

Υπόθεση C-327/19

Σύνοψη της αιτήσεως προδικαστικής αποφάσεως κατά το άρθρο 98, παράγραφος 1, του Κανονισμού Διαδικασίας του Δικαστηρίου

Ημερομηνία καταθέσεως:

19 Απριλίου 2019

Αιτούν δικαστήριο:

Korkein hallinto-oikeus (Φινλανδία)

Ημερομηνία της αποφάσεως του αιτούντος δικαστηρίου:

15 Απριλίου 2019

Αναιρεσείουσα:

Nobina Finland Oy

Λοιποί διάδικοι στην αναιρετική διαδικασία:

Helsingin seudun liikenne-kuntayhtymä

Oy Pohjolan Kaupunkiliikenne Ab

Αντικείμενο της κύριας δίκης

Δημόσια σύμβαση – Υποδιαίρεση συμβάσεως σε παρτίδες – Περιορισμός του αριθμού των παρτίδων της συμβάσεως που μπορούν να κατακυρωθούν στον ίδιο προσφέροντα – Περιοριστική ρήτρα – Πρόσκληση υποβολής προσφορών – Μεταφορά με λεωφορεία

Αντικείμενο και νομική βάση της αιτήσεως για έκδοση προδικαστικής αποφάσεως

Η Helsingin seudun liikenne-kuntayhtymä (Ένωση Φορέων Συγκοινωνιών της περιφέρειας του Ελσίνκι, στο εξής: HSL) δημοσίευσε στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 25ης Αυγούστου 2015 προκήρυξη διαγωνισμού που αφορούσε τον τομέα των υπηρεσιών κοινής ωφέλειας και απηύθυνε πρόσκληση συμμετοχής σε ανοιχτό διαγωνισμό για την ανάθεση συμβάσεως μεταφοράς με λεωφορεία.

Η HSL είναι αναθέτων φορέας που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2004/17/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών (στο εξής: οδηγία του 2004 για τις επιχειρήσεις κοινής ωφελείας ή οδηγία 2004/17/EK).

Η εξεταζόμενη σύμβαση αφορά παροχή υπηρεσιών μεταφοράς με λεωφορεία και υπάγεται στην κατηγορία 2 του παραρτήματος XVII A της οδηγίας 2004/17/EK «Υπηρεσίες χερσαίων μεταφορών, συμπεριλαμβανομένων των υπηρεσιών θωρακισμένων οχημάτων και των υπηρεσιών ταχείας αποστολής εγγράφων ή μικροδεμάτων, εξαιρούμενης της μεταφοράς ταχυδρομείου αλληλογραφίας». Η προβλεπόμενη συνολική αξία της σύμβασεως, χωρίς τον φόρο προστιθέμενης αξίας, ανέρχεται σε περίπου 60 εκατομ. ευρώ και, κατά συνέπεια, υπερβαίνει τα κατώτατα όρια που καθορίζονται στο άρθρο 16, της οδηγίας 2004/17/EK.

Το ζήτημα που ανακύπτει στην προκείμενη υπόθεση αφορά το κατά πόσον ο αναθέτων φορέας δύναται να περιλαμβάνει στην πρόσκληση υποβολής προσφορών ρήτρα, δυνάμει της οποίας περιορίζεται ο αριθμός των παρτίδων που μπορούν να κατακυρωθούν στον ίδιο προσφέροντα (στο εξής: περιοριστική ρήτρα).

Η χρήση περιοριστικής ρήτρας στην προκήρυξη του διαγωνισμού είχε ως αποτέλεσμα το επίμαχο αντικείμενο 210 της σύμβασεως να κατακυρωθεί στην Oy Pohjolan Kaupunkiliikenne Ab (στο εξής: Pohjolan Kaupunkiliikenne), η οποία υπέβαλε τη δεύτερη καλύτερη προσφορά, αντί στη Nobina Finland Oy (στο εξής: Nobina) που κατέθεσε τη βέλτιστη προσφορά.

Επί των ερωτημάτων που υποβάλλονται με την αίτηση προδικαστικής αποφάσεως

1. Αντίκειται προς την οδηγία 2004/17/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψεως συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών (οδηγία του 2004 για τις επιχειρήσεις κοινής ωφελείας) ερμηνεία σύμφωνα με την οποία, εφόσον επιτρέπεται υποβολή προσφοράς για περισσότερες ή για όλες τις παρτίδες της σύμβασεως, ο αναθέτων φορέας δύναται δυνάμει ρήτρας που περιλαμβάνεται στην πρόσκληση υποβολής προσφορών να περιορίζει τον αριθμό των παρτίδων για τις οποίες είναι δυνατή σύναψη σύμβασεως με τον ίδιο προσφέροντα (περιοριστική ρήτρα);

2. Με βάση την περιοριστική ρήτρα που περιλαμβάνεται στην επίμαχη προκήρυξη διαγωνισμού για παροχή υπηρεσιών μεταφοράς με λεωφορεία, αν τα επιμέρους αντικείμενα της σύμβασεως που κατακυρώνονται στον ίδιο προσφέροντα υπερβαίνουν τον μέγιστο αριθμό ημερών δρομολογίων που καθορίζεται στη ρήτρα, τότε το αντικείμενο της σύμβασεως που συγκεντρώνει τη μικρότερη βαθμολογική διαφορά μεταξύ της βέλτιστης και της δεύτερης καλύτερης προσφοράς, πολλαπλασιαζόμενη με τον αριθμό των οχημάτων του εν

λόγω αντικειμένου, κατακυρώνεται στον προσφέροντα με τη δεύτερη καλύτερη προσφορά. Η εφαρμογή της περιοριστικής ρήτρας μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα ο προσφέρων που έχει υποβάλει τη βέλτιστη προσφορά για το επίμαχο αντικείμενο να συνάψει βάσει της προκηρύξεως σύμβαση για συνολικά λιγότερες ημέρες δρομολογίων σε σύγκριση με τον προσφέροντα που υπέβαλε τη δεύτερη καλύτερη προσφορά για το αντικείμενο της συμβάσεως.

