιο εξελίξεως του δικαίου, την κατάφαση σχέσεως «in house» μεταξύ μίας ή πλειόνων αναθετουσών αρχών και του εν λόγω φορέα επ' ουδενί σημαίνει ότι η φύση και οι σκοποί των οργανισμών αλληλεγγύης, εθελοντισμού ή αγαθοεργίας δεν δύνανται να λαμβάνονται υπόψη ομοίως στο πλαίσιο του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων. Συναφώς, επιβάλλεται η επισήμανση, αφενός, ότι με το άρθρο 2 ΣΕΕ η αλληλεγγύη αναγνωρίζεται ρητώς ως μία εκ των αξιών που χαρακτηρίζουν το ευρωπαϊκό μοντέλο κοινωνίας και ότι, ως εκ τούτου, φορείς που κατατείνουν στην ενύλωση της εν λόγω αξίας συμβάλλουν ενεργώς στη δόμηση μιας ευρωπαϊκής κοινωνίας εναρμονισμένης με το πνεύμα των Συνθηκών²⁵. Αφετέρου και συνακολούθως προς την εν λόγω παρατήρηση, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι εκτιμήσεις συνδεόμενες με κριτήρια κοινωνικού χαρακτήρα ή με την παράμετρο της αλληλεγγύης δεν είναι ξένες προς την κανονιστική ρύθμιση περί δημοσίων συμβάσεων, όπως δύναται να συναχθεί, επί παραδείγματι, από τη διάταξη του άρθρου 26 της οδηγίας 2004/18, κατά την οποία οι όροι εκτελέσεως μιας συμβάσεως δύνανται να αφορούν κοινωνικές παραμέτρους²⁶.

41. Δεύτερον, επιβάλλεται η επισήμανση ότι το γεγονός και μόνον ότι το καταστατικό της αναδόχου μη κερδοσκοπικής ενώσεως ορίζει ότι μέλη αυτής δύνανται να είναι φορείς όχι μόνον του δημοσίου τομέα, αλλά και του κοινωνικού τομέα, δεν αρκεί για τον αποκλεισμό σχέσεως «in house» αν, κατά τον χρόνο αναθέσεως της συμβάσεως, η εν λόγω ένωση απαρτίζεται αποκλειστικώς από δημόσιες αρχές. Συγκεκριμένα, ενδεχόμενη αποδοχή της θέσεως ότι η προβλεπόμενη από το καταστατικό ενώσεως δυνατότητα συμμετοχής σε αυτήν ιδιωτικών φορέων αρκεί για την επ' αόριστον αναστολή της εκτιμήσεως του κατά πόσον αυτή έχει ή όχι εξ ολοκλήρου δημόσιο χαρακτήρα δεν θα ήταν σύμφωνη με την αρχή της ασφάλειας δικαίου. Επομένως, στην περίπτωση κατά την οποία, κατά το χρονικό σημείο αναθέσεως της συμβάσεως στην ένωση, αυτή απαρτίζεται αποκλειστικώς από δημόσιες αρχές, η παροχή σε ιδιώτες της δυνατότητας συμμετοχής στην ένωση μπορεί να ληφθεί υπόψη μόνον αν, κατά το εν λόγω χρονικό σημείο, υφίσταται συγκεκριμένη προοπτική για μια τέτοια συμμετοχή εντός βραχέος χρονικού διαστήματος. Η απλή δυνατότητα ιδιωτών να μετέχουν σε ένωση δεν αρκεί, ως εκ τούτου, για τη συναγωγή συμπεράσματος περί μη συνδρομής του όρου του ανάλογου ελέγχου εκ μέρους της δημόσιας αρχής²⁷.

42. Αντιστρόφως, στην περίπτωση κατά την οποία ανετίθετο, άνευ προκηρύξεως δημοσίου διαγωνισμού, σύμβαση σε ένωση απαρτιζόμενη αποκλειστικώς από δημόσιες αρχές και, κατά τη διάρκεια ισχύος της συμβάσεως αυτής, γίνονταν δεκτοί ως μέλη της ενώσεως ιδιώτες, θα επερχόταν μεταβολή ουσιώδους όρου της συμβάσεως, η οποία θα καθιστούσε αναγκαία την προκήρυξη δημοσίου διαγωνισμού²⁸.

