

ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ (δεύτερο τμήμα)
της 3ης Μαρτίου 2005 *

Στις συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-21/03 και C-34/03,

που έχουν ως αντικείμενο αιτήσεις για την έκδοση προδικαστικής απόφασης δυνάμει του άρθρου 234 ΕΚ, τις οποίες υπέβαλε το Conseil d'État (Βέλγιο) με αποφάσεις της 27ης Δεκεμβρίου 2002, που περιήλθαν στο Δικαστήριο, αντιστοίχως, στις 29 και 22 Ιανουαρίου 2003, στο πλαίσιο των δικών

Fabricom SA

κατά

État belge,

ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ (δεύτερο τμήμα),

συγκείμενο από τους C. W. A. Timmermans, πρόεδρο τμήματος, (εισηγητής),
C. Gulmann, J.-P. Puissochet, N. Colneric και J. N. Cunha Rodrigues, δικαστές,

γενικός εισαγγελέας: P. Léger
γραμματέας: R. Grass

* Γλώσσα διαδικασίας: η γαλλική.

έχοντας υπόψη την έγγραφη διαδικασία,

λαμβάνοντας υπόψη τις παρατηρήσεις που κατέθεσαν:

- η Fabricom SA, εκπροσωπούμενη από τους J. Vanden Eynde και J.-M. Wolter, avocats,
- η Αυστριακή Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από τον M. Fruhmann,
- η Φινλανδική Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από την T. Rygnä,
- η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, εκπροσωπούμενη από τους K. Wiedner και B. Stromsky,

αφού άκουσε τον γενικό εισαγγελέα που ανέπτυξε τις προτάσεις του κατά τη συνεδρίαση της 11ης Νοεμβρίου 2004,

εκδίδει την ακόλουθη

Απόφαση

- ¹ Οι αιτήσεις για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως έχουν σχέση με την ερμηνεία της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, περί συντονισμού

των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών (ΕΕ L 209, σ. 1), όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 97/52/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 13ης Οκτωβρίου 1997 (ΕΕ L 328, σ. 1, στο εξής: οδηγία 92/50), και, πιο συγκεκριμένα, του άρθρου της 3, παράγραφος 2, της οδηγίας 93/36/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημοσίων προμηθειών (ΕΕ L 199, σ. 1), όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 97/52 (στο εξής: οδηγία 93/36), και, πιο συγκεκριμένα, του άρθρου της 5, παράγραφος 7, της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημοσίων έργων (ΕΕ L 199, σ. 54), όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 97/52 (στο εξής: οδηγία 93/37), και, πιο συγκεκριμένα, του άρθρου της 6, παράγραφος 6, καθώς και της οδηγίας 93/38/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), όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 98/4/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 16ης Φεβρουαρίου 1998 (ΕΕ L 101, σ. 1, στο εξής: οδηγία 93/38), και, πιο συγκεκριμένα, του άρθρου της 4, παράγραφος 2, σε συνδυασμό με την αρχή της αναλογικότητας, την ελευθερία του εμπορίου και της βιομηχανίας καθώς και του δικαιώματος ιδιοκτησίας. Εξάλλου, οι ίδιες αιτήσεις έχουν σχέση με την ερμηνεία της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων (ΕΕ L 395, σ. 33), και, πιο συγκεκριμένα, των άρθρων της 2, παράγραφος 1, στοιχείο α', και 5, καθώς και της οδηγίας 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 25ης Φεβρουαρίου 1992, για το 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 τηλεπικοινωνιών (ΕΕ L 76, σ. 14), και, πιο συγκεκριμένα, των άρθρων της 1 και 2.

- 2 Οι αιτήσεις αυτές υποβλήθηκαν στο πλαίσιο διαφορών μεταξύ της Fabricom SA (στο εξής: Fabricom) και του État belge (Βελγικού Δημοσίου) σχετικά με τον νόμιμο χαρακτήρα εθνικών διατάξεων οι οποίες, υπό ορισμένες προϋποθέσεις, εμποδίζουν το πρόσωπο που είχε αναλάβει την εκτέλεση προπαρασκευαστικών εργασιών στο πλαίσιο δημοσίας συμβάσεως ή άλλη συνδεδεμένη με αυτή επιχείρηση να συμμετάσχει στη σύμβαση αυτή.

Νομικό πλαίσιο

Κοινοτική νομοθεσία

- 3 Το άρθρο VI, παράγραφος 4, της Συμφωνίας σχετικά με τις δημόσιες συμβάσεις, που είναι συνημμένη στην απόφαση 94/800/ΕΚ του Συμβουλίου, της 22ας Δεκεμβρίου 1994, σχετικά με την εξ ονόματος της Ευρωπαϊκής Κοινότητας σύναψη των Συμφωνιών που απέρρευσαν από τις πολυμερείς διαπραγματεύσεις του Γύρου της Ουρουγουάης (1986-1994) (ΕΕ L 336, σ. 1, στο εξής: Συμφωνία σχετικά με τις συμβάσεις του δημοσίου), προβλέπει:

«Οι αρχές δεν ζητούν ούτε δέχονται κατά τρόπο παρεμποδίζοντα τον ανταγωνισμό, συμβουλές που μπορούν να χρησιμοποιηθούν για τον καθορισμό τεχνικών προδιαγραφών συγκεκριμένης συμβάσεως από εταιρία συναρτώσα εμπορικό συμφέρον με τη σύμβαση.»

- 4 Σύμφωνα με το άρθρο 3, παράγραφος 2, της οδηγίας 92/50:

«Οι αναθέτουσες αρχές φροντίζουν ώστε να μην υπάρχουν διακρίσεις μεταξύ των διαφόρων παρεχόντων υπηρεσίες.»

- 5 Το άρθρο 5, παράγραφος 7, της οδηγίας 93/36 προβλέπει:

«Οι αναθέτουσες αρχές μεριμνούν ώστε να μην γίνονται διακρίσεις μεταξύ των διαφόρων προμηθευτών»

6 Το άρθρο 6, παράγραφος 6, της οδηγίας 93/37 ορίζει:

«Οι αναθέτουσες αρχές μεριμνούν ώστε να μην δημιουργούνται διακρίσεις μεταξύ των διαφόρων εργοληπτών.»

7 Σύμφωνα με το άρθρο 4, παράγραφος 2, της οδηγίας 93/38:

«Οι αναθέτοντες φορείς μεριμνούν ώστε να μην γίνονται διακρίσεις μεταξύ προμηθευτών, εργοληπτών ή παρεχόντων υπηρεσίες.»