α) Μπορεί για την εκτίμηση της εγκυρότητας της περιοριστικής ρήτρας να λαμβάνεται υπόψη το συγκεκριμένο αποτέλεσμα που εικάζεται ότι θα προέκυπτε αν στην προκήρυξη του διαγωνισμού προβλεπόταν η ρήτρα αυτή, ή η εκτίμηση αυτή πρέπει να γίνεται κατά τρόπο γενικό και αφηρημένο, ήτοι να αξιολογείται κατά πόσον η εφαρμογή τέτοιας ρήτρας, όπως η επίμαχη στην κύρια υπόθεση, είναι έγκυρη με βάση την οδηγία 2004/17/EK;

β) Είναι κρίσιμες κατά την εκτίμηση της εγκυρότητας περιοριστικής ρήτρας, όπως η επίμαχη στην κύρια υπόθεση, οι περιστάσεις που παρατίθενται στην αιτιολογία της προσκλήσεως υποβολής προσφορών και αφορούν την προστασία του ανταγωνισμού στον τομέα της παροχής υπηρεσιών μεταφοράς με λεωφορεία στην περιφέρεια του Ελσίνκι και τη μείωση του επιχειρηματικού κινδύνου που συνεπάγεται η ανάληψη μεγάλου όγκου υπηρεσιών μεταφοράς καθώς και η θέση σε λειτουργία τροποποιημένων συγκοινωνιακών γραμμών για την ποιότητα της διεξαγωγής των μεταφορών;

Παρατιθέμενες διατάξεις του ενωσιακού δικαίου

Άρθρα 10, 17 και 55, καθώς και παράρτημα XII, της οδηγίας 2004/17/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών

Παράρτημα VII της οδηγίας 2004/18/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών

Άρθρο 65, και αιτιολογική σκέψη 88, της οδηγίας 2014/25/EE του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, σχετικά με τις προμήθειες φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση της οδηγίας 2004/17/EK

Η προθεσμία που έτασσε η οδηγία 2014/25/EE για τη μεταφορά της στο εσωτερικό δίκαιο έληγε στις 18 Απριλίου 2016, ωστόσο, κατά τον χρόνο ενάρξεως της διαδικασίας του διαγωνισμού από την HSL, ήτοι στις 25 Αυγούστου 2015, η οδηγία δεν είχε ακόμη μεταφερθεί στην έννομη τάξη της Φινλανδίας. Καίτοι η οδηγία δεν τυγχάνει εφαρμογής στην παρούσα υπόθεση *ratione temporis*, εντούτοις το Korkein hallinto-oikeus κρίνει χρήσιμη την παραπομπή στις διατάξεις της.

Παρατιθέμενες διατάξεις του εθνικού δικαίου

Άρθρο 2 και άρθρο 54, του νόμου 349/2007, περί των διαδικασιών συνάψεως συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών

Η οδηγία 2004/17/EK μεταφέρθηκε στο εθνικό δίκαιο της Φινλανδίας με τον νόμο 349/2007.

Συνοπτική έκθεση των πραγματικών περιστατικών και της πορείας της διαδικασίας

- 1 Η πρόσκληση για υποβολή προσφορών αφορά συμβάσεις παροχής υπηρεσιών. Πρόκειται για ανταγωνισμό σε επίπεδο παροχής/κόστους, στο πλαίσιο του οποίου ο επιχειρηματίας που εκτελεί μεταφορές με λεωφορεία καλείται να υποβάλει προσφορά για τη λειτουργία των συγκοινωνιακών γραμμών που αποτελούν το αντικείμενο της σύμβασης με βάση τον χάρτη πορείας και το σχέδιο δρομολογίων που καθορίζονται από τον αναθέτοντα φορέα.
- 2 Η πρόσκληση υποβολής προσφορών περιελάμβανε δώδεκα συμβατικά αντικείμενα, εκ των οποίων τα τρία παρείχαν δυνατότητα επιλογής μεταξύ εναλλακτικών αντικειμένων. Τα αντικείμενα των συμβάσεων περιελάμβαναν μία ή περισσότερες γραμμές λεωφορείων στην περιφέρεια του Ελσίνκι. Σύμφωνα με την πρόσκληση υποβολής προσφορών, ο όγκος των δημοπρατούμενων υπηρεσιών μεταφοράς ανερχόταν σε 13,6–14,7 εκατομ. χιλιόμετρα συγκοινωνιακών γραμμών ανά έτος, για την εξυπηρέτηση των οποίων απαιτούνταν 198–206 λεωφορεία κατά τις εργάσιμες ημέρες. Το ποσοστό των δημοπρατούμενων δρομολογίων ανέρχεται περίπου στο 15 % των χιλιομετρικών αποστάσεων συγκοινωνιακών γραμμών που ανατίθενται από την HSL και περίπου στο 16 % του αριθμού των οχημάτων της HSL. Ο αριθμός των ημερών δρομολογίων για τα επιμέρους αντικείμενα των συμβάσεων της προσκλήσεως υποβολής προσφορών, ήτοι ο αριθμός οχημάτων που απαιτούνταν για τη μεταφορά κατά τις εργάσιμες ημέρες, κυμαινόταν από 5 έως 39.
- 3 Σύμφωνα με την πρόσκληση υποβολής προσφορών, η σύμβαση επρόκειτο να συναφθεί για χρονικό διάστημα επτά ετών. Επιπλέον, οι συμβάσεις περιελάμβαναν ρήτρα προαιρέσεως, η οποία παρείχε δυνατότητα ανανεώσεως για τρία έτη κατ' ανώτατο όριο.
- 4 Από την πρόσκληση υποβολής προσφορών προκύπτει ότι το συμβατικό αντικείμενο 210, το οποίο ανατέθηκε αντί για τη Nobina στην Pohjolan Kaupunkiliikenne, περιλαμβάνει τρεις συγκοινωνιακές γραμμές, για την εξυπηρέτηση των οποίων απαιτείται η χρήση 26 οχημάτων κατά τις εργάσιμες ημέρες, τα οποία καλούνται να διανύσουν περίπου 1,87 εκατομ. χιλιόμετρα ανά έτος.

