

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΗΣ ΓΕΝΙΚΗΣ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ

CHRISTINE STIX-HACKL

της 23ης Σεπτεμβρίου 2004<sup>1</sup>

**I — Εισαγωγή**

1. Η υπό κρίση αίτηση για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως αφορά κυρίως τα δύο ακόλουθα νομικά προβλήματα του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων: τη δικαστική προστασία κατά της απευθείας αναθέσεως, δηλαδή της ελλείψεως τυπικής διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως, και τις προϋποθέσεις της εξαιρέσεως η οποία αφορά τις περιπτώσεις οιονεί αυτεπιστασίας. Το τελευταίο αυτό ζήτημα αφορά την ερμηνεία της αποφάσεως που εκδόθηκε στην υπόθεση Teckal<sup>2</sup>.

**II — Νομικό πλαίσιο**

2. Τα προδικαστικά ερωτήματα αφορούν, πρώτον, 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<sup>3</sup> (στο εξής: οδηγία 89/665) και, δεύτερον, την ερμηνεία της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών<sup>4</sup> (στο εξής: οδηγία 92/50).

3. Το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665, ως έχει σήμερα, ορίζει τα εξής:

«Τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα, έτσι ώστε, όσον αφορά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων που εμπíπτουν στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών 71/305/ΕΟΚ, 77/62/ΕΟΚ και 92/50/ΕΟΚ, οι αποφάσεις των αναθετουσών αρχών να υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και, ιδίως, όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών, σύμφωνα με τους όρους που τίθενται στα ακόλουθα άρθρα καθώς και, ιδίως, στο άρθρο 2 παράγραφος 7, στην περίπτωση όπου οι αποφάσεις αυτές παραβιάζουν την κοινοτική νομοθεσία στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων ή τους εθνικούς κανόνες που θέτουν σε εφαρμογή την κοινοτική νομοθεσία.»

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γερμανική.

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

3 — ΕΕ L 395, σ. 33, τροποποιηθείσα με το άρθρο 41 της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών (ΕΕ L 209, σ. 1): το εθνικό δικαστήριο την αποκαλεί «οδηγία περί προσφυγών».

4 — ΕΕ L 209, σ. 1, τροποποιηθείσα επανειλημμένως: το εθνικό δικαστήριο την αποκαλεί «οδηγία περί παροχής υπηρεσιών».

4. Το άρθρο 1, στοιχείο α', της οδηγίας 92/50 ορίζει συναφώς τα εξής:

«Κατά την έννοια της παρούσας οδηγίας:

α) οι δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών: είναι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας συναπτόμενες εγγράφως μεταξύ ενός παρέχοντος υπηρεσίες και μιας αναθέτουσας αρχής, [...]»

β) που ανατίθενται από μια κοινή επιχείρηση, η οποία έχει συσταθεί από πολλούς αναθέτοντες φορείς με σκοπό την άσκηση δραστηριοτήτων κατά την έννοια του άρθρου 2 παράγραφος 2 σε έναν απ' αυτούς τους αναθέτοντες φορείς ή σε επιχείρηση συνδεδεμένη με έναν από αυτούς τους αναθέτοντες φορείς,

εφόσον το 80 % τουλάχιστον του μέσου κύκλου εργασιών που πραγματοποίησε αυτή η επιχείρηση στην Κοινότητα κατά την τελευταία τριετία στον τομέα των υπηρεσιών προέρχεται από την παροχή αυτών των υπηρεσιών στις επιχειρήσεις με τις οποίες συνδέεται.

5. Τέλος, κατά την κύρια δίκη, έγινε επίσης αναφορά στην 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 (στο εξής: οδηγία 93/38)<sup>5</sup>. Το άρθρο 13, παράγραφος 1, της οδηγίας αυτής ορίζει τα εξής:

Όταν η ίδια υπηρεσία ή παρόμοιες υπηρεσίες παρέχονται από περισσότερες από μία επιχειρήσεις συνδεδεμένες με τον αναθέτοντα φορέα, λαμβάνεται υπόψη ο συνολικός κύκλος εργασιών στην Κοινότητα που προκύπτει από την παροχή υπηρεσιών εκ μέρους των επιχειρήσεων αυτών.»