8 Στη δέκατη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 97/52, της οποίας το κείμενο επαναλαμβάνεται περίπου κατά γράμμα στη δέκατη τρίτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 98/4, διευκρινίζεται:

«[...] οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ζητούν ή να δέχονται συμβουλές που μπορεί να χρησιμοποιηθούν για τον καθορισμό των τεχνικών προδιαγραφών μιας συγκεκριμένης σύμβασης, υπό τον όρο ότι οι συμβουλές αυτές δεν θα παρεμποδίζουν τον ανταγωνισμό».

9 Το άρθρο 2 της οδηγίας 89/665 προβλέπει:

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

- α) να λαμβάνονται, το συντομότερο δυνατόν και με την επείγουσα διαδικασία, προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η περαιτέρω ζημία των θιγομένων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων μέτρων που αναστέλλουν ή επιτρέπουν την αναστολή της διαδικασίας σύναψης της εν λόγω σύμβασης του δημοσίου ή της εκτέλεσης οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνεται από τις αναθέτουσες αρχές

[...]».

10 Σύμφωνα με το άρθρο 1 της οδηγίας 92/13:

«1. Τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα για να εξασφαλίσουν ότι κατά των αποφάσεων που λαμβάνουν οι αναθέτοντες φορείς είναι δυνατόν να ασκηθούν προσφυγές, αποτελεσματικές και, ιδιαιτέρως, με όσο το δυνατόν ταχύτερες διαδικασίες, υπό τις προϋποθέσεις που ορίζονται από τα επόμενα άρθρα, και ιδίως, από το άρθρο 2 παράγραφος 8, λόγω του ότι οι αποφάσεις αυτές παραβιάζουν είτε την κοινοτική νομοθεσία τη σχετική με τη σύναψη συμβάσεων είτε τους εθνικούς κανόνες εφαρμογής της νομοθεσίας αυτής όσον αφορά:

- α) τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων που εμπíπτουν στο πεδίο της οδηγίας 90/531/ΕΟΚ και

- β) την τήρηση του άρθρου 3, παράγραφος 2, στοιχείο α', της εν λόγω οδηγίας, για τους αναθέτοντες φορείς στους οποίους εφαρμόζεται η διάταξη αυτή.

2. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε να μη γίνεται καμία διάκριση μεταξύ των επιχειρήσεων που μπορούν να ισχυρισθούν ότι υπέστησαν ζημία στα πλαίσια διαδικασίας σύναψης σύμβασης, λόγω του διαχωρισμού που γίνεται με την παρούσα οδηγία μεταξύ των εθνικών κανόνων εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου και των άλλων εθνικών κανόνων.

3. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε τις διαδικασίες προσφυγών να είναι δυνατόν να κινηθεί, βάσει αναλυτικών κανόνων που μπορούν να θεσπίσουν τα κράτη μέλη, τουλάχιστον κάθε πρόσωπο που έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί βλάβη από προβαλλομένη παράβαση. Ειδικότερα, τα κράτη μέλη έχουν τη δυνατότητα να απαιτούν, από τον προτιθέμενο να χρησιμοποιήσει τη διαδικασία αυτή, να ενημερώνει προηγουμένως τον αναθέτοντα φορέα για την προβαλλομένη παράβαση και για την πρόθεσή του να ασκήσει προσφυγή.»

11 Το άρθρο 2 της οδηγίας 92/13 ορίζει:

«1. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε τα μέτρα που λαμβάνουν όσον αφορά τις προσφυγές που αναφέρονται στο άρθρο 1, να προβλέπουν τις εξουσίες προκειμένου:

είτε

- α) να λαμβάνονται, το συντομότερο και με διαδικασίες ασφαλιστικών μέτρων, προσωρινά μέτρα για τη θεραπεία της προβαλλομένης παράβασης ή την αποτροπή περαιτέρω ζημίας των θιγομένων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων μέτρων που αναστέλλουν ή εξασφαλίζουν την αναστολή της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης, ή της εκτέλεσης κάθε απόφασης που έχει ληφθεί από τον αναθέτοντα φορέα

και

- β) να ακυρώνονται οι παράνομες αποφάσεις ή να εξασφαλίζεται η ακύρωσή τους, συμπεριλαμβανομένης της δυνατότητας κατάργησης των τεχνικών, οικονομικών ή χρηματοδοτικών προδιαγραφών που εισάγουν διακρίσεις και που περιέχονται στη διακήρυξη της δημοπρασίας, στην ενδεικτική περιοδική διακήρυξη, στη διακήρυξη σχετικά με την ύπαρξη συστήματος προεπιλογής, στην πρόσκληση υποβολής προσφορών, στη συγγραφή υποχρεώσεων ή σε οποιοδήποτε άλλο έγγραφο που έχει σχέση με την εν λόγω διαδικασία σύναψης της σύμβασης,

είτε

- γ) να λαμβάνονται, το συντομότερο, ει δυνατόν με διαδικασίες ασφαλιστικών μέτρων και εάν χρειάζεται με οριστική διαδικασία ως προς την ουσία, άλλα μέτρα εκτός των προβλεπομένων στα στοιχεία α) και β), με στόχο τη θεραπεία της διαπιστωθείσας παράβασης και την αποτροπή ζημίας των ενεχομένων συμφερόντων· ιδίως, να εκδίδεται εντολή πληρωμής καθορισμένου ποσού στην περίπτωση κατά την οποία η παράβαση δεν επανορθώθηκε ή δεν αποτράπηκε.

Τα κράτη μέλη μπορούν να προβαίνουν σε αυτή την επιλογή, είτε για το σύνολο των αναθετόνων φορέων είτε για κατηγορίες αναθετόνων φορέων οριζόμενες βάσει αντικειμενικών κριτηρίων, διαφυλάσσοντας πάντοτε την αποτελεσματικότητα των μέτρων που θεσπίστηκαν για να αποτραπούν οι ζημίες των ενεχομένων συμφερόντων·

[...]».

Η εθνική νομοθεσία

- 12 Στο άρθρο 32 του βασιλικού διατάγματος της 25ης Μαρτίου 1999, σχετικά με τις συμβάσεις δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών και τις αναθέσεις τέτοιων έργων (*Moniteur belge* της 9ης Απριλίου 1999, σ. 11690, στο εξής: άρθρο 32 του βασιλικού διατάγματος της 25ης Μαρτίου 1999, με το οποίο τροποποιήθηκε το βασιλικό διάταγμα της 8ης Ιανουαρίου 1996), προβλέπεται:

«[...]