- 5 Η πρόσκληση υποβολής προσφορών επέτρεπε την υποβολή προσφοράς για ένα ή περισσότερα αντικείμενα της συμβάσεως. Η προσφορά έπρεπε να αφορά πάντοτε το σύνολο του εκάστοτε αντικειμένου, ενώ δεν επιτρεπόταν η υποδιαίρεση των αντικειμένων σε παρτίδες. Κριτήριο αναθέσεως ήταν το μακροοικονομικό όφελος, το οποίο εκτιμάται αφού ληφθεί υπόψη ως παράμετρος ποιότητας το συνολικό κόστος παροχής υπηρεσιών συγκοινωνίας και τα χαρακτηριστικά του στόλου των λεωφορείων.
- 6 Η περιοριστική ρήτρα που επιβλήθηκε στον επίμαχο κύκλο υποβολής προσφορών προέβλεπε περιορισμούς όσον αφορά τον μέγιστο όγκο μεταφορών που θα μπορούσε να κατακυρωθεί στον εν λόγω κύκλο σε προσφέρουσα επιχείρηση ή στον ίδιο όμιλο επιχειρήσεων ή σε επιχειρήσεις που ανήκαν σε κοινοπραξία προσφερόντων. Η περιοριστική ρήτρα είχε ως εξής:
- «Στον παρόντα κύκλο υποβολής προσφορών μπορούν να κατακυρωθούν στον ίδιο προσφέροντα αντικείμενα συμβάσεως που αφορούν τη διαχείριση 110 λεωφορείων γραμμής κατ' ανώτατο όριο. Αν, κατόπιν συγκρίσεως των προσφορών που θα υποβληθούν για όλα τα αντικείμενα του παρόντος κύκλου διαγωνισμού, κατακυρωθούν σε προσφέροντα αντικείμενα στα οποία ο αριθμός των ημερών δρομολογίων που καθορίζεται στο αντικείμενο της συμβάσεως δεν υπερβαίνει συνολικά τις 110, υπολογίζεται η διαφορά για τα εν λόγω αντικείμενα. Ως διαφορά νοείται το αποτέλεσμα της βαθμολογικής αποκλίσεως μεταξύ της βέλτιστης και της δεύτερης καλύτερης προσφοράς κατά τη συγκριτική αξιολόγηση των προσφορών, πολλαπλασιαζόμενο με τον αριθμό των οχημάτων του αντικειμένου της συμβάσεως. Βάσει αυτής της διαφοράς πραγματοποιείται η κατάταξη των αντικειμένων στον οικείο κατάλογο. Τα αντικείμενα της συμβάσεως με τη μικρότερη διαφορά κατακυρώνονται στη δεύτερη καλύτερη προσφορά, όπως αυτή προκύπτει από την κατάταξη βάσει διαφοράς, έως ότου ο συνολικός αριθμός οχημάτων που ανατίθενται σε έναν προσφέροντα ανέλθει το πολύ σε 110. Ο περιορισμός αυτός πρέπει να εφαρμόζεται κατά τρόπον ώστε οι συνδυασμένες συνέπειες των τροποποιημένων αποτελεσμάτων να είναι οι ελάχιστες δυνατές για τον αναθέτοντα φορέα από την άποψη του μακροοικονομικού οφέλους της αναθέσεως.»
- 7 Για να αιτιολογήσει την περιοριστική ρήτρα, η HSL προέβαλε ότι ο συνολικός όγκος μεταφορών που δημοπρατείται με τον επίμαχο κύκλο υποβολής προσφορών είναι εξαιρετικά υψηλός. Κατά την άποψη αυτή, σκοπός του περιορισμού είναι η διασφάλιση της προστασίας του ανταγωνισμού στην αγορά των υπηρεσιών μεταφοράς με λεωφορεία για την περιφέρεια του Ελσίνκι καθώς και η μείωση του επιχειρηματικού κινδύνου που συνεπάγεται για την ποιότητα των υπηρεσιών μεταφοράς η ανάληψη μεγάλου όγκου μεταφορών καθώς και η λειτουργία τροποποιημένων συγκοινωνιακών γραμμών. Ο αναθέτων φορέας φρονεί ότι ο περιορισμός ήταν συμβατός με τους σκοπούς και τις διαδικασίες που προβλέπει η οδηγία για τις δημόσιες συμβάσεις.
- 8 Όπως προκύπτει από τα έγγραφα της διαδικασίας αναθέσεως της συμβάσεως, η Nobina υπέβαλε την καλύτερη προσφορά για έξι συμβατικά αντικείμενα. Ο