43. Από την προεκτεθείσα συλλογιστική προκύπτει, κατά την άποψή μου, ότι επί του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος του αιτούντος δικαστηρίου πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι η προβλεπόμενη για τις αναθέσεις «in house» εξαίρεση από την εφαρμογή των κανόνων της Ένωσης περί δημοσίων συμβάσεων δεν δύναται να τύχει εφαρμογής στην περίπτωση κατά την οποία ο φορέας στον οποίο η αναθέτουσα αρχή προτίθεται να αναθέσει απευθείας τη σύμβαση, άνευ προκηρύξεως δημοσίου διαγωνισμού, είναι φορέας ιδιωτικού δικαίου ο οποίος αριθμεί μεταξύ των μελών του, έστω και κατά μειοψηφία, φορείς που εκπροσωπούν ιδιωτικά συμφέροντα.

25 — Στο πλαίσιο αυτό επισημαίνεται, επί παραδείγματι, ότι το Δικαστήριο έχει αναγνωρίσει περιθώριο διακριτικής ευχέρειας στα κράτη μέλη ακριβώς ως προς την οργάνωση των συστημάτων τους κοινωνικής πρόνοιας, αναγνωρίζοντας σε αυτά τη δυνατότητα να εξαρτούν την εισδοχή ιδιωτικών φορέων στα εν λόγω συστήματα από την απουσία κερδοσκοπικού χαρακτήρα. Βλ. απόφαση της 17ης Ιουνίου 1997, C-70/95, Sodemare κ.λπ. κατά Regione Lombardia (Συλλογή 1997, σ. I-3395, σκέψη 32).

26 — Συναφώς, βλ. επίσης, την αιτιολογική σκέψη 46 της ίδιας οδηγίας.

27 — Βλ., συναφώς, προπαρατεθείσα απόφαση Sea (σκέψεις 49, 50 και 51).

28 — Βλ., συναφώς, προπαρατεθείσα απόφαση Sea (σκέψη 53).

B — Επί του δευτέρου και του τρίτου προδικαστικού ερωτήματος

44. Με το δεύτερο και το τρίτο προδικαστικό ερώτημά του, τα οποία δύνανται, κατά την άποψή μου, να συνεξετασθούν, το αιτούν δικαστήριο ζητεί να διευκρινισθεί εάν είναι δυνατή η κατάφαση «ανάλογου ελέγχου» επί του αναδόχου φορέα στην περίπτωση κατά την οποία το καταστατικό αυτού περιέχει ορισμένες διατάξεις οι οποίες απονέμουν ειδικές εξουσίες στα καταστατικά όργανα των δημοσίας φύσεως μελών του ή του αρμοδίου μέλους της κυβερνήσεως.

45. Ειδικότερα, με το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα το αιτούν δικαστήριο ζητεί κατ' ουσίαν από το Δικαστήριο να διευκρινίσει εάν υφίσταται «ανάλογος έλεγχος», ασκούμενος μεμονωμένως ή από κοινού, επί αναδόχου φορέα εκ μέρους των δημοσίας φύσεως μελών του στην περίπτωση κατά την οποία, συμφώνως προς το καταστατικό του, ο εν λόγω φορέας οφείλει να μεριμνά ώστε τα δικαιώματα ψήφου στη γενική συνέλευση να διατηρούνται κατά πλειοψηφία από τα μέλη που ανήκουν και υπόκεινται στις εξουσίες διευθύνσεως, εποπτείας και επιτελικής ευθύνης του αρμοδίου για τον τομέα της υγείας μέλους της κυβερνήσεως, καθώς και να μεριμνά ώστε η πλειονότητα των μελών του Διοικητικού του Συμβουλίου να προέρχεται από τον δημόσιο τομέα.