1. Απαγορεύεται η υποβολή αιτήσεως συμμετοχής ή η υποβολή προσφοράς για σύμβαση δημοσίων έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών όσον αφορά κάθε πρόσωπο στο οποίο ανατέθηκε η έρευνα, ο πειραματισμός, η μελέτη ή η προώθηση έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών.

2. Απαγορεύεται η υποβολή αιτήσεως συμμετοχής ή η υποβολή προσφοράς σε επιχείρηση συνδεδεμένη με οποιοδήποτε από τα μνημονευόμενα στην παράγραφο 1 πρόσωπα, εκτός αν η εν λόγω επιχείρηση αποδεικνύει ότι δεν απολαύει εκ του γεγονότος αυτού αδικαιολογήτου πλεονεκτήματος δυναμένου να νοθεύσει τους κανονικούς όρους του ανταγωνισμού.

Με την έκφραση «συνδεδεμένη επιχείρηση», κατά την έννοια του παρόντος άρθρου, νοείται κάθε επιχείρηση επί της οποίας το μνημονευόμενο στην παράγραφο 1 πρόσωπο μπορεί να ασκεί, έμμεσα ή άμεσα, κυριαρχική επιρροή ή κάθε επιχείρηση που μπορεί να ασκεί κυριαρχική επιρροή επί του προσώπου αυτού ή η οποία, όπως η τελευταία, υπόκειται στην κυριαρχική επιρροή άλλης επιχειρήσεως, λόγω κυριότητας, οικονομικής συμμετοχής ή των κανόνων που τη διέπουν. Η ύπαρξη

κυριαρχικής επιρροής εικάζεται όταν μια επιχείρηση, άμεσα ή έμμεσα, έναντι μιας άλλης επιχείρησης:

- 1° κατέχει την πλειονότητα του καλυφθέντος κεφαλαίου της επιχείρησης, ή
- 2° διαθέτει την πλειονότητα των ψήφων που συνδέονται με τα εκδοθέντα από την επιχείρηση μερίδια, ή
- 3° μπορεί να ορίζει άνω του 50 %

των μελών του οργάνου διαχείρισης, διευθύνσεως ή επιβλέψεως της επιχείρησης.

Προτού αποκλειστεί ενδεχομένως μια επιχείρηση λόγω του αδικαιολογήτου πλεονεκτήματος που εικάζεται ότι αυτή απολαύει, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να καλέσει με συστημένη επιστολή την επιχείρηση αυτή να προσκομίσει, εντός προθεσμίας δώδεκα ημερολογιακών ημερών, εκτός εάν, ανάλογα με την περίπτωση, είναι δυνατό με την πρόσκληση αυτή να οριστεί μεγαλύτερη προθεσμία, δικαιολογητικά σχετικά, ιδίως, με τις σχέσεις της, με τον βαθμό αυτοτέλειας ή με οποιαδήποτε περίπτωση επιτρέπεται να διαπιστωθεί ότι δεν προκύπτει η ύπαρξη κυριαρχικής επιρροής ή ότι αυτή ουδεμία ασκεί επιρροή όσον αφορά την οικεία σύμβαση.

3. Οι παράγραφοι 1 και 2 δεν έχουν εφαρμογή:

- 1° επί των δημοσίων συμβάσεων που συνεπάγονται ταυτόχρονα την κατάρτιση και εκτέλεση σχεδίου έργου
- 2° επί των δημοσίων συμβάσεων που έχουν συναφθεί βάσει διαδικασίας κατά την οποία οι σχετικές διαπραγματεύσεις έγιναν χωρίς δημοσιότητα κατά την κίνηση της διαδικασίας κατά την έννοια του άρθρου 17, παράγραφος 2, του νόμου.»

- 13 Το άρθρο 26 του βασιλικού διατάγματος της 25ης Μαρτίου 1999, περί τροποποιήσεως του βασιλικού διατάγματος της 10ης Ιανουαρίου 1996 σχετικά με συμβάσεις δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (*Moniteur belge* της 28ης Απριλίου 1999, σ. 14144, στο εξής: βασιλικό διάταγμα της 25ης Μαρτίου 1999, περί τροποποιήσεως του βασιλικού διατάγματος της 10ης Ιανουαρίου 1996), είναι, κατ' ουσίαν, διατυπωμένο κατά τρόπο περίπου όμοιο με αυτόν του άρθρου 32 της 25ης Μαρτίου 1999, περί τροποποιήσεως του βασιλικού διατάγματος της 8ης Ιανουαρίου 1996.

Οι διαφορές στις κύριες δίκες και τα προδικαστικά ερωτήματα

- 14 Η Fabricom είναι μια επιχείρηση που δραστηριοποιείται στον τομέα της εκτέλεσης έργων και υποβάλλει τακτικώς προσφορές για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ιδίως στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών.

Υπόθεση C-21/03

- 15 Με δικόγραφο προσφυγής που κατέθεσε στις 25 Ιουνίου 1999 ενώπιον του Conseil d'État, η Fabricom ζητεί την ακύρωση του άρθρου 26 του βασιλικού διατάγματος της 25ης Μαρτίου 1999, περί τροποποιήσεως του βασιλικού διατάγματος της 10ης Ιανουαρίου 1996.
- 16 Η προσφεύγουσα επιχείρηση ισχυρίζεται ότι η διάταξη αυτή αντίκειται, μεταξύ άλλων, προς την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως όλων των υποβαλλόντων προσφορές, προς την αρχή της αποτελεσματικότητας μιας ένδικης προσφυγής, όπως τούτο διασφαλίζεται από την οδηγία 92/13, προς την αρχή της αναλογικότητας, προς την ελευθερία του εμπορίου και της βιομηχανίας καθώς και προς το δικαίωμα ιδιοκτησίας όπως προβλέπεται από το άρθρο 1 του πρόσθετου πρωτοκόλλου της Ευρωπαϊκής Συμβάσεως για την προάσπιση των δικαιωμάτων του ανθρώπου και των θεμελιωδών ελευθεριών, που υπογράφηκε στη Ρώμη στις 4 Νοεμβρίου 1950.

