

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
MARCO DARMON
της 4ης Μαΐου 1988 *

*Κύριε πρόεδρε,
Κύριοι δικαστές,*

1. Τα ερωτήματα που υποβλήθηκαν στο Δικαστήριο με απόφαση της 28ης Ιανουαρίου 1987, από το Arrondissementsrechtbank της Χάγης αφορούν την ερμηνεία ορισμένων διατάξεων της οδηγίας 71/305/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 26ης Ιουλίου 1971, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων¹ (στο εξής: « η οδηγία »).

2. Τα ερωτήματα αυτά ανέκυψαν στο πλαίσιο διαφοράς στην οποία η εταιρία Beentjes (στο εξής: « Beentjes ») ζητεί από το ολλανδικό δημόσιο αποκατάσταση της ζημίας που υπέστη λόγω του ότι, ενώ μειοδότησε σε ένα διαγωνισμό αναθέσεως δημοσίων έργων που διοργάνωσε η τοπική επιτροπή αναδασμού Waterland (στο εξής: « τοπική επιτροπή ») δεν έλαβε εντούτοις το έργο, το οποίο ανετέθη στον επιχειρηματία με την αμέσως ανώτερη προσφορά, η δε τοπική επιτροπή αιτιολόγησε την απόρριψη της προσφοράς της αναφέροντας ότι η Beentjes διαθέτει λιγότερα πρόσοντα. Επειδή το αίτημα της Beentjes στηρίζεται άμεσα στη μη τήρηση, από πλευράς της τοπικής επιτροπής, διατάξεων της οδηγίας, ο εθνικός δικαστής έκρινε ότι το Δικαστήριο πρέπει να διευκρινίσει ορισμένες προϋποθέσεις εφαρμογής της οδηγίας.

3. Το πρώτο υποβληθέν ερώτημα αφορά το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας. Με αυτό ερωτάται εάν η οδηγία διέπει τη σύναψη

συμβάσεων δημοσίων έργων από οργανισμούς σαν την ολλανδική τοπική επιτροπή αναδασμού.

4. Σύμφωνα με την αιτιολογία της οδηγίας, ο συντονισμός των εθνικών διαδικασιών ως προς τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων αποτελεί, μαζί με την κατάργηση των περιορισμών, ένα από τα αναγκαία μέτρα για την « ταυτόχρονη πραγματοποίηση της ελευθερίας εγκαταστάσεως και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών όσον αφορά τις συμβάσεις δημοσίων έργων εντός των κρατών μελών για λογαριασμό του δημοσίου, περιφερειακών ή τοπικών αρχών ή άλλων νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου »². Όσον αφορά τους ουσιαστικούς κανόνες, η οδηγία ορίζει, στο άρθρο 1, στοιχείο β), ότι ως « αναθέτουσες αρχές », που διέπονται από τις διατάξεις της θεωρούνται « το δημόσιο, οι περιφερειακές ή τοπικές αρχές και τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου τα απαριθμούμενα στο παράρτημα Ι », παράρτημα που αναφέρει, για όλα τα κράτη μέλη, τις ενώσεις περιφερειακών ή τοπικών αρχών, και ειδικά για τις Κάτω Χώρες, διάφορες κατηγορίες οργανισμών, ιδίως πανεπιστημιακών.

5. Η τοπική επιτροπή αναδασμού, σύμφωνα με τα στοιχεία που παρέσχε το παραλέμπον δικαστήριο, αποτελεί όργανο « στερούμενο ιδίας νομικής προσωπικότητας » και επιφορτισμένο με την πραγματοποίηση του αναδασμού. Τα μέλη της ορίζονται από τις αιρετές αρχές της οικείας επαρχίας, υποχρεούται δε να τηρεί τις οδηγίες που της δίνει μία κεντρική επιτροπή, η οποία συγκροτείται βάσει βασιλικού διατάγματος και της οποίας τα μέλη ορίζονται από το Στέμμα.

* Μετάφραση από τα γαλλικά
1 — ΕΕ ειδ. έκδ. 17/001, σ. 7.

2 — Πρώτη αιτιολογική σκέψη.

6. Η έλλειψη νομικής προσωπικότητας της τοπικής επιτροπής, που επισημαίνεται ειδικά από το παραλέπτον δικαστήριο, μας οδηγεί στο να μη δώσουμε στην έκφραση « νομικό πρόσωπο », που το δικαστήριο αυτό χρησιμοποιεί στο πρώτο του ερώτημα, άλλη έννοια από αυτή του « οργανισμού » ή του « οργάνου ».

7. Η επιχειρηματολογία που υποστηρίχθηκε στην κύρια δίκη από την κυβέρνηση των Κάτω Χωρών, σύμφωνα με την οποία η οδηγία δεν εφαρμόζεται στη σύνταξη, από οργανισμούς σαν την τοπική επιτροπή, συμβάσεων δημοσίων έργων, στηρίζεται στην απλή αντιπαράθεση των χαρακτηριστικών της επιτροπής αυτής προς τις προαναφερθείσες διατάξεις της κοινοτικής πράξεως. Επειδή η τοπική επιτροπή δεν αποτελεί ούτε υπηρεσία της δημοσίας διοικήσεως, ούτε διοικητική υπηρεσία περιφερειακής ή τοπικής αρχής, ούτε ένα από τα « απαριθμούμενα στο παράρτημα Ι » της οδηγίας « νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου », η οδηγία αυτή δεν πρέπει να εφαρμόζεται στις συμβάσεις δημοσίων έργων που συνάπτει ο εν λόγω οργανισμός.