«(1) Η παρούσα οδηγία δεν εφαρμόζεται στις συμβάσεις υπηρεσιών:

### III — Τα πραγματικά περιστατικά και η κύρια δίκη

α) τις οποίες αναθέτει ένας αναθέτων φορέας σε μια συνδεδεμένη επιχείρηση·

6. Ο Stadt Halle (Δήμος του Halle) άρχισε την άνοιξη του 2001 την κατάρτιση σχεδίου, αφωρώντος την προηγούμενη επεξεργασία, την αξιοποίηση καθώς και τη διάθεση των αποβλήτων υποχρεωτικής και μη υποχρεωτικής απορρίψεως, εκ μέρους του προς ον η

5 — ΕΕ L 199, σ. 84, τροποποιηθείσα επανειλημμένως.

ανάθεση της εκτελέσεως του σχεδίου, υπό την εποπτεία του Δήμου. Με απόφαση της 12ης Δεκεμβρίου 2001, ο Stadt Halle ανέθεσε στην RPL Recyclingpark Lochau GmbH (στο εξής: RPL) να σχεδιάσει, να λάβει την τεχνική έγκριση και να κατασκευάσει τη θερμική μονάδα διαθέσεως και αξιοποιήσεως αποβλήτων του Lochau (στο εξής: μονάδα του Lochau). Συγχρόνως, ο Stadt Halle αποφάσισε να αρχίσει διαπραγματεύσεις με την RPL, χωρίς προηγούμενη τυπική διαδικασία συνάψεως συμβάσεως, με σκοπό τη σύναψη συμβάσεως αφορώσας την απόρριψη των καταλοίπων αποβλήτων του, από 1ης Ιουνίου 2005. Η σύμβαση, η οποία υπάρχει ήδη σε σχέδιο, θα υπερέβαινε κατά πολύ το όριο που προβλέπεται για τέτοιου είδους συμβάσεις παροχής υπηρεσιών. Ο Stadt Halle σκοπεύει επιπλέον, προς εξασφάλιση της πλήρους αξιοποιήσεως της μονάδας, να συνάψει, με δύο γειτονικές περιφέρειες, κοινοπραξίες με τις οποίες αυτοί οι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοικήσεως θα του αναθέσουν τις εργασίες επεξεργασίας και αξιοποιήσεως, ούτως ώστε εν τέλει και η επεξεργασία των καταλοίπων αποβλήτων των περιφερειών αυτών θα πραγματοποιείται από τη μονάδα του Lochau της RPL. Ο Stadt Halle θεωρεί ότι πρόκειται περί «εσωτερικής πράξεως», εξαιρουμένης από την υποχρέωση προκηρύξεως διαγωνισμού.

7. Η RPL αποτελεί εταιρία στην οποία συμμετέχει ο δημόσιος τομέας και η οποία υφίσταται από το 1996 υπό τη μορφή της εταιρίας περιορισμένης ευθύνης. Οι εταίροι της είναι, με ποσοστό συμμετοχής 75,1 %, η Stadtwerke Halle GmbH, της οποίας ο μοναδικός εταίρος, η Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH, ανήκει στον

Stadt Halle κατά 100 %, και, με ποσοστό συμμετοχής 24,9 %, η RWE Umwelt Sachsen-Anhalt GmbH, μια ιδιωτική επιχείρηση. Οι επί του παρόντος σχέσεις συμμετοχής καθορίστηκαν με την εταιρική σύμβαση το πρώτον κατά τα τέλη του 2001, στο πλαίσιο της σκοπούμενης αναθέσεως της παροχής υπηρεσιών απορρίψεως αποβλήτων από 1ης Ιουνίου 2005. Σύμφωνα με την εταιρική σύμβαση, η επιχείρηση RPL Lochau έχει ως αντικείμενο την εκμετάλλευση μονάδων ανακυκλώσεως και απορρίψεως των αποβλήτων, ιδίως δε την εκμετάλλευση μονάδων λιπασματοποιήσεως βιολογικών απορριμμάτων, προετοιμασίας μικτών αποβλήτων από εργοτάξια και απορριμμάτων εργαστηρίων, και την κατασκευή και εκμετάλλευση μονάδων επεξεργασίας και αξιοποιήσεως της ιλύος από σταθμούς καθαρισμού, αξιοποιήσεως των υδάτων από διήθηση, των αερίων από χώρους απορρίψεως και των βιολογικών αερίων, καθώς και τη θερμική επεξεργασία των αποβλήτων.