- 17 Το Βελγικό Δημόσιο αμφισβητεί τους προβαλλόμενους από τη Fabricom λόγους.
- 18 Προκειμένου περί του άρθρου 26 του βασιλικού διατάγματος της 25ης Μαρτίου 1999, περί τροποποιήσεως του βασιλικού διατάγματος της 10ης Ιανουαρίου 1996, το Conseil d'État ισχυρίζεται ότι, σύμφωνα με το κείμενο του προοιμίου του εν λόγω βασιλικού διατάγματος της 25ης Μαρτίου 1999 καθώς και αυτού της Εκθέσεως προς τον Βασιλέα, που προηγείται αυτού, η διάταξη αυτή σκοπεύει στην παρεμπόδιση του προσώπου το οποίο επιδιώκει να του ανατεθεί η δημόσια σύμβαση να αντλήσει, κατά τρόπο αντίθετο προς τον ελεύθερο ανταγωνισμό, πλεονέκτημα από την έρευνα, την εμπειρία, τη μελέτη ή την προώθηση έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών σχετικών με μια τέτοια σύμβαση.
- 19 Σύμφωνα με το Conseil d'État, αντίκειται, γενικώς και αδιακρίτως, προς τη διάταξη αυτή η συμμετοχή στη σύμβαση ή η υποβολή προσφορών εκ μέρους προσώπου επιφορτισμένου με τη σχετική έρευνα, πειραματισμό, μελέτη ή προώθηση και, συνακόλουθα, της φερόμενης ως συνδεόμενης με το πρόσωπο αυτό επιχείρησης. Εξάλλου, η διάταξη αυτή ουδόλως επιτρέπει στο εν λόγω πρόσωπο, αντίθετα προς ό,τι προβλέπεται για τη συνδεόμενη επιχείρηση, να προσκομίσει αποδείξεις σχετικά με το ότι, υπό τις συγκεκριμένες περιστάσεις, δεν απέκτησε, μέσω μιας από αυτές τις πράξεις, πλεονέκτημα που θα μπορούσε να διακυβεύσει την ισότητα μεταξύ των υποβαλλόντων προσφορές. Η εν λόγω διάταξη δεν προβλέπει ρητώς ότι η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να αποφανθεί εντός συγκεκριμένης προθεσμίας επί των δικαιολογητικών που έχουν προσκομισθεί από τη συνδεόμενη επιχείρηση προκειμένου να αποδειχθεί ότι η κυριαρχική επιρροή δεν είναι διαπιστωμένη ή ότι αυτή ουδεμία ασκεί επιρροή στην οικεία σύμβαση.
- 20 Κρίνοντας ότι η επίλυση της υποβληθείσας σ' αυτό διαφοράς επιβάλλει την ερμηνεία ορισμένων διατάξεων σχετικών με δημόσιες συμβάσεις, το Conseil d'État αποφάσισε την αναστολή της ενώπιόν του διαδικασίας και την υποβολή στο Δικαστήριο των ακολούθων προδικαστικών ερωτημάτων:

«1) Επιτρέπει η οδηγία 93/38 [...], ιδιαίτερα δε το άρθρο 4 παράγραφος 2, και η οδηγία 98/4 [...], σε συνδυασμό με την αρχή της αναλογικότητας, την ελευθερία του εμπορίου και της βιομηχανίας και τον σεβασμό του δικαιώματος

της ιδιοκτησίας, που κατοχυρώνεται ιδίως από το πρωτόκολλο της 20ής Μαρτίου 1952, συμπληρωματικό στη Σύμβαση για την προάσπιση των δικαιωμάτων του ανθρώπου και των θεμελιωδών ελευθεριών, να μη γίνεται δεκτή η υποβολή αιτήσεως συμμετοχής ή η υποβολή προσφοράς για σύμβαση δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών προσώπου στο οποίο ανατέθηκε η έρευνα, ο πειραματισμός, η μελέτη ή η προώθηση των εν λόγω έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών, χωρίς να παρέχεται στο εν λόγω πρόσωπο η δυνατότητα να αποδείξει ότι, εν προκειμένω, η συσσωρευμένη εμπειρία του δεν στρεβλώνει τον ανταγωνισμό;

- 2) Διαφέρει η απάντηση στο προηγούμενο ερώτημα αν οι προαναφερθείσες οδηγίες, σε συνδυασμό με την ίδια αρχή, την ίδια ελευθερία και την ίδια νομική ρύθμιση, ερμηνευθούν ως μη αφορώσες τις ιδιωτικές επιχειρήσεις ή τις επιχειρήσεις που πραγματοποίησαν παροχές εξ επαχθούς αιτίας;

- 3) Μπορεί η οδηγία 92/13 [...], ιδίως τα άρθρα της 1 και 2, να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αρνηθεί, μέχρι του πέρατος της διαδικασίας μελέτης των προσφορών, σε επιχείρηση συνδεδεμένη με πρόσωπο στο οποίο ανατέθηκε η έρευνα, ο πειραματισμός, η μελέτη ή η προώθηση των έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών, να συμμετάσχει στη διαδικασία ή να υποβάλει προσφορά, μολονότι η εν λόγω επιχείρηση, κατά την επαφή της με την αναθέτουσα αρχή, δηλώνει ότι δεν διαθέτει, εκ του λόγου αυτού, αδικαιολόγητο πλεονέκτημα ικανό να στρεβλώσει τον ανταγωνισμό;»

Υπόθεση C-34/03

²¹ Με προσφυγή που κατέθεσε στις 8 Ιουνίου 1999 ενώπιον του Conseil d'État, η Fabricom ζητεί την ακύρωση του άρθρου 32 του βασιλικού διατάγματος της 25ης Μαρτίου 1999, περί τροποποιήσεως του βασιλικού διατάγματος της 8ης Ιανουαρίου 1996.

22 Οι προβαλλόμενοι από τη Fabricom λόγοι είναι, κατ' ουσίαν, οι ίδιοι με αυτούς που επικαλείται στην υπόθεση C-21/03. Τα παρασχεθέντα από το Conseil d'État στοιχεία, προκειμένου περί του εν λόγω άρθρου 32, ταυτίζονται με αυτά που προσκομίστηκαν στην υπόθεση C-21/03 σχετικά με το άρθρο 26 του βασιλικού διατάγματος της 25ης Μαρτίου 1999, περί τροποποίησης του βασιλικού διατάγματος της 10ης Ιανουαρίου 1996.