8. Δεν μπορεί να αποσιωπηθεί ένα παράδοξο που παρουσιάζει η κατάσταση της τοπικής επιτροπής αναδασμού, το οποίο οφείλεται στο ότι, σύμφωνα με όσα ρητά αναφέρονται στην απόφαση περί παραπομπής, το άρθρο 35 των οδηγιών που εξέδωσε η κεντρική επιτροπή υποχρεώνει την τοπική επιτροπή να εφαρμόζει την κοινοτική οδηγία κατά τη σύνταξη συμβάσεων δημοσίων έργων. Εύλογο είναι επομένως το ερώτημα, εάν η δυνατότητα εφαρμογής της οδηγίας, που αποτελεί το αντικείμενο του πρώτου ερωτήματος, αμφισβητείται πράγματι σοβαρά, εφόσον η ολλανδική δημόσια εξουσία — και ως προς αυτό παραπέμπω στη ρητή διατύπωση του σημείου 5.4 της αποφάσεως περί παραπομπής — κατέληξε στην ανάγκη εφαρμογής των διατάξεων της οδηγίας από την τοπική επιτροπή.

9. Εντούτοις η νομική ακρίβεια απαιτεί να δώσει το Δικαστήριο μία βασική απάντηση,

ενόψει του ερωτήματος του εθνικού δικαστή. Η απλή διαπίστωση της πραγματικής εφαρμογής ενός κανόνα μπορεί να εξηγηθεί με την άσκηση μιας ευχέρειας και δεν είναι, επομένως, αρκετή για ν' αποδείξει την ύπαρξη νομικής υποχρεώσεως.

10. Στην πραγματικότητα το Δικαστήριο αντιμετωπίζει σήμερα ένα σύνθετο φαινόμενο της διοικητικής ζωής στις ανεπτυγμένες κοινωνίες: την ανάπτυξη « της καταταμίσεως της διοικήσεως ». Όλο και συχνότερα οι νομοθεσίες των κρατών επέλεγον την ανάθεση των φύσει δημοσίων λειτουργιών σε οργανισμούς που δεν εντάσσονται στην κλασική διοικητική οργάνωση, χωρίς εντούτοις να διαθέτουν ίδια νομική προσωπικότητα. Η κατάταμιση αυτή ανταποκρίνεται είτε στην προσπάθεια να συνδεθούν στενά με τις εν λόγω λειτουργίες πρόσωπα ευρισκόμενα εκτός της διοικήσεως, πράγμα που εκφράζεται στη σύνθεση των οργανισμών, είτε στην προσπάθεια να καταδειχθεί στους διοικουμένους η ανεξαρτησία των οργανισμών αυτών, πράγμα που εκδηλώνεται με την αδυναμία των κλασικών διοικητικών αρχών να τους δώσουν οδηγίες, είτε σ' ένα συνδυασμό αυτών των δύο προσπαθειών. Έτσι, για παράδειγμα, πριν από μερικά έτη, εμφανίστηκαν σε ορισμένα κράτη « ανεξάρτητες διοικητικές αρχές », στις οποίες έχουν ανατεθεί σημαντικές εξουσίες, ιδίως κανονιστικής φύσεως. Χωρίς όμως να φθάνει σ' αυτές τις νέες μορφές, η συνήθης διοικητική ζωή μας θέτει, εδώ και πολύ καιρό, ενώπιον οργανισμών όπως οι επιτροπές διαγωνισμών, των οποίων η δραστηριότητα είναι ουσιαστικά διοικητική, ασκείται όμως χωριστά και ανεξάρτητα από τις κλασικές δομές της διοικήσεως, η οποία, ελλείψει ιεραρχικής εξουσίας, βρίσκεται κατά κάποιον τρόπο απομονωμένη από λειτουργική άποψη.

11. Στο μέτρο που η ολλανδική τοπική επιτροπή αναδασμού εμφανίζεται ως έκφραση

αυτού του φαινομένου της κατατμήσεως της διοικήσεως, το ερώτημα που κατά ουσία τίθεται στο Δικαστήριο συνίσταται στο εάν είναι δυνατόν να μην υπόκεινται στους κοινούς κανόνες, που δεσμεύουν το δημόσιο ή τις περιφερειακές ή τοπικές αρχές, οργανισμοί ευρισκόμενοι εκτός των κλασικών δομών της διοικήσεώς τους, οι οποίοι όμως, χωρίς να διαθέτουν ίδια νομική προσωπικότητα, εκτελούν λειτουργίες που κανονικά ανήκουν στο δημόσιο ή στις αρχές αυτές.