αριθμός των οχημάτων στα επίμαχα αντικείμενα ανερχόταν σε 120 και, ως εκ τούτου, υπερβαίνει τον όγκο μεταφορών των 110 λεωφορείων συγκοινωνιών που προβλεπόταν στην περιοριστική ρήτρα. Ο αριθμός λεωφορείων συγκοινωνιών που αντιστοιχούσε σε αμφότερα τα αντικείμενα που κατακυρώθηκαν στην Pohjolan Kaupunkiliikenne ήταν 72. Συνεπεία της εφαρμογής της προβλεπόμενης στην πρόσκληση υποβολής προσφορών περιοριστικής ρήτρας που αφορούσε όγκο μεταφορών με 110 λεωφορεία συγκοινωνιών λόγω της μικρότερης διαφοράς από τη Nobina, η οποία είχε υποβάλει την καλύτερη προσφορά, το αντικείμενο συμβάσεως αριθ. 210 ανατέθηκε στην Pohjolan Kaupunkiliikenne, της οποίας η προσφορά ήταν η δεύτερη συμφέρουσα. Μετά την εφαρμογή της περιοριστικής ρήτρας, ο αριθμός των λεωφορείων της Nobina ανερχόταν σε 94 και της Pohjolan Kaupunkiliikenne σε 98.

Σύντομη περιγραφή της προηγηθείσας διαδικασίας και των κύριων επιχειρημάτων των διαδίκων

Markkinaoikeus (Δικαστήριο οικονομικών υποθέσεων, Φινλανδία)

- 9 Το *Markkinaoikeus*, ενώπιον του οποίου κρίθηκε η υπόθεση σε πρώτο βαθμό, απεφάνθη ότι η επίμαχη περιοριστική ρήτρα δεν δύναται να θεωρηθεί ότι εισάγει δυσμενείς διακρίσεις, ότι στερείται ισορροπίας ή ότι προσκρούει καθ' οιονδήποτε τρόπο στις διατάξεις περί αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων. Το *Markkinaoikeus* απέρριψε την προσφυγή της Nobina ως προς τον λόγο αυτής που αφορούσε την περιοριστική ρήτρα.
- 10 Ειδικότερα, έκρινε ότι οι σκοποί που επικαλέστηκε η HSL για να αιτιολογήσει την εφαρμογή περιοριστικής ρήτρας δεν μπορούσε να θεωρηθεί ότι αντίκεινται στους κανόνες που διέπουν την ανάθεση συμβάσεων. Λαμβάνοντας υπόψη τις προπαρασκευαστικές εργασίες των οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις του 2014, το δικαστήριο έκρινε ότι για την επίτευξη του σκοπού αυτού επιτρέπεται ο περιορισμός της συμμετοχής των προσφερόντων στις παρτίδες της συμβάσεως.
- 11 Κάνοντας μνεία στις ως άνω προπαρασκευαστικές εργασίες, το *Markkinaoikeus* παρέπεμψε στο σχέδιο της οδηγίας για τις δημόσιες συμβάσεις του Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης 18966/11 MAP 10 MI 686 της 21ης Φεβρουαρίου 2012 που αφορούσε το τμήμα 5, για τη συμμετοχή μικρών και μεσαίων επιχειρήσεων στις διαδικασίες αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων. Όπως επισημαίνει το δικαστήριο, από το σχέδιο προκύπτει ότι οι αναθέτοντες φορείς είχαν τη δυνατότητα να περιορίζουν τη συμμετοχή του προσφέροντος σε παρτίδες συμβάσεως ήδη πριν από τη θέση σε ισχύ της οδηγίας του 2014 για τις δημόσιες συμβάσεις. Κατά το σχέδιο, παρεχόταν στους αναθέτοντες φορείς η δυνατότητα να επικαλούνται βάσιμους λόγους σε περίπτωση που δεν επιθυμούν να επιλεγεί ο ίδιος προσφέρων για όλες τις παρτίδες της συμβάσεως. Βάσιμο λόγο μπορούσε να συνιστά η εξασφάλιση ευρύτερης βάσεως προμηθευτών, προκειμένου να αποτραπεί η επικράτηση ενός και μόνο προμηθευτή ή/και η εδραίωση της

δεσπόζουσας θέσεως ενός οικονομικού φορέα ή πτυχές που αφορούν την ασφάλεια του εφοδιασμού.

- 12 Στην απόφασή του, το Markkinaoikeus διαπιστώνει ότι η περιοριστική ρήτρα δημοσιεύθηκε στην πρόσκληση υποβολής προσφορών και αφορούσε όλους τους προσφέροντες. Όσον αφορά την απαίτηση για μακροοικονομικό όφελος, η περιοριστική ρήτρα δεν δύναται να θεωρηθεί ότι παρεκκλίνει από τη γενικώς αποδεκτή παραδοχή ότι μια σύμβαση μπορεί να υποδιαιρείται σε παρτίδες και η συμμετοχή κάθε προσφέροντος να περιορίζεται στην ανάθεση συμβάσεως με βάση αυτές.