23 Υπό τις συνθήκες αυτές, το Conseil d'État αποφάσισε την αναστολή της ενώπιόν του διαδικασίας και την υποβολή στο Δικαστήριο των ακολούθων προδικαστικών ερωτημάτων:

«1) Επιτρέπουν η οδηγία 92/50 [...] ιδίως δε το άρθρο της 3, παράγραφος 2, η οδηγία 93/36 [...], ιδίως το άρθρο της 5, παράγραφος 7, η οδηγία 93/37 [...], ιδίως το άρθρο της 6, παράγραφος 6, και η οδηγία 97/52 [...], ιδίως δε τα άρθρα 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', και 3, παράγραφος 1, στοιχείο β', σε συνδυασμό με την αρχή της αναλογικότητας, την ελευθερία του εμπορίου και της βιομηχανίας και τον σεβασμό του δικαιώματος της ιδιοκτησίας, που κατοχυρώνεται ιδίως από το πρωτόκολλο της 20ής Μαρτίου 1952, συμπληρωματικό στη Σύμβαση για την προάσπιση των δικαιωμάτων του ανθρώπου και των θεμελιωδών ελευθεριών, να μη γίνεται δεκτή η υποβολή αιτήσεως συμμετοχής ή η υποβολή προσφοράς για σύμβαση δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών προσώπου στο οποίο ανατέθηκε η έρευνα, ο πειραματισμός, η μελέτη ή η προώθηση των εν λόγω έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών, χωρίς να παρέχεται στο εν λόγω πρόσωπο η δυνατότητα να αποδείξει ότι, εν προκειμένω, η συσσωρευμένη εμπειρία του δεν στρεβλώνει τον ανταγωνισμό;

2) Διαφέρει η απάντηση στο προηγούμενο ερώτημα αν οι προαναφερθείσες οδηγίες, σε συνδυασμό με την ίδια αρχή, την ίδια ελευθερία και την ίδια νομική ρύθμιση, ερμηνευθούν ως μη αφορώσες τις ιδιωτικές επιχειρήσεις ή τις επιχειρήσεις που πραγματοποίησαν παροχές εξ επαχθούς αιτίας;

3) Μπορεί η οδηγία 89/665 [...], ιδίως δε τα άρθρα της 2, παράγραφος 1, στοιχείο α', και 5, να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να

αρνηθεί, μέχρι του πέρατος της διαδικασίας μελέτης των προσφορών, σε επιχείρηση συνδεδεμένη με πρόσωπο στο οποίο ανατέθηκε η έρευνα, ο πειραματισμός, η μελέτη ή η προώθηση των έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών, να συμμετάσχει στη διαδικασία ή να υποβάλει προσφορά, μολονότι η εν λόγω επιχείρηση, κατά την επαφή της με την αναθέτουσα αρχή, δηλώνει ότι δεν διαθέτει, εκ του λόγου αυτού, αδικαιολόγητο πλεονέκτημα ικανό να στρεβλώσει τον ανταγωνισμό;»

- 24 Με διάταξη του Προέδρου του Δικαστηρίου της 4ης Μαρτίου 2003, αποφασίσθηκε η συνεκδίκαση των υποθέσεων C-21/03 και C-34/03 προς διευκόλυνση της έγγραφης και της προφορικής διαδικασίας και για την έκδοση κοινής απόφασης.

Επί των προδικαστικών ερωτημάτων

Επί του πρώτου ερωτήματος που έχει υποβληθεί στις υποθέσεις C-21/03 και C-34/03

- 25 Με το πρώτο προδικαστικό ερώτημα στις υποθέσεις C-21/03 και C-34/03, το αιτούν δικαστήριο ζητεί κατ' ουσίαν να μάθει εάν αντίκειται προς τις διατάξεις του κοινοτικού δικαίου, στις οποίες αυτό αναφέρεται, ένας κανόνας, όπως αυτός των άρθρων 26 του βασιλικού διατάγματος της 25ης Μαρτίου 1999, περί τροποποίησης του βασιλικού διατάγματος της 10ης Ιανουαρίου 1996, και 32 του βασιλικού διατάγματος της 25ης Μαρτίου 1999, περί τροποποίησης του βασιλικού διατάγματος της 8ης Ιανουαρίου 1996, κανόνας με τον οποίο απαγορεύεται η συμμετοχή ή η υποβολή προσφοράς για σύμβαση δημοσίων έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών, όσον αφορά κάθε πρόσωπο στο οποίο ανατέθηκε η έρευνα, ο πειραματισμός, η μελέτη ή η προώθηση αυτών των έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών, χωρίς να έχει το πρόσωπο αυτό τη δυνατότητα να αποδείξει ότι, υπό τις συγκεκριμένες περιστάσεις, η αποκτηθείσα υπ' αυτού πείρα δεν νόθευσε τον ανταγωνισμό (στο εξής: επίδικος στην κύρια δίκη κανόνας).

- 26 Συναφώς, πρέπει να υπομνησθεί ότι το καθήκον τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης αποτελεί την ίδια την ουσία των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, με τις οποίες σκοπείται, ιδίως, να ευνοηθεί η ανάπτυξη ενός πραγματικού ανταγωνισμού στους τομείς που εμπίπτουν στα αντίστοιχα πεδία εφαρμογής τους και με τις οποίες θεσπίζονται κριτήρια όσον αφορά την ανάθεση της σχετικής σύμβασης με σκοπό τη διασφάλιση ενός τέτοιου ανταγωνισμού (απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland*, Συλλογή 2002, σ. I-7213, σκέψη 81 και η παρατιθέμενη σ' αυτή νομολογία).
- 27 Εξάλλου, κατά πάγια νομολογία, η αρχή της ίσης μεταχείρισης επιβάλλει παρόμοιες καταστάσεις να μην αντιμετωπίζονται κατά τρόπο διαφορετικό και διαφορετικές καταστάσεις να μην αντιμετωπίζονται κατά τον ίδιο τρόπο, εκτός εάν κάτι τέτοιο δικαιολογείται αντικειμενικώς (αποφάσεις της 14ης Δεκεμβρίου 2004, C-434/02, *Arnold André*, Συλλογή 2004, σ. I-11825, σκέψη 68 καθώς και η παρατιθέμενη σ' αυτή νομολογία, και C-210/03, *Swedish Match* κ.λπ., Συλλογή 2004, σ. I-11893, σκέψη 70 και η παρατιθέμενη σ' αυτή νομολογία).
- 28 Πάντως, ένα πρόσωπο στο οποίο ανατέθηκε η έρευνα, ο πειραματισμός, η μελέτη ή η προώθηση έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών σχετικών με δημόσια σύμβαση (στο εξής: πρόσωπο έχον πραγματοποιήσει ορισμένες προπαρασκευαστικές εργασίες) δεν βρίσκεται κατ' ανάγκη, προκειμένου περί της συμμετοχής στη διαδικασία αναθέσεως της σύμβασης αυτής, στην ίδια κατάσταση με πρόσωπο που δεν πραγματοποίησε τέτοιες εργασίες.
- 29 Πράγματι, αφενός, το πρόσωπο που συμμετέχε σε ορισμένες προπαρασκευαστικές εργασίες είναι δυνατόν να έχει ευνοηθεί όσον αφορά την υποβολή της προσφοράς του λόγω των πληροφοριών που, πραγματοποιώντας τις εν λόγω προπαρασκευαστικές εργασίες, συνέλεξε σχετικά με την επίμαχη δημόσια σύμβαση. Πάντως, όλοι οι υποβάλλοντες προσφορές πρέπει να διαθέτουν τις ίδιες ευκαιρίες όσον αφορά την υποβολή των προσφορών τους (βλ., υπό την έννοια αυτή, την απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