12. Σημασία έχει εν προκειμένω να μη γίνεται σύγχυση μεταξύ λειτουργικής ανεξαρτησίας και αυτοτέλειας. Απαλλαγμένοι από την ιεραρχική εξάρτηση της « κλασικής », κεντρικής ή τοπικής διοικήσεως, οι εν λόγω οργανισμοί δεν εξυπηρετούν συμφέροντα διαφορετικά από αυτά του δημοσίου ή των περιφερειακών ή τοπικών αρχών. Επιδιώκουν σκοπούς που ανήκουν στη συνήθη αρμοδιότητα του δημοσίου ή των αρχών αυτών. Οι επιτροπές διαγωνισμών εκφέρουν κρίση όσον αφορά τη χορήγηση διπλωμάτων επ' ονόματι του κράτους ή, σύμφωνα με τη σχετική νομοθεσία, των περιφερειακών ή τοπικών αρχών, και όχι εν ονόματι ανύπαρκτων διαφορετικών συμφερόντων. Το ότι λαμβάνονται υπόψη τα συμφέροντα των διοικουμένων, είτε μέσω της συνθέσεως των οργανισμών, είτε μέσω της λειτουργικής τους ανεξαρτησίας, δεν μεταβάλλει το σκοπό τους ο οποίος, ελλείψει ίδιας νομικής προσωπικότητας, δεν είναι παρά η αντιπροσώπευση, κατά πρωτότυπο τρόπο, του δημοσίου ή των περιφερειακών ή τοπικών αρχών. Έτσι, αν δεν υπάρχουν ιδιαίτερες διατάξεις, οι κοινοτικοί κανόνες που εφαρμόζονται ως προς το δημόσιο ή τις περιφερειακές ή τοπικές αρχές πρέπει αυτοδικαίως να διέπουν τις δραστηριότητες οργανισμών όπως αυτών για τους οποίους πρόκειται εδώ.

13. Εντούτοις, είναι απαραίτητο, όσον αφορά την εφαρμογή των εν λόγω κοινοτικών κανόνων, να καθοριστούν τα κριτήρια αυτής της αδυναμίας διασπάσεως μεταξύ ορισμένων οργανισμών, αφενός, και του δημοσίου ή των περιφερειακών ή τοπικών αρχών, αφετέρου.

14. Προτείνω στο Δικαστήριο να θεωρήσει ότι, εφόσον ένας οργανισμός, στερούμενος ίδιας νομικής προσωπικότητας, με μέλη που ορίζονται από τις αρχές του κράτους ή από περιφερειακές ή τοπικές αρχές, είναι επιφορτισμένος με καθήκοντα που εντάσσονται στις συνήθεις αρμοδιότητες των αρχών αυτών ή του δημοσίου, και εξοπλισμένος από τις αρχές αυτές με τα μέσα που επιτρέπουν την εκπλήρωσή τους, η σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων που συνδέονται με την άσκηση της λειτουργίας αυτής διέπεται από τις διατάξεις της οδηγίας.

15. Το πνεύμα της μεθόδου που προτείνω στο Δικαστήριο, και το οποίο συνίσταται στο να μη ληφθούν αυστηρά κατά γράμμα όροι όπως « δημόσιο » ή « περιφερειακές ή τοπικές αρχές », δεν είναι νέο γι' αυτό.

16. Έτσι, στο πλαίσιο της διαδικασίας της προσφυγής λόγω παραβάσεως, το Δικαστήριο στην απόφασή του, Επιτροπή κατά Ιρλανδίας³ της 24ης Νοεμβρίου 1982, έκρινε ότι, εφόσον μια κυβέρνηση « διορίζει τα μέλη της διεθνούς επιτροπής » οργανισμού, « του χορηγεί κρατικές επιχορηγήσεις, που καλύπτουν το κύριο μέρος των δαπανών του και καθορίζει τέλος τους σκοπούς και το πλαίσιο της εκστρατείας υπέρ της πωλήσεως και αγοράς προϊόντων » εθνικών, η κυβέρνηση αυτή δεν μπορεί να « επικαλεσθεί το γεγονός ότι την εκστρατεία επραγματοποίησε μία ιδιωτική εταιρία για να απεκδυθεί της ευθύνης που ενδεχομένως υπέχει δυνάμει των διατάξεων της Συνθήκης »⁴.

17. Εξάλλου το Δικαστήριο έκρινε επί προδικαστικού ερωτήματος, στην απόφασή του Broekmeulen της 6ης Οκτωβρίου 1981⁵, ότι η « επιτροπή προσφυγών επί υποθέσεων γενικής ιατρικής », που υφίσταται στο πλαίσιο της Βασιλικής Ολλανδικής Ενώσεως για την προα-

3 — Υπόθεση 249/81, Συλλογή 1982, σ. 4005.

4 — Υπόθεση 249/81, προαναφερθείσα, σκέψη 15.

5 — Υπόθεση 246/80, Συλλογή 1981, σ. 2311.

γωγή της ιατρικής, ενώσεως ιδιωτικού δικαίου, έπρεπε να θεωρηθεί, λόγω της ελλείψεως « αποτελεσματικού ενδίκου μέσου ενόπιον των τακτικών δικαστηρίων, επί θεμάτων που αφορούν την εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου », ως εθνικό δικαστήριο κατά την έννοια του άρθρου 177 της Συνθήκης, ενόψει του ότι ασκεί τα καθήκοντά της με την έγκριση των δημοσίων αρχών, λειτουργεί με τη συνδρομή τους και οι αποφάσεις της, που εκδίδονται κατόπιν κατ' αντιδικία διαδικασίας, αναγνωρίζονται πράγματι ως οριστικές.

18. Έτσι, είναι νομίζω, σύμφωνο προς το ρεαλιστικό χαρακτήρα της νομολογίας του Δικαστηρίου να θεωρηθεί ότι οι κοινοτικές διατάξεις που διέπουν τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων από το δημόσιο και τις περιφερειακές ή τοπικές αρχές εφαρμόζονται στη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων από οργανισμό, του οποίου το καθεστώς, ενώ καθιερώνει τη λειτουργική του ανεξαρτησία, υποδηλώνει ότι δρα για λογαριασμό του δημοσίου ή περιφερειακής ή τοπικής αρχής.