46. Με το τρίτο προδικαστικό ερώτημά του το αιτούν δικαστήριο ζητεί κατ' ουσίαν να διευκρινισθεί αν υφίσταται «ανάλογος έλεγχος» στην περίπτωση κατά την οποία, βάσει του καταστατικού του, ο ανάδοχος φορέας υπόκειται στην επιτελική ευθύνη του υπευθύνου για τον τομέα της υγείας μέλους της κυβερνήσεως το οποίο είναι αρμόδιο για τον διορισμό του προέδρου και του αντιπροέδρου του Διοικητικού Συμβουλίου, καθώς και για την κύρωση ορισμένων ειδικών αποφάσεων της γενικής συνελεύσεως, ήτοι των προβλεπόμενων από το άρθρο 3 του καταστατικού της SUCH²⁹.

47. Από την προταθείσα επί του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος απάντηση συνάγεται ότι η δυνατότητα αναθέτουσας αρχής να ασκεί επί αναδόχου φορέα έλεγχο ανάλογο προς εκείνον που ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών αποκλείεται σε περίπτωση συμμετοχής, έστω και μειοψηφικής, στον εν λόγω ανάδοχο φορέα οργανισμών οι οποίοι εκπροσωπούν ιδιωτικά συμφέροντα. Συνακολούθως προς την εν λόγω διαπίστωση, η οποία αποτελεί απόρροια συσταλτικής ερμηνείας της εξαιρέσεως συμφώνως προς την προμνησθείσα με το σημείο 32 νομολογία, πρέπει, κατά την άποψή μου, να γίνει δεκτό ότι η συμμετοχή στον ανάδοχο φορέα οργανισμών οι οποίοι εκπροσωπούν ιδιωτικά συμφέροντα δεν δύναται να θεραπευθεί μέσω ενδεχόμενων διατάξεων του καταστατικού του εν λόγω φορέα οι οποίες απονέμουν ειδικές εξουσίες ελέγχου ή επιτελικής ευθύνης στα λοιπά δημοσίας φύσεως μέλη του ή στο αρμόδιο μέλος της κυβερνήσεως. Συνεπώς, κατά την άποψή μου, τόσο επί του δευτέρου όσο και επί του τρίτου προδικαστικού ερωτήματος πρέπει να δοθεί αρνητική απάντηση.

48. Επισημαίνεται επίσης, παρεμπιπτόντως, ότι το γεγονός ότι ο ανάδοχος φορέας υπόκειται σε εξουσίες άμεσης³⁰ ή έμμεσης³¹ επιτελικής ευθύνης του αρμοδίου μέλους της κυβερνήσεως δεν σημαίνει κατ' ανάγκην ότι οι αναθέτουσες αρχές ασκούν επί του αναδόχου φορέα, μεμονωμένως ή από κοινού, έλεγχο ανάλογο προς εκείνον που ασκούν επί των δικών τους υπηρεσιών.

49. Είναι βεβαίως αληθές ότι η εξουσία ελέγχου επί των καταστατικών οργάνων λήψεως αποφάσεων του αναδόχου φορέα δύναται, αναλόγως των περιστάσεων εκάστης υποθέσεως, να θεωρηθεί ως ένα εκ των στοιχείων που παρέχουν στις αναθέτουσες αρχές που απολαμβάνουν της εν λόγω εξουσίας τη δυνατότητα να ασκούν επί του αναδόχου φορέα έλεγχο ανάλογο προς εκείνον που ασκούν επί των δικών τους υπηρεσιών³². Εξάλλου, θεωρητικώς δεν αποκλείεται, υπό ειδικές περιστάσεις συγκεκριμένης

29 — Βλ. ανωτέρω, σημείο 9.

30 — Όπως στην περίπτωση της καταστατικής διατάξεως στην οποία αναφέρεται το τρίτο προδικαστικό ερώτημα, ήτοι αυτή του άρθρου 3 του καταστατικού της SUCH.

31 — Όπως στην περίπτωση της καταστατικής διατάξεως στην οποία αναφέρεται το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα, ήτοι αυτή του άρθρου 7, παράγραφος 2, του καταστατικού της SUCH.