- 30 Αφετέρου, το εν λόγω πρόσωπο είναι δυνατόν να βρεθεί σε κατάσταση δυνάμενη να καταλήξει σε σύγκρουση συμφερόντων, υπό την έννοια ότι, όπως ορθώς επισημαίνει η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, δύναται αυτό, χωρίς καν να έχει την πρόθεση, σε περίπτωση που το ίδιο έχει υποβάλει προσφορά για τη σχετική σύμβαση, να επηρεάσει τους όρους αυτής προς την ευνοϊκή γι' αυτό κατεύθυνση. Μία τέτοια κατάσταση μπορεί να νοθεύσει τον ανταγωνισμό μεταξύ των υποβαλλόντων προσφορές.
- 31 Ως εκ τούτου, λαμβανομένης υπόψη της καταστάσεως αυτής στην οποία θα μπορούσε να βρεθεί το πρόσωπο που πραγματοποίησε ορισμένες προπαρασκευαστικές εργασίες, δεν μπορεί να υποστηριχθεί ότι η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως επιβάλλει να αντιμετωπιστεί το πρόσωπο αυτό με τον ίδιο τρόπο όπως και κάθε άλλο που έχει υποβάλει προσφορά.
- 32 Η Fabricom καθώς και η Αυστριακή και η Φινλανδική Κυβέρνηση υποστηρίζουν, κατ' ουσίαν, ότι η διαφορά μεταχειρίσεως η οποία έχει επιβληθεί με κανόνα όπως ο επίδικος της κύριας δίκης και η οποία συνίσταται στο να απαγορεύεται οπωσδήποτε στο πρόσωπο που πραγματοποίησε ορισμένες προπαρασκευαστικές εργασίες να συμμετάσχει στη διαδικασία αναθέσεως της οικείας δημοσίας συμβάσεως δεν δικαιολογείται αντικειμενικώς. Πράγματι, μια τέτοια απαγόρευση είναι δυσανάλογη. Σύμφωνα με αυτές, η ισότητα μεταχειρίσεως μεταξύ όλων των υποβαλλόντων προσφορές διασφαλίζεται εξίσου εάν υφίσταται μία διαδικασία με την οποία εκτιμάται, σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, εάν το γεγονός της πραγματοποίησεως ορισμένων προπαρασκευαστικών εργασιών παρέσχε στο πραγματοποιήσαν τις εν λόγω εργασίες πρόσωπο ανταγωνιστικό, σε σχέση με τους λοιπούς υποβαλλόντες προσφορές, πλεονέκτημα. Ένα τέτοιο μέτρο είναι λιγότερο περιοριστικό για το έχον πραγματοποιήσει ορισμένες προπαρασκευαστικές εργασίες πρόσωπο.
- 33 Συναφώς, διαπιστώνεται ότι ένας κανόνας όπως ο επίδικος της κύριας δίκης δεν παρέχει στο πραγματοποιήσαν ορισμένες προπαρασκευαστικές εργασίες πρόσωπο καμιά δυνατότητα να αποδείξει ότι, όσον αφορά τη δική του συγκεκριμένη περίπτωση, τα επισημαινόμενα στις σκέψεις 29 και 30 της παρούσας αποφάσεως προβλήματα δεν τίθενται.
- 34 Πάντως, ένας τέτοιος κανόνας υπερβαίνει τα όρια του μέτρου που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του στόχου της ίσης μεταχειρίσεως μεταξύ όλων των υποβαλλόντων προσφορές.

- 35 Συγκεκριμένα, η εφαρμογή του εν λόγω κανόνα μπορεί να έχει ως συνέπεια πρόσωπα έχοντα πραγματοποιήσει ορισμένες προπαρασκευαστικές εργασίες να αποκλείονται από τη διαδικασία δημοπρατήσεως χωρίς η συμμετοχή τους αυτή να συνεπάγεται οποιονδήποτε κίνδυνο όσον αφορά τον μεταξύ των υποβαλλόντων προσφορές.
- 36 Υπό τις συνθήκες αυτές, στο πρώτο ερώτημα των υποθέσεων C-21/03 και C-34/03 πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι αντίκειται προς την οδηγία 92/50 και, πιο συγκεκριμένα, στο άρθρο της 3, παράγραφος 2, την οδηγία 93/36 και, πιο συγκεκριμένα, στο άρθρο της 5, παράγραφος 7, την οδηγία 93/37 και, πιο συγκεκριμένα, στο άρθρο της 6, παράγραφος 6, καθώς και την οδηγία 93/38 και, πιο συγκεκριμένα, στα άρθρα της 4, παράγραφος 2, ένας κανόνας όπως ο προβλεπόμενος στα άρθρα 26 του βασιλικού διατάγματος της 25ης Μαρτίου 1999, περί τροποποιήσεως του βασιλικού διατάγματος της 10ης Ιανουαρίου 1996, και 32 του βασιλικού διατάγματος της 25ης Μαρτίου 1999, περί τροποποιήσεως του βασιλικού διατάγματος της 8ης Ιανουαρίου 1996, με τον οποίο δεν επιτρέπεται η υποβολή αιτήσεως συμμετοχής ή η υποβολή προσφοράς για σύμβαση δημοσίων έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών εκ μέρους προσώπου το οποίο συμμετέσχε στην έρευνα, τον πειραματισμό, τη μελέτη ή την προώθηση αυτών των έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών, χωρίς να παρέχεται στο εν λόγω πρόσωπο η δυνατότητα να αποδείξει ότι, υπό τις συγκεκριμένες περιστάσεις, η αποκτηθείσα υπ' αυτού πείρα δεν νόθευσε τον ανταγωνισμό.