19. Στην προκειμένη περίπτωση, η εν λόγω επιτροπή είναι από το νόμο, επιφορτισμένη σε τοπικό επίπεδο με την πραγματοποίηση του αναδόμου. Δεδομένου ότι οι συναφείς δραστηριότητες της πρέπει να είναι σύμφωνες προς τις οδηγίες της κεντρικής επιτροπής, της οποίας τα μέλη ορίζονται από το Στέμμα και ότι, σύμφωνα με τον ολλανδικό νόμο περί προσφυγών κατά των διοικητικών αποφάσεων, θεωρείται ως διοικητικό όργανο της κεντρικής αρχής, είναι σαφές ότι η τοπική επιτροπή, που δεν διαθέτει ίδια νομική προσωπικότητα, είναι επιφορτισμένη, για λογαριασμό του δημοσίου, με διοικητικά καθήκοντα. Εξάλλου, τα μέλη της ορίζονται από το Επαρχιακό Συμβούλιο, δημόσια αρχή, και τα έξοδα στα οποία προβαίνει καλύπτονται από το δημόσιο.

20. Αν το Δικαστήριο δεχθεί την ανάλυση που προέτεινα, θα καταλήξει στο συμπέρασμα ότι οι συμβάσεις δημοσίων έργων, που συνάπτουν οργανισμοί, όπως η τοπική επιτροπή αναδόμου, γίνονται στις Κάτω Χώρες για λογαριασμό του δημοσίου και, επομένως, διέπονται από τις διατάξεις της οδηγίας.

21. Το δεύτερο ερώτημα αφορά κατ' ουσία τις διατάξεις της οδηγίας ως προς τις οποίες τίθεται το ζήτημα αν επιτρέπουν τον αποκλεισμό ενός προσφέροντος λόγω ορισμένων ποιοτικών κριτηρίων που δεν εξειδικεύονται ρητά στην προκήρυξη.

22. Η οδηγία καθιερώνει, με το άρθρο 20, την αρχή της διακρίσεως μεταξύ των κριτηρίων ελέγχου της καταλληλότητας των εργοληπτών και των κριτηρίων αναθέσεως του έργου:

« Η ανάθεση του έργου γίνεται βάσει των κριτηρίων που καθορίζονται στο κεφάλαιο 2... αφού ελεγχθεί η καταλληλότητα των εργοληπτών ... από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με τα κριτήρια οικονομικής, χρηματοδοτικής και τεχνικής ικανότητας που αναφέρονται στα άρθρα 25 μέχρι 28. »

23. Η οδηγία ρυθμίζει τα της εκτιμήσεως των ικανοτήτων των εργοληπτών από δύο απόψεις: αφενός, της χρηματοδοτικής και οικονομικής ικανότητας (άρθρο 25), αφετέρου, των τεχνικών ικανοτήτων (άρθρο 26).

24. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα, για την οποία δεν τέθηκε ζήτημα στην κύρια δίκη, στην οποία όμως αναφέρεται η εθνική διάταξη που μνημονεύει το ολλανδικό δημόσιο και την οποία αφορά το

ερώτημα, ως σημειωθεί ότι, σύμφωνα με το άρθρο 25 της οδηγίας, η ικανότητα αυτή μπορεί «κατά γενικό κανόνα» να αποδειχθεί με ένα ή περισσότερα από τα τρία δικαιολογητικά που αναφέρονται σε τρία σημεία στα στοιχεία α) έως γ) του άρθρου, και ότι οι αναθέτουσες αρχές ορίζουν στην προκήρυξη το ή τα δικαιολογητικά που επέλεξαν «καθώς και ποια άλλα δικαιολογητικά, εκτός των αναφερομένων υπό α), β) και γ), πρέπει να προσκομισθούν».

25. Όσον αφορά τις τεχνικές ικανότητες, το άρθρο 26 ορίζει ότι η απόδειξή τους «δύναται να συναχθεί» από τα δικαιολογητικά που αναφέρονται σε πέντε σημεία στα στοιχεία α) έως ε) του άρθρου, και οι αναθέτουσες αρχές ορίζουν στην προκήρυξη ποια από τα δικαιολογητικά αυτά πρέπει να προσκομισθούν.

26. Αυτή η σύντομη υπενθύμιση των διατάξεων της οδηγίας που αφορούν τον έλεγχο της καταλληλότητας των εργοληπτών συνεπάγεται τη διατύπωση τριών παρατηρήσεων.

27. Καταρχάς, φαίνεται ότι, αντίθετα από τους ισχυρισμούς του ολλανδικού δημοσίου, που αναφέρονται στο σημείο 6.2 της αποφάσεως περί παραπομπής, το αντικείμενο των άρθρων 25 και 26 της οδηγίας δεν είναι μόνο να ρυθμίσει τα δικαιολογητικά που μπορεί ν' απαιτηθούν, όταν χρησιμοποιούνται κριτήρια ποιοτικής επιλογής. Τα άρθρα αυτά αποσκοπούν επίσης στον καθορισμό των κριτηρίων αυτών, όπως υποδηλώνει το προαναφερθέν άρθρο 20. Στο μέτρο που στο κείμενο των άρθρων 25 και 26 εκτίθενται τα διάφορα δικαιολογητικά που μπορούν ν' απαιτήσουν οι αναθέτουσες αρχές, πρέπει να θεωρηθεί ότι τα ποιοτικά στοιχεία στα οποία αναφέρονται αντίστοιχα τα δικαιολογητικά αυτά αποτελούν ακριβώς τα κριτήρια που αναφέρονται στο άρθρο 20.