Korkein hallinto-oikeus (Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο, Φινλανδία)

- 13 Με το ένδικο μέσο που άσκησε η Nobina υποστήριξε ότι η εφαρμογή περιοριστικής ρήτρας είχε ως αποτέλεσμα να μην επιλεγεί η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως προσφορά.
- 14 Ειδικότερα, η Nobina ισχυρίστηκε ότι, βάσει της οδηγίας του 2004 για τις δημόσιες συμβάσεις, επιτρεπτή είναι μόνον η εκ των προτέρων υποδιαίρεση συμβάσεως σε παρτίδες. Εν προκειμένω, η HSL δεν προέβη σε εκ των προτέρων περιορισμό του αριθμού των παρτίδων, για τις οποίες θα μπορούσε να υποβληθεί προσφορά, αλλά επέβαλε περιορισμό που συνεπαγόταν την εκ των υστέρων μείωση. Ισχυρίστηκε επίσης ότι ο εκ των προτέρων περιορισμός και η εκ των υστέρων επιβληθείσα περιοριστική ρήτρα δεν αποτελούν συγκρίσιμες διαδικασίες από την άποψη του μακροοικονομικού οφέλους.
- 15 Περαιτέρω υποστήριξε ότι η περιοριστική ρήτρα προσκρούει στις αρχές του δικαίου της Ένωσης για τις δημόσιες συμβάσεις, καθώς και ότι αντίκειται στις αρχές της αναλογικότητας, της διαφάνειας, της αμεροληψίας και της απαγορεύσεως των διακρίσεων, ενώ είναι πιθανό να προκαλέσει στρέβλωση του ανταγωνισμού.
- 16 Ο εκ των υστέρων περιορισμός των αντικειμένων της συμβάσεως που έχουν κατακυρωθεί συνεπάγεται αλυσιτελώς βελτιστοποιημένες προσφορές καθώς και τη διάθεση δημοσίων πόρων στη δεύτερη καλύτερη προσφορά. Η ρήτρα δεν είναι απαραίτητη για τη διασφάλιση της προστασίας του ανταγωνισμού και τη μείωση του επιχειρηματικού κινδύνου. Και τούτο διότι δεν ενισχύει μακροπρόθεσμα τον ανταγωνισμό, αντιθέτως μπορεί να εγείρει προσκόμματα και να οδηγήσει σε αύξηση τιμών.
- 17 Κατά τη Nobina, με την περιοριστική ρήτρα ο αναθέτων φορέας επεμβαίνει στις συνθήκες ανταγωνισμού που επικρατούν στην αγορά. Η ρήτρα θα μπορούσε να ενεργοποιηθεί κατά τρόπο απρόβλεπτο και τυχαίο και να προκαλέσει δυσανάλογες επιπτώσεις στην τελική κατάταξη του προσφέροντος στον διαγωνισμό. Για τους λοιπούς προσφέροντες, πλην της Nobina, η περιοριστική ρήτρα δεν συνιστά ανασταλτικό παράγοντα για την αύξηση του μεριδίου τους στην αγορά παροχής υπηρεσιών μεταφοράς στην περιφέρεια του Ελσίνκι.

- 18 Η HSL ισχυρίζεται ότι, αφού λήφθηκε υπόψη η περιοριστική ρήτρα, για τις παρτίδες της συμβάσεως επελέγησαν οι οικονομικώς πλέον συμφέρουσες προσφορές ενώ ο αναθέτων φορέας δεν ενήργησε κατά παράβαση των διατάξεων για την ανάθεση συμβάσεων.
- 19 Υποστηρίζει επίσης ότι οι οδηγίες του 2014 περιέχουν διατάξεις που επιτρέπουν την εφαρμογή περιοριστικής ρήτρας. Και τούτο διότι βασίζονται στη μέχρι τούδε ισχύουσα στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων ρήτρα περί διατηρήσεως του ανταγωνισμού. Καίτοι σε παλαιότερα νομοθετήματα δεν περιλαμβάνονταν διατάξεις περί υποδιαίρεσεως των συμβάσεων σε παρτίδες, η δυνατότητα αυτή, σύμφωνα και με τα παλαιότερα νομοθετήματα, εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής.
- 20 Από το παράρτημα VII A της οδηγίας του 2004 για τις δημόσιες συμβάσεις, τις μνημονευόμενες στην απόφαση του *Markkinaoikeus* προπαρασκευαστικές εργασίες και το έγγραφο εργασίας της Επιτροπής SEC(2008), της 25ης Ιουνίου 2008 συνάγεται ότι η βάσει της οδηγίας του 2004 εφαρμογή της επίμαχης περιοριστικής ρήτρας ήταν δυνατή.
- 21 Βάσει της περιοριστικής ρήτρας που τέθηκε από την HSL, ο προσφέρων μπορούσε να υποβάλει προσφορά για όλες τις παρτίδες της συμβάσεως, καθώς και να επιλεγεί για περισσότερες εξ αυτών. Σε σύγκριση δε με τον περιορισμό του αριθμού των παρτίδων που προτείνει ο προσφέρων, η περιοριστική ρήτρα αποτελεί την ηπιότερη γι' αυτόν εναλλακτική λύση.
- 22 Καίτοι κατά τον χρόνο ενάρξεως της διαδικασίας αναθέσεως οι οδηγίες του 2004 για τις δημόσιες συμβάσεις δεν είχαν ακόμη μεταφερθεί στο εσωτερικό δίκαιο, η HSL υποστηρίζει ότι είχε δικαίωμα να εφαρμόσει την ηπιότερη περιοριστική ρήτρα, καθόσον αυτή δεν προσέκρουε σε διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας.
- 23 Η χρήση των δυνατοτήτων ανταγωνισμού και σε μελλοντικές προκηρύξεις διαγωνισμών, καθώς και ο απεγκλωβισμός του αναθέτοντος φορέα από τις εγγυήσεις μεμονωμένων προμηθευτών προκειμένου να εξασφαλιστεί η παροχή υπηρεσιών, θα μπορούσαν να εκληφθούν ως θεμιτοί σκοποί που επιδιώκονται με την περιοριστική ρήτρα. Τέλος, κατά τους ισχυρισμούς της HSL, η εφαρμογή περιοριστικής ρήτρας δεν παραβιάζει τις αρχές που διέπουν την ανάθεση συμβάσεων.