32 — Βλ. προπαρατεθείσα απόφαση Sea (σκέψη 89)· συναφώς, βλ. επίσης, προπαρατεθείσα απόφαση Coditel Brabant (σκέψη 34)· βλ. όμως και τη σκέψη 69 της προπαρατεθείσας αποφάσεως Parking Brixen.

περιπτώσεως³³, εξουσίες ελέγχου και επιτελικής ευθύνης απονεμηθείσες σε δημόσιες αρχές που ελέγχουν τις αναθέτουσες αρχές, οι οποίες, με τη σειρά τους, ασκούν τον έλεγχο επί του αναδόχου, να συνεπάγονται περιορισμό της αυτονομίας της βουλήσεως του φορέα κατά τρόπο ώστε να μπορεί να καταφθαί η εκ μέρους των εν λόγω αναθετουσών αρχών άσκηση ανάλογου ελέγχου επί του συγκεκριμένου φορέα.

50. Εντούτοις, παρά τις εν λόγω εκτιμήσεις, η συνδρομή της προϋποθέσεως του ανάλογου ελέγχου πρέπει να εξετάζεται με σημείο αναφοράς ειδικώς τις αναθέτουσες αρχές οι οποίες πρέπει να ασκούν τον εν λόγω έλεγχο επί του φορέα στον οποίο προτίθενται να αναθέσουν απευθείας τη σύμβαση και όχι με σημείο αναφοράς το Δημόσιο, μέσω του αρμοδίου μέλους της κυβερνήσεως.

51. Λαμβανομένων υπόψη των προεκτεθέντων, φρονώ ότι επί του δευτέρου και του τρίτου προδικαστικού ερωτήματος πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι, στην περίπτωση συμμετοχής, έστω και μειοψηφικής, σε φορέα οργανισμών που εκπροσωπούν ιδιωτικά συμφέροντα, διατάξεις του καταστατικού του εν λόγω φορέα οι οποίες απονέμουν ειδικές εξουσίες ελέγχου ή επιτελικής ευθύνης στα λοιπά δημοσίας φύσεως μέλη του ή στο αρμόδιο μέλος της κυβερνήσεως δεν καθιστούν δυνατή την κατάφαση ανάλογου ελέγχου επί του εν λόγω φορέα ικανού να δικαιολογήσει την εφαρμογή της «εξαιρέσεως in house».

Γ — Επί του τετάρτου προδικαστικού ερωτήματος

52. Με το τέταρτο προδικαστικό ερώτημά του το αιτούν δικαστήριο ζητεί κατ' ουσίαν από το Δικαστήριο να διευκρινίσει αν το γεγονός ότι ο ανάδοχος φορέας αποτελεί πολύπλοκο και μεγάλων διαστάσεων οργανισμό, ο οποίος δρα στο σύνολο της επικρατείας, επιτρέπει τον χαρακτηρισμό της σχέσεως μεταξύ του εν λόγω φορέα και των δημοσίας φύσεως μελών του ως σχέσεως «in house» ικανής να δικαιολογήσει την απευθείας ανάθεση της συμβάσεως σε αυτόν.

53. Το τέταρτο προδικαστικό ερώτημα αφορά, όπως και τα προηγούμενα τρία ερωτήματα, την πρώτη «προϋπόθεση Teckal», ήτοι την ύπαρξη «ανάλογου ελέγχου». Με το σημείο 23 των προτάσεων υπενθύμισα το περιεχόμενο της εν λόγω προϋποθέσεως όπως έχει προσδιορισθεί από τη νομολογία, ήτοι ως μια μορφή διαρθρωτικού, λειτουργικού και πραγματικού ελέγχου. Με το σημείο 27 των προτάσεων υπενθύμισα, εξάλλου, ότι, κατά τη νομολογία, έρεισμα της «εξαιρέσεως in house» αποτελεί η έλλειψη αυτονομίας του αναδόχου φορέα.