28. Βέβαια τα κριτήρια αυτά είναι σχετικός ελλιπής, διότι, όπως παρατήρησε ο γενικός

εισαγγελέας Mischo στις προτάσεις που ανέπτυξε στις 11 Ιουνίου 1987 επί υποθέσεων σχετικών με προδικαστικά ερωτήματα που είχε υποβάλει το Conseil d' Etat του Βελγίου⁶, τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατά τα άρθρα 25 και 26 αναφέρονται σε ποιοτικά στοιχεία — για παράδειγμα προηγουμένως εκτελεσθέντα έργα, τεχνικά μέσα και τεχνικός εξοπλισμός, μέσο εργατικό δυναμικό της επιχειρήσεως — χωρίς αξιώσεις επιπέδου. Από αυτό προκύπτει ότι, όσον αφορά τέτοιου είδους αξιώσεις, φαίνεται πως αφήνεται κάποιο περιθώριο στις αναθέτουσες αρχές. Οι αξιώσεις όμως αυτές ισχύουν ως προς τα ποιοτικά στοιχεία που αφορούν τα δικαιολογητικά των άρθρων 25 και 26, υπό προϋποθέσεις που πρόκειται τώρα να διευκρινισώ.

29. Δεύτερη παρατήρηση, που αντλείται από τη σύγκριση των όρων του άρθρου 25 και του άρθρου 26, είναι ότι τα κριτήρια που προκύπτουν από τα τεχνικού χαρακτήρα δικαιολογητικά που περιγράφονται στο κείμενο των στοιχείων α) έως ε) του άρθρου 26 έχουν περιοριστικό χαρακτήρα, διότι οι αναθέτουσες αρχές δεν έχουν, αντίθετα από ό,τι προβλέπεται στο άρθρο 25 για τη χρηματοδοτική και οικονομική ικανότητα, τη δυνατότητα να ζητήσουν «άλλα δικαιολογητικά» και επομένως να εφαρμόσουν κριτήρια σχετικά με συμπληρωματικά ποιοτικά στοιχεία μη αναφερόμενα στο εν λόγω κείμενο. Ήδη το Δικαστήριο, στην απόφασή του Transprouite, της 10ης Φεβρουαρίου 1982⁷, τόνισε τον περιοριστικό χαρακτήρα των άλλων δικαιολογητικών εκτός από αυτά που αναφέρονται στην οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα.

30. Η τρίτη παρατήρηση αναφέρεται στις έννομες συνέπειες των στοιχείων που αναφέρει η προκήρυξη. Στα άρθρα 25 και 26 ορίζεται ότι οι αναθέτουσες αρχές ορίζουν στην προκήρυξη «ποια δικαιολογητικά πρέπει να προσκομισθούν». Ενόψει της σημασίας των δικαιολογητικών που αναφέρονται στα άρθρα αυτά, τα

6 — Απόφαση της 9ης Ιουλίου 1987 στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις 27 έως 29/86, Συλλογή 1987, σ. 3347.

7 — Υπόθεση 76/81, Συλλογή 1982, σ. 417.

οποία, σύμφωνα με το άρθρο 20, πρέπει να ερμηνεύονται ως έκφραση ποιοτικών στοιχείων εκτίμησης και συγχρόνως ως περιγραφή των εγγράφων που καθιστούν δυνατή την εκτίμηση αυτή, νομίζω ότι, απαιτώντας από τις αναθέτουσες αρχές να ορίζουν στην προκήρυξη ποια δικαιολογητικά πρέπει να προσκομισθούν, η οδηγία τις υποχρέωσε ιδίως να γνωστοποιούν στους εργολήπτες τα ποιοτικά στοιχεία, με άλλα λόγια δηλαδή τα κριτήρια βάσει των οποίων θα ελεγχθεί η καταλληλότητά τους. Επομένως, νομίζω ότι οι διατάξεις αυτές της οδηγίας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή ν' αποκλείσει έναν εργολήπτη βάσει ποιοτικών στοιχείων, για τα οποία δεν απαιτήθηκε στην προκήρυξη να προσκομιστούν δικαιολογητικά. Διαφορετική κρίση θα προκαλούσε νομίζω, κίνδυνο δημιουργίας ρηγμάτων στο οικοδόμημα της οδηγίας, εσκεμμένης μη τηρήσεως των υποχρεώσεων που επιβάλλει η οδηγία ως προς την αμοιβαία πληροφόρηση των αναθετουσών αρχών και των εργοληπτών.