Επί του δευτέρου ερωτήματος που έχει υποβληθεί στις υποθέσεις C-21/03 και C-34/03

- 37 Με το δεύτερο προδικαστικό το αιτούν δικαστήριο ερωτά στις υποθέσεις C-21/03 και C-34/03, εάν η απάντηση στο πρώτο ερώτημα θα ήταν διαφορετική εάν οι οδηγίες 92/50, 93/36, 93/37 και 93/38, σε συνδυασμό με την αρχή της αναλογικότητας, την ελευθερία του εμπορίου και της βιομηχανίας καθώς και το δικαίωμα ιδιοκτησίας, ερμηνευθούν ως αφορώσες μόνον τις ιδιωτικές επιχειρήσεις ή τους έχοντες πραγματοποιήσει παροχές υπηρεσιών εξ επαχθούς αιτίας.

- 38 Πρέπει να επισημανθεί ότι το ερώτημα αυτό βασίζεται σε υπόθεση η οποία δεν μπορεί να γίνει δεκτή.
- 39 Πράγματι, ουδεμία υφίσταται στις εν λόγω οδηγίες ένδειξη που να επιτρέπει να ερμηνευθούν αυτές ως αφορώσες, σε σχέση με τη δυνατότητα εφαρμογής τους στις επιχειρήσεις που συμμετέχουν ή σκοπεύουν να συμμετάσχουν σε διαδικασία δημοσίας συμβάσεως, μόνον τις ιδιωτικές επιχειρήσεις ή τους έχοντες πραγματοποιήσει παροχές υπηρεσιών εξ επαχθούς αιτίας. Κατά τα λοιπά, αντίκειται προς την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως το να υπόκεινται μόνον οι ιδιωτικές επιχειρήσεις ή οι έχοντες πραγματοποιήσει παροχές υπηρεσιών εξ επαχθούς αιτίας, που έχουν εκτελέσει ορισμένες προπαρασκευαστικές εργασίες, σε κανόνα όπως ο επίδικος στην υπόθεση της κύριας δίκης, ενώ κάτι τέτοιο δεν συμβαίνει όσον αφορά τις επιχειρήσεις που δεν διαθέτουν κάποια από τις ιδιότητες αυτές και έχουν επίσης πραγματοποιήσει τέτοιες προπαρασκευαστικές εργασίες.
- 40 Επομένως, παρέλκει η απάντηση στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα που υποβλήθηκε στις υποθέσεις C-21/03 και C-34/03.

Επί του τρίτου ερωτήματος που έχει υποβληθεί στις υποθέσεις C-21/03 και C-34/03

- 41 Με το τρίτο ερώτημα που έχει υποβληθεί στις υποθέσεις C-21/03 και C-34/03, το αιτούν δικαστήριο ζητεί κατ' ουσίαν να μάθει αν αντίκειται προς την οδηγία 89/665 και, πιο συγκεκριμένα, στα άρθρα της 2, παράγραφος 1, στοιχείο α', και 5, καθώς και την οδηγία 92/13 και, πιο συγκεκριμένα στα άρθρα της 1 και 2, το να μπορεί η αναθέτουσα αρχή να απαγορεύσει, μέχρι το πέρας της διαδικασίας εξετάσεως των προσφορών, τη συμμετοχή στη διαδικασία ή την υποβολή προσφοράς σε επιχείρηση που συνδέεται με οποιοδήποτε πρόσωπο πραγματοποίησε ορισμένες προπαρασκευαστικές εργασίες, και τούτο μολονότι, ερωτηθείσα σχετικώς από την αναθέτουσα αρχή, αυτή η επιχείρηση βεβαιώνει ότι δεν απολαύει εκ του λόγου αυτού αδικαιολογήτου πλεονεκτήματος δυναμένου να νοθεύσει τους κανονικούς όρους του ανταγωνισμού.

- 42 Συναφώς, πρέπει να υπομνησθεί ότι, εφόσον πρόκειται για διαδικαστικές λεπτομέρειες ένδικης προστασίας σκοπούσες στη διασφάλιση της προστασίας των δικαιωμάτων που παρέχονται από το κοινοτικό δίκαιο στους υποψηφίους και στους υποβάλλοντες προσφορές που τίγονται από αποφάσεις αναθέτουσών αρχών, οι εν λόγω λεπτομέρειες δεν πρέπει να διακυβεύουν την πρακτική αποτελεσματικότητα της οδηγίας 89/665 (απόφαση της 12ης Οκτωβρίου 2002, C-470/99, Universale-Bau κ.λπ., Συλλογή 2002, σ. I-11617, σκέψη 72).
- 43 Εξάλλου, οι διατάξεις των οδηγιών 89/665 και 92/13, αντικείμενο των οποίων είναι η προστασία των υποβαλλόντων προσφορά έναντι των αυθαιρεσιών της αναθέτουσας αρχής, αποσκοπούν στην ενδυνάμωση των μηχανισμών που υφίστανται για τη διασφάλιση της αποτελεσματικής εφαρμογής των κοινοτικών κανόνων σχετικά με τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ειδικότερα σε μια φάση κατά την οποία οι σχετικές παραβάσεις είναι ακόμα δυνατό να διορθωθούν. Μια τέτοια προστασία δεν μπορεί να είναι αποτελεσματική εάν ο υποβάλλων προσφορά δεν είναι σε θέση να προβάλλει τους κανόνες αυτούς έναντι της αναθέτουσας αρχής (απόφαση της 24ης Ιουνίου 2004, C-212/02, Επιτροπή κατά Αυστρίας, που δεν έχει ακόμη δημοσιευθεί στη Συλλογή, σκέψη 20 και η παρατιθέμενη σ' αυτή νομολογία).
- 44 Πάντως, η δυνατότητα που έχει η αναθέτουσα αρχή να καθυστερήσει, μέχρι μια πολύ προχωρημένη φάση της διαδικασίας, τη λήψη αποφάσεως ως προς τη δυνατότητα μιας συνδεδεμένης με πρόσωπο έχον πραγματοποιήσει ορισμένες προπαρασκευαστικές εργασίες επιχειρήσεως να συμμετάσχει στη διαδικασία ή να υποβάλει προσφορά, και τούτο μολονότι η αρχή αυτή διαθέτει όλα τα αναγκαία για τη λήψη της αποφάσεως αυτής στοιχεία, στερεί την επιχείρηση αυτή από τη δυνατότητα να επικαλεσθεί τους κοινοτικούς κανόνες σχετικά με τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων έναντι της αναθέτουσας αρχής κατά τη διάρκεια περιόδου κατά την οποία μόνη η εν λόγω αρχή διαθέτει διακριτική ευχέρεια περιόδου, η οποία μπορεί να παραταθεί, ενδεχομένως, μέχρι ένα χρονικό σημείο κατά το οποίο οι παραβάσεις δεν θα μπορούν πλέον να διορθωθούν λυσιτελώς.
- 45 Μια τέτοια κατάσταση είναι δυνατό να θίγει την πρακτική αποτελεσματικότητα των οδηγιών 89/665 και 92/13, καθώς μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα την αδικαιολόγητη μετάθεση στο μέλλον της δυνατότητας που έχουν οι ενδιαφερόμενοι να ασκήσουν τα δικαιώματα που τους παρέχει το κοινοτικό δίκαιο. Εξάλλου, μια τέτοια κατάσταση είναι αντίθετη προς τον σκοπό των οδηγιών 89/665 και 92/13, ο οποίος συνίσταται στην προστασία των υποβαλλόντων προσφορά έναντι της αναθέτουσας αρχής.