Συνοπτική έκθεση του σκεπτικού της διατάξεως περί παραπομπής

- 24 Κατά την κρίση του *Korkein hallinto-oikeus*, η επίμαχη σύμβαση εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας του 2004 για τις επιχειρήσεις κοινής ωφελείας και, ως εκ τούτου, η εγκυρότητα της περιοριστικής ρήτρας πρέπει να κριθεί με βάση τις διατάξεις της οδηγίας αυτής. Εντούτοις, για τη νομική αξιολόγηση της υποθέσεως είναι ήσσονος σημασίας το αν εφαρμόζεται η οδηγία του έτους 2004 για τις επιχειρήσεις κοινής ωφελείας ή η οδηγία του έτους 2004 για τις δημόσιες

συμβάσεις, καθόσον οι ρυθμίσεις αμφοτέρων των οδηγιών άπτονται του υπό εξέταση ζητήματος.

- 25 Το Korkein hallinto-oikeus φρονεί ότι στην προκειμένη υπόθεση η έκδοση προδικαστικής απόφασεως είναι απολύτως αναγκαία. Τούτο διότι χρήζει ερμηνείας το κατά πόσον, σε περίπτωση κατά την οποία, σύμφωνα με την προκήρυξη, ο προσφέρων δύναται να υποβάλει προσφορά για περισσότερες ή για όλες τις παρτίδες της συμβάσεως, η οδηγία του 2004 για τις επιχειρήσεις κοινής ωφελείας αντίκειται στην προβλεπόμενη στην προκήρυξη δυνατότητα του αναθέτοντος φορέα να περιορίζει στην απόφασή του περί αναθέσεως τον αριθμό των παρτίδων που μπορούν να κατακυρωθούν ανά σύμβαση στον ίδιο προσφέροντα.
- 26 Χρήζει επίσης ερμηνείας το ζήτημα της σημασίας που αποκτά για την εκτίμηση του κύρους της περιοριστικής ρήτρας το γεγονός ότι η οδηγία του 2004 για τις επιχειρήσεις κοινής ωφελείας ουδεμία ρητή ρύθμιση περιέχει για την υποδιαίρεση των συμβάσεων σε παρτίδες, καθώς και ότι κριτήριο αναθέσεως της συμβάσεως κατά την οδηγία αυτή αποτελεί υποχρεωτικά η πλέον συμφέρουσα οικονομική προσφορά ή η χαμηλότερη τιμή.
- 27 Πρέπει περαιτέρω να διευκρινιστεί αν κατά την εκτίμηση του κύρους της περιοριστικής ρήτρας μπορεί να λαμβάνεται υπόψη το συγκεκριμένο αποτέλεσμα που εικάζεται ότι θα προκαλέσει η εφαρμογή της ρήτρας στην προκήρυξη του διαγωνισμού.
- 28 Το Korkein hallinto-oikeus εκτιμά ότι στη νομολογία του Δικαστηρίου δεν υπάρχουν υποθέσεις στις οποίες να ανακύπτει το ζήτημα, αν κατ' εφαρμογή της οδηγίας του 2004 μπορεί να περιορίζεται ο αριθμός των παρτίδων της συμβάσεως που κατακυρώνονται σε έναν και μόνον προσφέροντα.
- 29 Επίσης, το Korkein hallinto-oikeus επισημαίνει ότι ενώπιον του Δικαστηρίου δεν εκκρεμεί αίτημα για έκδοση προδικαστικής απόφασεως που να αφορά το άρθρο 65, παράγραφος 2, της οδηγίας του 2004 περί επιχειρήσεων κοινής ωφελείας ή για τις αντίστοιχες διατάξεις της οδηγίας περί δημοσίων συμβάσεων.
- 30 Οι οδηγίες του 2004 δεν περιέχουν ρητή ρύθμιση που να ορίζει αν ο αναθέτων φορέας μπορεί να υποδιαιρεί τη σύμβαση σε παρτίδες και να περιορίζει τον αριθμό των παρτίδων για τις οποίες μπορεί να υποβληθεί προσφορά. Λαμβάνοντας υπόψη το άρθρο 17, παράγραφος 6, στοιχείο α', και σημείο 5, στοιχείο β', του παραρτήματος XIII της οδηγίας 2004/17/EK και τις αντίστοιχες διατάξεις της οδηγίας του 2004 για τις δημόσιες συμβάσεις, το Korkein hallinto-oikeus εκτιμά ότι η υποδιαίρεση της συμβάσεως είναι προφανώς δυνατή.
- 31 Ο περιορισμός, αφενός, του αριθμού των παρτίδων της συμβάσεως για τις οποίες ο προσφέρων μπορεί να υποβάλει προσφορά και ο περιορισμός, αφετέρου, του αριθμού των παρτίδων της συμβάσεως που μπορούν να κατακυρωθούν σε έναν μεμονωμένο προσφέροντα δεν αποτελούν απολύτως συγκρίσιμα μεγέθη. Τούτο διότι, στην πρώτη περίπτωση, ο προσφέρων καλείται να επιλέξει ήδη κατά τον