31. Σύμφωνα με το υπόδειγμα προκηρύξεως συμβάσεων που περιέχεται στο παράρτημα I της οδηγίας 72/277/ΕΟΚ του Συμβουλίου περί του τρόπου και των όρων δημοσιεύσεως των προκηρύξεων συμβάσεων δημοσίων έργων και παραχωρήσεων δημοσίων έργων στην *Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων*⁸, η προκήρυξη πρέπει να αναφέρει στο ψηφίο 11 τις «ελάχιστες οικονομικές και τεχνικές προϋποθέσεις που απαιτούνται από τους εργολήπτες». Χωρίς να παραγνωρίζω τη σημασία, ιδίως από πλευράς προϋπολογισμού, της κατά κανόνα δημοσιεύσεως των προκηρύξεων στην *Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων*, είναι νομίζω υπερβολικό να θεωρηθεί ότι τα δικαιολογητικά οικονομικού, χρηματοδοτικού και τεχνικού χαρακτήρα που απαιτούν οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να αναφέρονται αποκλειστικά, επί ποινή ακυρότητας, στο ψηφίο 11 και ότι δικαιολογητικό, το οποίο αφορά ποιοτικά στοιχεία προβλεπόμενα στα άρθρα 25 και 26, αναφέ-

ρεται όμως σε άλλο σημείο της προκηρύξεως, δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη. Μία τέτοια άποψη δεν εναρμονίζεται, νομίζω, ούτε με τις προθέσεις που πρυτάνευσαν κατά τη θέσπιση της οδηγίας 72/277/ΕΟΚ, ούτε με τις προβλέψεις του κοινοτικού νομοθέτη στη βασική οδηγία 71/305/ΕΟΚ.

32. Στην προκειμένη υπόθεση, που προκάλεσε την απόφαση περί παραπομπής, η προκήρυξη, η οποία είχε κενό το ψηφίο 11, ανέφερε, στο τέλος, ότι:

«το εργατικό δυναμικό που θα απασχοληθεί πρέπει να αποτελείται τουλάχιστον κατά 70 % από άτομα που βρίσκονται επί μακρό χρονικό διάστημα σε ανεργία, τα οποία θα προσληφθούν μέσω του περιφερειακού γραφείου εργατικού δυναμικού.»

Με τα δεδομένα αυτά πρέπει να παρατηρηθεί ότι, καιτοι τα ποιοτικά στοιχεία μπορούν έγκυρα ν' αναφέρονται στην προκήρυξη, χωρίς ν' αναγράφονται ρητά στο ψηφίο 11, οφείλουν πάντως να συνάδουν με αυτά που προβλέπονται στα άρθρα 25 και 26, όπως απαιτεί εξάλλου το άρθρο 16, στοιχείο 1), της οδηγίας 71/305. Όμως μία μνεία όπως αυτή που προαναφέρθηκε είναι εξ' ορισμού άσχετη προς τα δικαιολογητικά που μπορούν, κατά το άρθρο 25, να αποδείξουν την οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα, και δεν φαίνεται να μπορεί να συνδεθεί με οποιοδήποτε από τα στοιχεία του άρθρου 26, τον περιοριστικό χαρακτήρα των οποίων τόνισα. Η κατάσταση αυτή, όπως έχει, μπορεί να φανεί παράδοξη, στο μέτρο που η έλλειψη έγκυρης μνείας, στην προκήρυξη, οικονομικο-χρηματοδοτικών κριτηρίων ισοδυναμεί με έλλειψη οποιασδήποτε προϋποθέσεως καταλληλότητας για την πρόθεση αναθέσεως του έργου και επομένως με ύπαρξη καταρχήν καταλληλότητας κάθε επιχειρήσεως. Πρέπει όμως να υπογραμμισθεί ότι η ίδια η αναθέτουσα αρχή, εφαρμόζοντας ασφαλμένα την οδηγία, έθεσε τον εαυτό της σ' αυτή την κατάσταση. Επομένως, το παράδοξο δεν προκύπτει από την οδηγία, αλλά από τη μη τήρησή της.

8 — ΕΕ ειδ. έκδ. 06/001, σ.139.

33. Για να συμπληρωθεί η συζήτηση που θα επιτρέψει στο Δικαστήριο να δώσει λυσιτελή απάντηση στο δεύτερο ερώτημα πρέπει ακόμη, νομίζω, να διευκρινιστούν, ενόψει της κατάστασης που κατέστησε αναγκαία την υποβολή των ερωτημάτων στο Δικαστήριο, οι προϋποθέσεις εφαρμογής των διατάξεων της οδηγίας που αφορούν τα κριτήρια αναθέσεως του έργου.

34. Κατά το άρθρο 20 της οδηγίας, η ανάθεση αυτή γίνεται βάσει των κριτηρίων που καθορίζονται στο κεφάλαιο 2. Στο κεφάλαιο αυτό, το άρθρο 29, παράγραφος 1, ορίζει ως εξής τα

« κριτήρια βάσει των οποίων οι αναθέτουσες αρχές αναθέτουν τα δημόσια έργα:

— είτε αποκλειστικά η χαμηλότερη τιμή·

— είτε, αν η ανάθεση γίνεται στην προσφορά που είναι η πιο συμφέρουσα οικονομικά, διάφορα κριτήρια ανάλογα με το αντικείμενο της συμβάσεως: π. χ. η τιμή, η προθεσμία εκτελέσεως, τα έξοδα λειτουργίας, η αποδοτικότητα, η τεχνική αξία ».

Η παράγραφος 2 ορίζει ότι, στην περίπτωση που η ανάθεση γίνεται βάσει της προσφοράς που είναι η πιο συμφέρουσα οικονομικά,

« οι αναθέτουσες αρχές μνημονεύουν στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη όλα τα κριτήρια για την ανάθεση του έργου τα οποία προτίθενται να χρησιμοποιήσουν, και αν είναι δυνατόν κατά φθίνουσα τάξη σπουδαιότητας ».