8. Σύμφωνα με την εταιρική σύμβαση, οι αποφάσεις των εταίρων λαμβάνονται με απλή πλειοψηφία και, ορισμένες αποφάσεις, μεταξύ των οποίων ο ορισμός των δύο διαχειριστών της εταιρίας, λαμβάνονται με την αυξημένη πλειοψηφία του 75 % των ψήφων. Οι διαχειριστές υποχρεούνται να αποδίδουν λογαριασμό μηνιαίως προς τους εταίρους, σύμφωνα με τις διατάξεις που διέπουν την απόδοση λογαριασμών εντός της Stadtwerke Halle GmbH. Ορισμένες δικαιοπραξίες και μέτρα, μεταξύ των οποίων η σύναψη και η τροποποίηση των συμβάσεων εκμεταλλεύσεως, οι πραγματοποίηση επενδύσεων και η σύναψη δανείων, πρέπει,

από ένα ορισμένο ποσό και άνω, να εγκρίνονται από τη συνέλευση των εταιρών. Επί του παρόντος, η εμπορική και τεχνική διεύθυνση της RPL έχει ανατεθεί συμβατικώς σε μια τρίτη επιχείρηση. Οι αρμοδιότητες ελέγχου που ασκούνται συνήθως από το εποπτικό συμβούλιο ασκούνται εν προκειμένω από το εποπτικό συμβούλιο της Stadtwerke Halle. Σύμφωνα με την εταιρική σύμβαση, ο Stadt Halle έχει, όσον αφορά τους ετήσιους λογαριασμούς, μεταξύ άλλων, την εξουσία ελέγχου των οικονομικών καταστάσεων και την εξουσία προς άμεση πληροφόρηση της αρμόδιας για τον έλεγχο των οικονομικών καταστάσεων αρχής του.

μέσω διαφανούς διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, σύμφωνα με τον «Verdingungsordnung» (ικώδικα δημοσίων συμβάσεων).

10. Ο Stadt Halle και η RPL άσκησαν αμέσως έφεση κατά της αποφάσεως αυτής ενώπιον του Oberlandesgericht Naumburg.

#### IV — Τα προδικαστικά ερωτήματα

9. Με έγγραφο της 21ης Δεκεμβρίου 2001 και της 30ής Ιανουαρίου 2002, η Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (στο εξής: TREA) υποστήριξε ενώπιον του Stadt Halle ότι δεν συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις της «εσωτερικής πράξεως» και ότι, κατά συνέπεια, η πρόθεση του καθού να αναθέσει από 1ης Ιουνίου 2005 την παροχή των υπηρεσιών απορρίψεως των αποβλήτων χωρίς επίσημη προκήρυξη διαγωνισμού αντέβαινε στη νομοθεσία περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων. Με έγγραφο της 7ης Φεβρουαρίου 2002 καθώς και στο πλαίσιο μιας συσκέψεως στις 19 Φεβρουαρίου 2002, ο Stadt Halle επιβεβαίωσε ότι εμμένει στη γνώμη του. Με δικόγραφο της 21ης Φεβρουαρίου 2001, η TREA κίνησε διαδικασία προσφυγής ενώπιον του αρμοδίου για ζητήματα σχετικά με τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων τμήματος του Regierungspräsidium Halle, προκειμένου να υποχρεωθεί ο Stadt Halle να προβεί σε δημόσια προκήρυξη διαγωνισμού. Στις 27 Μαΐου 2002, το αρμόδιο για ζητήματα σχετικά με τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων τμήμα του Regierungspräsidium Halle υποχρέωσε τον Stadt Halle να αναθέσει τη σκοπούμενη παροχή υπηρεσιών —«απόρριψη των καταλοίπων αποβλήτων του Stadt Halle από 1ης Ιουνίου 2005»— στο πλαίσιο προκηρύξεως διαγωνισμού και

11. Το Oberlandesgericht Naumburg ανέστειλε τη διαδικασία και υπέβαλε στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

1. Απαιτεί το άρθρο 1, παράγραφος 1, πρώτη περίοδος, της οδηγίας περί προσφυγών από τα κράτη μέλη να διασφαλίζουν τη δυνατότητα ασκήσεως αποτελεσματικών και όσο το δυνατόν ταχύτερα εκδικαζομένων προσφυγών κατά της αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής να μην προβεί στη σύναψη δημόσιας συμβάσεως στο πλαίσιο διαδικασίας η οποία συνάδει προς τις διατάξεις των οδηγιών περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων;
2. Απαιτεί το άρθρο 1, παράγραφος 1, πρώτη περίοδος, της οδηγίας περί προσφυγών από τα κράτη μέλη να διασφαλίζουν επίσης τη δυνατότητα ασκήσεως αποτελεσματικών και όσο το δυνατόν ταχύτερα εκδικαζομένων προσφυγών κατά των αποφάσεων των αναθετουσών αρχών που λαμβάνονται πριν από την επίσημη προκήρυξη διαγωνισμού, ιδίως κατά της αποφάσεως