χρόνο υποβολής της προσφοράς του την παρτίδα που αυτή θα αφορά, ενώ επιλέγεται η πλέον συμφέρουσα οικονομική προσφορά ή η προσφορά με τη χαμηλότερη τιμή. Στη δεύτερη περίπτωση ο προσφέρων δύναται, εφόσον το επιθυμεί, να υποβάλει προσφορά για όλες τις παρτίδες της συμβάσεως, όμως, λόγω της εφαρμογής της περιοριστικής ρήτρας, μπορεί να επιλεγεί η δεύτερη οικονομικώς συμφέρουσα προσφορά ή η προσφορά με τη δεύτερη χαμηλότερη τιμή για κάποια από τις παρτίδες της συμβάσεως.

- 32 Εξάλλου, η εφαρμογή περιοριστικής ρήτρας μετά την υποβολή των προσφορών μπορεί να είναι ευνοϊκότερη για τον προσφέροντα σε σχέση με τον εκ των προτέρων περιορισμό τους, καθόσον ο προσφέρων, αν το επιθυμεί, μπορεί να υποβάλει προσφορά για περισσότερες ή για όλες τις παρτίδες της συμβάσεως, η δε περιοριστική ρήτρα ενδέχεται να μην ενεργοποιηθεί καθόλου.
- 33 Ο προσφέρων ή ο αναθέτων φορέας δεν μπορεί να γνωρίζει εκ των προτέρων σε ποιο αντικείμενο από τα αναφερόμενα στην προκήρυξη ή σε ποια παρτίδα της συμβάσεως θα εφαρμοστεί ενδεχομένως η περιοριστική ρήτρα. Στην πράξη, η κατάσταση αυτή ουδόλως διαφέρει από την προκήρυξη διαγωνισμού που δεν περιέχει περιοριστική ρήτρα, καθόσον ούτε σε εκείνη την περίπτωση ο προσφέρων είναι σε θέση να γνωρίζει αν θα ευδοκιμήσει η προσφορά του.
- 34 Όπως προκύπτει από την πρόσκληση υποβολής προσφορών της HSL, οι προσφορές αφορούσαν τα επιμέρους αντικείμενα που αναφέρονταν στην προκήρυξη του διαγωνισμού. Ωστόσο, κατώτατο όριο για την εφαρμογή της περιοριστικής ρήτρας δεν αποτελούσε ο αριθμός των αντικειμένων της συμβάσεως που θα κατακυρώνονταν στον προσφέροντα αλλά ο αριθμός των ημερών λειτουργίας λεωφορείων συγκοινωνιών που θα κατακυρώνονταν σε αυτόν. Το Korkein hallinto-oikeus φρονεί ότι ο αριθμός των ημερών δρομολογίων που κατακυρώθηκαν είχε τεθεί στη ρήτρα ως ανώτατο όριο, καθόσον τα επιμέρους αντικείμενα που αναφέρονταν στην προκήρυξη του διαγωνισμού είχαν διαφορετικό μέγεθος από την άποψη του όγκου των υπηρεσιών μεταφοράς.
- 35 Αν εφαρμοστεί η περιοριστική ρήτρα, το αντικείμενο ή τα αντικείμενα της συμβάσεως που περιλαμβάνονται στην προκήρυξη του διαγωνισμού θα κατακυρωθούν στον προσφέροντα με τη δεύτερη συνολικά καλύτερη προσφορά και όχι μόνον για τις ημέρες δρομολογίων που υπερβαίνουν το κατώτατο όριο. Στον προσφέροντα με τη δεύτερη καλύτερη προσφορά θα κατακυρωθεί το αντικείμενο ή τα αντικείμενα της συμβάσεως με τη μικρότερη βαθμολογική διαφορά μεταξύ της βέλτιστης και της δεύτερης καλύτερης προσφοράς, πολλαπλασιαζόμενη επί τον αριθμό των οχημάτων του αντικειμένου της συμβάσεως. Το HSL υποστήριξε ότι η ρήτρα έχει διαμορφωθεί κατά τέτοιο τρόπο ώστε οι επιπτώσεις από την εφαρμογή της στο μακροοικονομικό όφελος να περιορίζονται στο ελάχιστο δυνατό.
- 36 Παρά ταύτα, η εφαρμογή της περιοριστικής ρήτρας είχε ως αποτέλεσμα ο συνολικός αριθμός των οχημάτων που διέθετε η Nobina για τις ημέρες παροχής υπηρεσιών μεταφοράς στις συγκοινωνιακές γραμμές να μειωθεί από 120 σε 94

και, ως εκ τούτου, η αξία τους να είναι χαμηλότερη από αυτή του αντίστοιχου συνολικού αριθμού ημερών παροχής υπηρεσιών μεταφοράς της Pohjolan Kaupunkiliikennes, ο αριθμός των οχημάτων της οποίας αυξήθηκε από 72 σε 98. Η αφαίρεση του αντικειμένου της συμβάσεως από τον προσφέροντα που είχε υποβάλει την καλύτερη προσφορά και η ανάθεσή του στον προσφέροντα με τη δεύτερη καλύτερη προσφορά είχε ως αποτέλεσμα να κατακυρωθούν δυνάμει της προκηρύξεως συνολικά λιγότερες ημέρες παροχής υπηρεσιών μεταφοράς στον πρώτο προσφέροντα σε σύγκριση με τον δεύτερο. Καίτοι εφαρμόστηκε η περιοριστική ρήτρα, στη Nobina κατακυρώθηκαν περισσότερα αντικείμενα από όσα κατακυρώθηκαν στην Pohjolan Kaupunkiliikenne.