35. Ας παρατηρηθεί ότι, ελλείπει αναφοράς περιοριστικού καταλόγου των κριτηρίων ανα-

θέσεως, όταν δεν λαμβάνεται υπόψη αποκλειστικά το κριτήριο της χαμηλότερης τιμής, το άρθρο 29 καθιστά προφανές ένα κοινό σημείο των κριτηρίων αυτών: πρέπει, όπως τα κριτήρια που αναφέρονται ρητά, ν' αφορούν τα χαρακτηριστικά της υπηρεσίας που πρέπει να παρασχεθεί ή τον τρόπο εκτελέσεώς της, ενώ αποκλείονται κριτήρια αναφερόμενα στον « παρέχοντα την υπηρεσία ». Πιο απλά θα έλεγα ότι τα κριτήρια αναθέσεως « στην προσφορά που είναι η πιο συμφέρουσα οικονομικά » αφορούν το « προϊόν », και όχι τον « παραγωγό », τις ιδιότητες του « έργου » και όχι αυτές του εργολήπτη.

36. Εντούτοις, η οδηγία διακρίνει σαφώς τα κριτήρια ελέγχου της καταλληλότητας, που αφορούν τις ιδιότητες του εργολήπτη, από αυτά της αναθέσεως του έργου, που αφορούν τα χαρακτηριστικά της προσφερομένης παροχής, της εργασίας που προτίθεται αυτός να εκτελέσει.

37. Υπό τις συνθήκες αυτές, η τήρηση των διατάξεων της οδηγίας επιβάλλει να μη συγχέονται τα κριτήρια και να μη λαμβάνονται υπόψη, κατά την ανάθεση του έργου, κριτήρια που αφορούν την καταλληλότητα των εργοληπτών. Δέχομαι κατά τούτο την ανάλυση της Ιταλικής Δημοκρατίας, χωρίς εντούτοις να συμφωνώ μαζί της, όταν προτείνει τον αυστηρό χρονικό διαχωρισμό των δύο φάσεων, δηλαδή του ελέγχου της καταλληλότητας και της αναθέσεως του έργου. Ένα κριτήριο καταλληλότητας δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί ως κριτήριο αναθέσεως. Εντούτοις δεν νομίζω ότι η οδηγία επιβάλλει να γίνεται η εκτίμηση της καταλληλότητας οριστικώς και αμετακλήτως. Η αναθέτουσα αρχή που πληροφωρείται καθυστερημένα ένα λόγο ακαταλληλότητας πρέπει να μπορεί να τον προβάλει « in extremis », υπό την επιφύλαξη ότι δεν υπάρχει κατάχρηση εξουσίας ότι η επίκληση αυτή δεν υποκρύπτει άρνηση κανονικής εφαρμογής των κριτηρίων αναθέσεως του έργου.

38. Η προκήρυξη δεν ανέφερε τίποτα στο ψηφίο 13 που η προαναφερθείσα οδηγία

72/277/ΕΟΚ προβλέπει για τα « κριτήρια για την ανάθεση της συμβάσεως ». Το μόνο « κριτήριο » που υπήρχε στην προκήρυξη ήταν αυτό που αφορούσε την ανάγκη απασχολήσεως ορισμένου ποσοστού ανέργων για την εκτέλεση των έργων, το οποίο ήδη αναφέρθηκε. Όμως το κριτήριο αυτό, το οποίο δεν είχε σχέση με τις ιδιότητες που είναι συμφυείς με το προς εκτέλεση έργο, με την υπηρεσία που πρέπει να παρασχεθεί, με το « προϊόν », δεν μπορούσε να ενταχθεί στα κριτήρια για την ανάθεση της συμβάσεως κατά την έννοια της οδηγίας, και επομένως να καταστήσει δυνατό τον αποκλεισμό του προσφέροντος. Σε μια τέτοια περίπτωση, κατά την οποία κανένα κριτήριο αναθέσεως δεν ορίστηκε έγκυρα ούτε στην προκήρυξη, ούτε στη συγγραφή υποχρεώσεων, φαίνεται να προκύπτει από την ίδια τη διατύπωση του άρθρου 29 ότι μόνο το κριτήριο της χαμηλότερης τιμής μπορεί να εφαρμοστεί.

39. Επομένως, προτείνω να δοθεί στο δεύτερο ερώτημα η απάντηση ότι η οδηγία δεν επιτρέπει τον αποκλεισμό εργολήπτη παρά μόνο βάσει ενός ή περισσότερων από τα κριτήρια καταλληλότητας που αφορούν τα στοιχεία των άρθρων 25 και 26 της οδηγίας και ορίζονται ειδικότερα στην προκήρυξη ή βάσει ενός ή περισσότερων από τα κριτήρια αναθέσεως του έργου που προβλέπονται στο άρθρο 29 της οδηγίας και ορίζονται ειδικότερα στην προκήρυξη ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, οπότε δεν γίνεται δεκτό το αποκλειστικό κριτήριο της χαμηλότερης τιμής.

40. Το τρίτο ερώτημα θα μας απασχολήσει λιγότερο. Πράγματι, όπως επεσήμανε η Επιτροπή, το άμεσο αποτέλεσμα των σχετικών διατάξεων της οδηγίας φαίνεται πως αναγνωρίστηκε ήδη, τουλάχιστον έμμεσα, με την προαναφερθείσα απόφαση Transporoute.