54. Από τις εν λόγω προκείμενες συνάγεται ότι το σημαντικό μέγεθος και η πολύπλοκη δομή ενός φορέα δεν συνιστούν, αυτά καθ' εαυτά, στοιχεία ικανά να θεμελιώσουν με βεβαιότητα το συμπέρασμα ότι η αναθέτουσα αρχή ασκεί πράγματι διαρθρωτικό και λειτουργικό έλεγχο επί του φορέα και, συνεπώς, τον χαρακτηρισμό της μεταξύ τους σχέσεως ως «ανάλογου ελέγχου» κατά την έννοια της νομολογίας.

55. Τούτο δεν σημαίνει, ωστόσο, ότι τα εν λόγω στοιχεία στερούνται πλήρως σημασίας κατά την εξέταση της υπάρξεως ή μη ανάλογου ελέγχου. Συγκεκριμένα, το σημαντικό μέγεθος και η πολύπλοκη δομή ενός φορέα δύνανται, κατά την άποψή μου, να συνιστούν ενδείξεις οι οποίες, στο πλαίσιο σφαιρικής εκτιμήσεως του συνόλου των περιστάσεων συγκεκριμένης περιπτώσεως, μπορούν να συνηγορήσουν υπέρ του συμπεράσματος ότι ο εν λόγω φορέας απολαύει περιθωρίου αυτονομίας ικανού να αποκλείει την επ' αυτού άσκηση ανάλογου ελέγχου. Φρονώ, ως εκ τούτου, ότι αυτή είναι και η απάντηση που θα πρέπει να δοθεί επί του τετάρτου ερωτήματος.

33 — Στο πλαίσιο της οποίας δεν θα πρέπει πάντως να υφίσταται συμμετοχή ιδιωτικών συμφερόντων στον ανάδοχο φορέα.

Δ — Επί του πέμπτου προδικαστικού ερωτήματος

56. Με το πέμπτο προδικαστικό ερώτημά του το αιτούν δικαστήριο ζητεί κατ' ουσίαν από το Δικαστήριο να διευκρινίσει εάν η «εξαίρεση «in house» μπορεί να τύχει εφαρμογής στην περίπτωση κατά την οποία ανάδοχος φορέας δύναται, βάσει του καταστατικού του, να παρέχει υπηρεσίες υπό καθεστώς ανταγωνισμού σε δημοσίους φορείς που δεν είναι μέλη του ή σε ιδιωτικούς φορείς υπό τον όρον ότι η παροχή των εν λόγω υπηρεσιών, πρώτον, δεν προξενεί ζημία στα μέλη του και είναι ευνοϊκή γι' αυτά και για τον ίδιο και, δεύτερον, δεν αντιπροσωπεύει όγκο μεγαλύτερο του 20 % του συνολικού ετησίου κύκλου εργασιών του κατά την προηγούμενη οικονομική χρήση.

57. Εν αντιθέσει προς τα πρώτα τέσσερα προδικαστικά ερωτήματα τα οποία αφορούσαν στο σύνολό τους την πρώτη προϋπόθεση Teskal, ήτοι την άσκηση «ανάλογου ελέγχου», το πέμπτο προδικαστικό ερώτημα αφορά τον δεύτερο όρο που πρέπει να συντρέχει προκειμένου να μπορεί να τύχει εφαρμογής η «εξαίρεση in house», ήτοι τον όρο ότι ο ανάδοχος φορέας πρέπει να πραγματοποιεί το σημαντικότερο μέρος της δραστηριότητάς του με την αναθέτουσα αρχή ή τις αναθέτουσες αρχές που τον ελέγχουν.