- 46 Επομένως, στο τρίτο προδικαστικό ερώτημα που έχει υποβληθεί στις υποθέσεις C-21/03 και C-34/03 πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι αντίκειται προς την οδηγία 89/665 και, πιο συγκεκριμένα, στα άρθρα της 2, παράγραφος 1, στοιχείο α', και 5, καθώς και προς την οδηγία 92/13 και, πιο συγκεκριμένα, στα άρθρα της 1 και 2 το να μπορεί η αναθέτουσα αρχή να απαγορεύει, μέχρι το πέρας της διαδικασίας εξετάσεως των προσφορών, τη συμμετοχή στη διαδικασία ή την υποβολή προσφοράς σε επιχείρηση συνδεδεμένη με οποιοδήποτε πρόσωπο στο οποίο ανατέθηκε η έρευνα, ο πειραματισμός, η μελέτη ή η προώθηση έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών, και τούτο μολονότι η επιχείρηση αυτή, ερωτηθείσα σχετικά από την αναθέτουσα αρχή, βεβαιώνει ότι δεν απολαύει εκ του λόγου αυτού αδικαιολογήτου πλεονεκτήματος δυναμένου να νοθεύσει τους κανονικούς όρους του ανταγωνισμού.

Επί των δικαστικών εξόδων

- 47 Δεδομένου ότι η διαδικασία έχει έναντι των διαδίκων της κύριας δίκης τον χαρακτήρα παρεμπόμπου που ανέκυψε ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου, σ' αυτό εναπόκειται να αποφανθεί επί των δικαστικών εξόδων. Τα έξοδα στα οποία υποβλήθηκαν προκειμένου να υποβάλουν παρατηρήσεις στο Δικαστήριο έτεροι πλην των εν λόγω διαδίκων, δεν αποδίδονται.

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

- 1) Αντίκειται προς την οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 97/52/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 13ης Οκτωβρίου 1997, και, πιο συγκεκριμένα, στο άρθρο της 3, παράγραφος 2, την οδηγία 93/36/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων προμηθειών, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 97/52, και, πιο συγκεκριμένα, στο άρθρο της 5, παράγραφος 7, την οδηγία 93/37/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 97/52, και, πιο συγκεκριμένα, στο άρθρο της 6, παράγραφος 6, καθώς και την οδηγία 93/38/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 98/4/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 16ης

Φεβρουαρίου 1998, και, πιο συγκεκριμένα, στο άρθρο της 4, παράγραφος 2, ένας κανόνας όπως ο προβλεπόμενος στα άρθρα 26 του βασιλικού διατάγματος της 25ης Μαρτίου 1999, περί τροποποιήσεως του βασιλικού διατάγματος της 10ης Ιανουαρίου 1996, περί συμβάσεων δημοσίων έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών, και 32 του βασιλικού διατάγματος της 25ης Μαρτίου 1999, περί τροποποιήσεως του βασιλικού διατάγματος της 8ης Ιανουαρίου 1996, σχετικά με τις δημόσιες συμβάσεις κατασκευής έργων, προμηθειών και υπηρεσιών και τις αναθέσεις δημοσίων έργων, ένας κανόνας με τον οποίο δεν επιτρέπεται η υποβολή αιτήσεως συμμετοχής ή η υποβολή προσφοράς για σύμβαση δημοσίων έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών εκ μέρους προσώπου το οποίο συμμετέχε στην έρευνα, τον πειραματισμό, τη μελέτη ή την προώθηση αυτών των έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών, χωρίς να παρέχεται στο εν λόγω πρόσωπο η δυνατότητα να αποδείξει ότι, υπό τις συγκεκριμένες περιστάσεις, η αποκτηθείσα επ' αυτού πείρα δεν νόθευσε τον ανταγωνισμό.

- 2) Αντίκειται προς την οδηγία 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων και, πιο συγκεκριμένα, στα άρθρα της 2, παράγραφος 1, στοιχείο α', και 5, καθώς και προς την οδηγία 92/13/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 τηλεπικοινωνιών, και, πιο συγκεκριμένα, στα άρθρα της 1 και 2, το να μπορεί η αναθέτουσα αρχή να απαγορεύει, μέχρι το πέρας της διαδικασίας εξετάσεως των προσφορών, τη συμμετοχή στη διαδικασία ή την υποβολή προσφοράς σε επιχείρηση συνδεδεμένη με οποιοδήποτε πρόσωπο στο οποίο ανατέθηκε η έρευνα, ο πειραματισμός, η μελέτη ή η προώθηση εκτελέσεως έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών, και τούτο μολονότι η επιχείρηση αυτή, ερωτηθείσα σχετικώς από την αναθέτουσα αρχή, βεβαιώνει ότι δεν απολαύει εκ του λόγου αυτού αδικαιολογήτου πλεονεκτήματος δυναμένου να νοθεύσει τους κανονικούς όρους του ανταγωνισμού.

(υπογραφές)