- 37 Η εφαρμογή περιοριστικής ρήτρας, όπως η επίμαχη, θα μπορούσε να οδηγήσει σε ακόμη μεγαλύτερες, σε σύγκριση με την προκειμένη υπόθεση, μεταβολές του αποτελέσματος του διαγωνισμού καθώς, λόγω της ρήτρας, υπό ορισμένες συνθήκες θα ήταν ευνοϊκότερο για τον προσφέροντα να λάβει τη δεύτερη θέση κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών. Αν, για παράδειγμα, ο αριθμός των ημερών δρομολογίων που κατακυρώνονταν σε έναν προσφέροντα ανερχόταν στις 111 ενώ η μικρότερη διαφορά που θα προέκυπτε από τον αριθμό των οχημάτων αντιστοιχούσε στο μεγαλύτερο από τα αντικείμενα της συμβάσεως, ήτοι στο αντικείμενο της συμβάσεως που περιελάμβανε 39 οχήματα, η υπέρβαση του προκαθορισμένου κατώτατου ορίου κατά μία μόλις ημέρα δρομολογίων θα είχε ως αποτέλεσμα να απολεσθεί το σύνολο του αντικειμένου της συμβάσεως που περιελάμβανε 39 οχήματα. Δεδομένου ότι, εκτός από τη βαθμολογική διαφορά μεταξύ των προσφορών, επιρροή για τον προσδιορισμό του αντικειμένου της συμβάσεως που θα κατακυρωθεί στον προσφέροντα με τη δεύτερη καλύτερη προσφορά ασκεί και ο αριθμός των οχημάτων του εν λόγω αντικειμένου, φαίνεται πιθανότερο το μεγαλύτερο αντικείμενο της συμβάσεως, πλην εκείνου που αφορά τον αριθμό των οχημάτων, να κατακυρωθεί σε άλλον και όχι στον επιτυχόντα προσφέροντα.
- 38 Εν συνεχεία των ανωτέρω διαπιστώσεων, το Korkein hallinto-oikeus εξέτασε επίσης το ζήτημα αν η εγκυρότητα της περιοριστικής ρήτρας θα έπρεπε να κριθεί κατά τρόπο γενικό και αφηρημένο, προκειμένου να διαπιστωθεί κατά πόσον επιτρέπεται η εφαρμογή της κατά την προκήρυξη του διαγωνισμού και την πρόσκληση υποβολής προσφορών με βάση την οδηγία του 2004 για τις επιχειρήσεις κοινής ωφελείας, ή εάν κατά την εκτίμηση της εγκυρότητας της περιοριστικής ρήτρας πρέπει να λαμβάνεται υπόψη το αποτέλεσμα στο οποίο δύναται να οδηγήσει η πρόβλεψή της στην προκήρυξη. Για λόγους ασφάλειας δικαίου και προβλεψιμότητας, το Korkein hallinto-oikeus φρονεί ότι κατά κανόνα προκύπτουν προβλήματα όταν η εκτίμηση της νομιμότητας περιοριστικής ρήτρας που περιέχεται στην πρόσκληση υποβολής προσφορών και, ως εκ τούτου, γνωστοποιείται στους προσφέροντες, βασίζεται σε μεμονωμένες περιπτώσεις στο αποτέλεσμα της προσκλήσεως υποβολής προσφορών.
- 39 Σε περίπτωση που η χρήση της περιοριστικής ρήτρας δεν είναι συμβατή με τις διατάξεις του άρθρου 55, παράγραφος 1, της οδηγίας 2004/17/EK, που αφορούν τα κριτήρια αναθέσεως, η ίδια ασυμβατότητα θα διαπιστωνόταν και με βάση την

οδηγία 2014/25/ΕΕ, η οποία ρητώς επιτρέπει τον περιορισμό των παρτίδων που δύνανται να ανατεθούν στον ίδιο προσφέροντα.

- 40 Οι λόγοι που επικαλέστηκε ο αναθέτων φορέας για να αιτιολογήσει την επιβολή περιοριστικής ρήτρας στην πρόσκληση υποβολής προσφορών συνάδουν με τους λόγους που αναφέρονται στην αιτιολογική σκέψη 88 της οδηγίας 2014/25/ΕΕ και αφορούν τη ρύθμιση της οδηγίας, κατά την οποία ο αναθέτων φορέας δύναται να περιορίζει τον αριθμό των παρτίδων που μπορούν να ανατεθούν στον ίδιο προσφέροντα. Η εφαρμογή της περιοριστικής ρήτρας διασφαλίζει την προστασία του ανταγωνισμού. Η προστασία του ανταγωνισμού στην αγορά εξασφαλίζει κατάλληλες συνθήκες για τη σύναψη συμβάσεων οι οποίες, συνολικά και μακροπρόθεσμα θεωρούμενες, θα αποφέρουν μακροοικονομικά οφέλη.

ΕΓΓΡΑΦΟ ΕΡΓΑΣΙΩΝ