58. Επιβάλλεται συναφώς η υπόμνηση ότι το Δικαστήριο έχει διευκρινίσει ότι η δεύτερη αυτή προϋπόθεση σκοπεί, ειδικότερα, στην εξασφάλιση της δυνατότητας εφαρμογής της κανονιστικής ρυθμίσεως περί δημοσίων συμβάσεων στην περίπτωση κατά την οποία φορέας ελεγχόμενος από έναν ή πλείονες οργανισμούς δραστηριοποιείται στην αγορά και δύναται, επομένως, να λειτουργεί ανταγωνιστικώς προς άλλες επιχειρήσεις. Συγκεκριμένα, το Δικαστήριο έχει επισημάνει ότι μια επιχείρηση δεν στερείται κατ' ανάγκην της ελευθερίας δράσεως εκ μόνου του λόγου ότι οι αποφάσεις που την αφορούν λαμβάνονται από τον δημόσιο φορέα στον οποίο ανήκει, αν η επιχείρηση αυτή εξακολουθεί να ασκεί σημαντικό μέρος της οικονομικής δραστηριότητάς της με άλλους επιχειρηματίες³⁴.

59. Το Δικαστήριο έχει διευκρινίσει επίσης ότι ο οικείος φορέας αναπτύσσει το σημαντικότερο μέρος της δραστηριότητάς του με τη διοικητική αρχή ή τις διοικητικές αρχές στους οποίους ανήκει μόνον αν η δραστηριότητά του προορίζεται *ουσιωδώς και κυρίως* υπέρ της οικείας διοικητικής αρχής (ή των οικείων διοικητικών αρχών) κατ' αποκλειστικότητα και, επομένως, μόνον εάν οιαδήποτε άλλη δραστηριότητά του έχει χαρακτήρα αποκλειστικώς *επουσιώδη*³⁵. Στην περίπτωση κατά την οποία ο ανάλογος έλεγχος ασκείται επί φορέα από πλείονες αναθέτουσες αρχές, η δραστηριότητα που πρέπει να ληφθεί υπόψη είναι εκείνη την οποία ο εν λόγω φορέας ασκεί με το σύνολο των αναθετουσών αρχών³⁶.

60. Επιπροσθέτως, με την απόφαση Asociación Nacional de Empresas Forestales³⁷, το Δικαστήριο έκρινε ότι, υπό την επιφύλαξη των αναγκαίων πραγματικών διαπιστώσεων στις οποίες εκαλείτο να προβεί το αιτούν δικαστήριο, η εν λόγω προϋπόθεση πληρούτο στην περίπτωση αναδόχου φορέα ο οποίος πραγματοποιούσε με τους κατέχοντες το κεφάλαιό του δημοσίους φορείς και οργανισμούς κατά μέσον όρο περί το 90 % της δραστηριότητάς του³⁸.

61. Δεδομένου τούτου, όσον αφορά κατ' αρχάς τον καταστατικό όρο βάσει του οποίου ο εν προκειμένω ανάδοχος φορέας δύναται να παρέχει υπηρεσίες υπό καθεστώς ανταγωνισμού σε τρίτους μόνον εφόσον τούτο δεν προξενεί ζημία στα μέλη του και είναι ευνοϊκό γι' αυτά, φρονώ ότι πρόκειται για όρο που, στον βαθμό κατά τον οποίο περιορίζει την εκ μέρους του εν λόγω φορέα άσκηση δραστηριότητας υπό συνθήκες ελεύθερου ανταγωνισμού, δεν δύναται να συνιστά εμπόδιο για την κατάφαση της δεύτερης προϋποθέσεως Teskal.

34 — Βλ. προπαρατεθείσα απόφαση Carbotermo και Consorzio Alisei (σκέψεις 60 και 61).

35 — Όπ.π. (σκέψεις 62 και 63· η υπογράμμιση δική μου).

36 — Όπ.π. (σκέψεις 70 και 71).

37 — Προπαρατεθείσα απόφαση C-295/05.

38 — Όπ.π. (σκέψη 63).