41. Στην παρούσα υπόθεση το παραπέμπον δικαστήριο ερωτά εάν οι ιδιώτες μπορούν να

επικαλεστούν τις διατάξεις της οδηγίας, την έννοια των οποίων διευκρίνισα αμέσως προηγουμένως,

« όταν η εθνική νομοθεσία που έθεσε σε εφαρμογή τις διατάξεις αυτές χορήγησε στην αναθέτουσα αρχή, ως προς την άρνηση αναθέσεως του έργου, εξουσίες πιο εκτεταμένες από ό,τι επιτρέπεται δυνάμει της οδηγίας ».

Όμως στην απόφαση Transporoute, ενόψει, ακριβώς, εθνικών διατάξεων που μετέφεραν ακριβώς, κατά την έκφραση του γενικού εισαγγελέα Reischl, το άρθρο 29 της οδηγίας στο εθνικό δίκαιο, το Δικαστήριο έκρινε ότι η αναθέτουσα αρχή έπρεπε να εφαρμόσει τις διατάξεις του άρθρου αυτού, και προφανώς η λύση αυτή προϋποθέτει τη δυνατότητα απευθείας εφαρμογής των εν λόγω διατάξεων της οδηγίας. Το Δικαστήριο τόνισε ιδίως ότι:

« ο σκοπός της διατάξεως αυτής, που είναι η προστασία του προσφέροντος από την αυθαιρεσία της αναθετούσης αρχής, δεν θα ήταν δυνατόν να πραγματοποιηθεί αν είχε αφαιρεθεί στην αρχή η μέριμνα εκτιμήσεως του αν είναι σκόπιμο να ζητήσει την προσκόμιση δικαιολογητικών ».

42. Στην παρούσα περίπτωση, η οποία αφορά διάφορες διατάξεις της οδηγίας, μεταξύ των οποίων το ίδιο άρθρο 29, ο σκοπός του οποίου, πανομοιότυπος, μπορεί να ματαιωθεί από εθνική διάταξη μεταφορικά στο εθνικό δίκαιο που παρέχει στην αναθέτουσα αρχή γενική εξουσία εκτιμήσεως, πρέπει, νομίζω, να δοθεί η ίδια απάντηση, όπως με την απόφαση του Δικαστηρίου του 1982. Πράγματι, είναι σαφές ότι η νομική κατασκευή που ορίζεται με τα άρθρα 20, 25, 26 και 29 της οδηγίας έχει ως σκοπό την προστασία του προσφέροντος από την αυθαιρεσία της αναθέτουσας αρχής, με τον καθορισμό κριτηρίων καταλληλότητας και αναθέσεως του έργου. Είναι εξίσου σαφές ότι η κατασκευή αυτή θα κατέρρεε με την εφαρμογή μιας διατάξεως όπως του άρθρου 21, παράγραφος 2, της ενιαίας ρυθμίσεως, εθνικής

διατάξεως περί μεταφοράς της οδηγίας στο εθνικό δίκαιο, η οποία θα έτεινε να απαλλάξει την αναθέτουσα αρχή από την υποχρέωσή της να τηρεί τα κριτήρια που ορίζει η οδηγία. Έτσι δεν μπορεί παρά να καταλήξω στο συμπέ-

ρασμα ότι πρέπει να προστατεύεται ο προσφέρων, όπως επιδιώκεται με την οδηγία οι σχετικές διατάξεις της οποίας έχουν υπεροχή έναντι της εθνικής διατάξεως περί μεταφοράς της στο εσωτερικό δίκαιο.

43. Κατά συνέπεια, προτείνω να δώσει το Δικαστήριο την ακόλουθη απάντηση στα ερωτήματα του Arrondissementsrechtbank της Χάγης:

- « 1) Οι διατάξεις της οδηγίας 71/305/ΕΟΚ του Συμβουλίου εφαρμόζονται στις συμβάσεις δημοσίων έργων που συνάπτουν οργανισμοί στερούμενοι ιδίας νομικής προσωπικότητας, εφόσον από τη σύνθεσή τους, τα καθήκοντά τους και τα μέσα που επιτρέπουν την εκπλήρωσή τους προκύπτει ότι ενεργούν για λογαριασμό του δημοσίου ή περιφερειακών ή τοπικών αρχών.
- 2) Οι διατάξεις αυτές δεν επιτρέπουν τον αποκλεισμό του εργολήπτη παρά μόνο βάσει ενός ή περισσότερων από τα κριτήρια καταλληλότητας που αφορούν τα στοιχεία τα οποία προβλέπονται στο άρθρο 25 ή διατυπώνονται στο άρθρο 26, και τα οποία ορίζονται ειδικότερα στην προκήρυξη, ή βάσει ενός ή περισσότερων από τα κριτήρια αναθέσεως του έργου που προβλέπονται στο άρθρο 29 και ορίζονται ειδικότερα στην προκήρυξη ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, εφόσον δεν γίνεται δεκτή ως αποκλειστικό κριτήριο αναθέσεως η χαμηλότερη τιμή.
- 3) Οι δημόσιες αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να τηρούν τις διατάξεις αυτές, χωρίς να μπορούν να επικαλεστούν μία εθνική διάταξη μεταφοράς της οδηγίας στο εσωτερικό δίκαιο, η οποία τους παρέχει γενική εξουσία εκτιμήσεως ως προς τον εργολήπτη και την προσφορά του. »