62. Πλέον καίριο κρίνεται, αντιθέτως, το ερώτημα εάν η εν λόγω προϋπόθεση πληρούται στην περίπτωση κατά την οποία ο ανάδοχος φορέας πραγματοποιεί το 20 % του συνολικού ετησίου κύκλου εργασιών του υπέρ δημοσίων φορέων που δεν είναι μέλη του και υπέρ ιδιωτικών φορέων, ήτοι υπέρ τρίτων. Συναφώς, φρονώ ότι, κατ' επιταγήν της προμνησθείσας στο σημείο 32 των προτάσεων νομολογίας, επιβάλλεται η υιοθέτηση συσταλτικής προσεγγίσεως κατά την ερμηνεία της οικείας εξαιρέσεως. Υπό το πρίσμα αυτό, στην περίπτωση κατά την οποία ο ανάδοχος φορέας πραγματοποιεί υπό συνθήκες ελεύθερου ανταγωνισμού και όχι με τις κατέχουσες το κεφάλαιό του διοικητικές αρχές το 20 % της δραστηριότητάς του, εκτιμώ ότι δεν δύναται να γίνει δεκτό ότι ο φορέας αυτός αναπτύσσει τη δραστηριότητά του, όπως απαιτεί η προμνησθείσα στο σημείο 59 νομολογία, *ουσιωδώς* και *κυρίως* κατ' αποκλειστικότητα υπέρ των διοικητικών αρχών που τον ελέγχουν και ότι, επομένως, οιαδήποτε άλλη δραστηριότητα έχει χαρακτήρα αμιγώς *επουσιώδη*. Συγκεκριμένα, μια δραστηριότητα η οποία αντιπροσωπεύει το ένα πέμπτο της συνολικής δραστηριότητας ενός φορέα δεν δύναται, κατά την άποψή μου, να χαρακτηριστεί, ήδη από ποσοτικής και μόνον απόψεως, *επουσιώδης*.

63. Φρονώ, ως εκ τούτου, ότι, κατά το παρόν στάδιο εξελίξεως του δικαίου³⁹, η απάντηση που πρέπει να δοθεί στο πέμπτο προδικαστικό ερώτημα είναι ότι η «εξαίρεση *in house*» δεν δύναται να τύχει εφαρμογής στην περίπτωση κατά την οποία ανάδοχος φορέας δύναται, βάσει του καταστατικού του, να παρέχει υπηρεσίες υπό καθεστώς ανταγωνισμού υπέρ δημοσίων φορέων που δεν είναι μέλη του και υπέρ ιδιωτών μέχρι ποσοστού 20 % του συνολικού ετησίου κύκλου εργασιών που ο ίδιος έχει πραγματοποιήσει κατά την προηγούμενη οικονομική χρήση.

Ε — Επί του έκτου προδικαστικού ερωτήματος

64. Σύμφωνα με το αίτημα του αιτούντος δικαστηρίου, το έκτο προδικαστικό ερώτημα χρήζει απαντήσεως μόνο στην περίπτωση κατά την οποία ουδεμία εκ των απαντήσεων επί των προηγούμενων ερωτημάτων, μεμονωμένως θεωρούμενη, αρκεί για να κριθεί εάν πληρούνται ή όχι οι προϋποθέσεις εφαρμογής της «εξαιρέσεως *in house*». Το αιτούν δικαστήριο ερωτά συνακολούθως εάν η συνδυασμένη αξιολόγηση των εν λόγω απαντήσεων δύναται να οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι η «εξαίρεση *in house*» τυγχάνει εφαρμογής σε περίπτωση όπως αυτή της ενώπιόν του εκκρεμούς διαφοράς.

65. Λαμβανομένων υπόψη των απαντήσεων που δόθηκαν επί των πέντε πρώτων προδικαστικών ερωτημάτων, φρονώ ότι, στην περίπτωση κατά την οποία το Δικαστήριο ακολουθήσει την προσέγγιση που του προτείνεται, η απάντηση επί του έκτου ερωτήματος παρέλκει. Συγκεκριμένα, από τις εν λόγω απαντήσεις και, ειδικότερα, από τις απαντήσεις επί του πρώτου και του πέμπτου προδικαστικού ερωτήματος προκύπτει ότι, επί περιπτώσεως όπως αυτή της εκκρεμούς ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου διαφοράς, η εν λόγω εξαίρεση δεν δύναται, κατά το παρόν στάδιο εξελίξεως του δικαίου⁴⁰, να τύχει εφαρμογής, τούτο δε ανεξαρτήτως ενδεχόμενης συνδυασμένης αξιολογήσεως των εν λόγω απαντήσεων. Προτείνω, ως εκ τούτου, στο Δικαστήριο να μην απαντήσει επί του έκτου προδικαστικού ερωτήματος.

39 — Επιβάλλεται, συγκεκριμένα, η επισήμανση ότι στην προμνησθείσα στην υποσημείωση 24 τελευταία εκδοχή της προτάσεως για οδηγία του Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου περί των δημοσίων συμβάσεων προβλέπεται ρητώς ότι η «εξαίρεση *in house*» δύναται να τύχει εφαρμογής υπό τον όρον ότι το ποσοστό της δραστηριότητας που ο ανάδοχος φορέας πραγματοποιεί υπέρ της αναθέτουσας αρχής ή των αναθετουσών αρχών που τον ελέγχουν υπερβαίνει το 80 % (βλ. άρθρο 11, παράγραφος 1, στοιχείο β'). Είναι σαφές ότι ενδεχόμενη αποτύπωση του εν λόγω κατώτατου ορίου στο τελικό κείμενο της οδηγίας θα εξέφραζε μια νομοθετική επιλογή η οποία θα μετέβαλλε την κατάσταση του δικαίου στο μέλλον. Μολοντούτο, το στοιχείο αυτό δεν ασκεί, κατά την άποψή μου, επιρροή στην ερμηνεία του επί του παρόντος ισχύοντος δικαίου.

40 — Βλ. ανωτέρω, υποσημειώσεις 24 και 38.

V – Πρόταση

66. Λαμβανομένων υπόψη των προεκτεθέντων, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει επί των υποβληθέντων από το Supremo Tribunal Administrativo προδικαστικών ερωτημάτων ως ακολούθως:

Η προβλεπόμενη για τις αναθέσεις «in house» εξαίρεση από την εφαρμογή των κανόνων της Ένωσης περί δημοσίων συμβάσεων δεν δύναται να τύχει εφαρμογής στην περίπτωση κατά την οποία ο φορέας στον οποίο η αναθέτουσα αρχή προτίθεται να αναθέσει απευθείας τη σύμβαση, άνευ προκηρύξεως δημοσίου διαγωνισμού, είναι φορέας ιδιωτικού δικαίου ο οποίος αριθμεί μεταξύ των μελών του, έστω και κατά μειοψηφία, φορείς που εκπροσωπούν ιδιωτικά συμφέροντα. Σε μια τέτοια περίπτωση, η ύπαρξη στο καταστατικό του αναδόχου φορέα διατάξεων οι οποίες απονέμουν ειδικές εξουσίες ελέγχου ή επιτελικής ευθύνης στα λοιπά δημοσίας φύσεως μέλη του ή στο αρμόδιο μέλος της κυβερνήσεως δεν καθιστούν δυνατή την κατάφαση ανάλογου ελέγχου επί του εν λόγω φορέα ικανού να δικαιολογήσει την εφαρμογή της «εξαιρέσεως in house».

Το σημαντικό μέγεθος και η πολύπλοκη δομή ενός φορέα δύνανται να συνιστούν ενδείξεις οι οποίες, στο πλαίσιο σφαιρικής εκτιμήσεως του συνόλου των περιστάσεων συγκεκριμένης περιπτώσεως, μπορούν να συνηγορήσουν υπέρ του συμπεράσματος ότι ο εν λόγω φορέας απολαύει περιθωρίου αυτονομίας ικανού να αποκλείει την επ' αυτού άσκηση ανάλογου ελέγχου.

Η «εξαίρεση in house» δεν δύναται να τύχει εφαρμογής στην περίπτωση κατά την οποία ανάδοχος φορέας δύναται, βάσει του καταστατικού του, να παρέχει υπηρεσίες, υπό καθεστώς ανταγωνισμού, υπέρ δημοσίων φορέων που δεν είναι μέλη του και υπέρ ιδιωτών μέχρι ποσοστού 20 % του συνολικού ετησίου κύκλου εργασιών που ο ίδιος έχει πραγματοποιήσει κατά την προηγούμενη οικονομική χρήση.