που επιλύει το προκριματικό ζήτημα αν μια συγκεκριμένη αγορά αγαθών ή υπηρεσιών εμπίπτει κατά κανόνα στο προσωπικό ή στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής των οδηγιών περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων ή αν κατ' εξαίρεση η σύμβαση αυτή δεν διέπεται από τη νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων;

3. Στην περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο πρώτο ερώτημα και αρνητικής απαντήσεως στο δεύτερο ερώτημα: Εκπληρώνει ένα κράτος μέλος την υποχρέωσή του να διασφαλίζει τη δυνατότητα ασκήσεως αποτελεσματικών και όσο το δυνατόν ταχύτερα εκδικαζομένων προσφυγών κατά της αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής να μην προβεί στη σύναψη δημοσίας συμβάσεως κατ' εφαρμογήν διαδικασίας η οποία συνάδει προς τις διατάξεις των οδηγιών περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, στην περίπτωση που το δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής εξαρτάται από το αν η διαδικασία αναθέσεως έχει προχωρήσει σ' ένα συγκεκριμένο στάδιο τυπικής διαδικασίας, π.χ. από το αν έχουν αρχίσει προφορικές ή γραπτές διαπραγματεύσεις με τρίτους για τη σύναψη της συμβάσεως;
4. Αν θεωρηθεί ότι μια αναθέτουσα αρχή π.χ. ένας οργανισμός τοπικής αυτοδιοικήσεως, σκοπεύει να συνάψει εγγράφως με οργανισμό, διακεκριμένο από τυπικής απόψεως από την αναθέτουσα αρχή —στο εξής: αντισυμβαλλόμενος—, σύμβαση παροχής υπηρεσιών εξ επαχθούς αιτίας η οποία θα ενέπιπτε στην οδηγία περί παροχής υπηρεσιών, και αν θεωρηθεί επίσης ότι η σύμβαση αυτή κατ' εξαίρεση δεν αποτελεί δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών κατά την έννοια του άρθρου 1, στοιχείο α', της οδηγίας περί παροχής υπηρεσιών, αφού ο αντισυμβαλλόμενος μπορεί να θεωρηθεί ότι περιλαμβάνεται στη δημόσια διοίκηση ή στις υπηρεσίες της αναθέτουσας αρχής—στο εξής: αυτεπιστασία, μη υποκείμενη στη διαδικασία συνάψεως δημοσίων συμβάσεων—, αποκλείει πάντοτε η συμμετοχή και μόνο μιας ιδιωτικής επιχειρήσεως στην εταιρία του αντισυμβαλλομένου τον χαρακτηρισμό της συμβάσεως αυτής ως αυτεπιστασίας, μη υποκείμενης στη διαδικασία συνάψεως δημοσίων συμβάσεων;
5. Στην περίπτωση αρνητικής απαντήσεως στο τέταρτο ερώτημα: Υπό ποιες προϋποθέσεις πρέπει να θεωρηθεί ότι ένας αντισυμβαλλόμενος στον οποίο ένας ιδιώτης έχει συμμετοχή, υπό την έννοια του εταιρικού δικαίου, —στο εξής: εταιρία με συμμετοχή του δημοσίου τομέα— ανήκει στη δημόσια διοίκηση ή στις υπηρεσίες της αναθέτουσας αρχής; Επί του ζητήματος αυτού, ειδικότερα:
  - α) Αρκεί, προκειμένου να θεωρηθεί ότι μια εταιρία με συμμετοχή του δημοσίου τομέα ανήκει στις υπηρεσίες της αναθέτουσας αρχής, βάσει του κριτηρίου της μορφής και της εντάσεως του ελέγχου, το γεγονός ότι αυτή η εταιρία συμμετοχής του δημοσίου τομέα «ελέγχεται» από την αναθέτουσα αρχή, επί παραδείγματι κατά την έννοια των άρθρων 1, σημείο 2, και 13, παρά-

γραφος 1, 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 1993, L 199, σ. 84), όπως τροποποιήθηκε με την Πράξη Προσχωρήσεως του 1994 (ΕΕ C 241 της 29ης Αυγούστου 1994, σ. 228) καθώς και με την οδηγία 98/4/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου (ΕΕ 1998, L 101, σ. 1) — στο εξής: οδηγία για τον συντονισμό της συνάψεως συμβάσεων σε διάφορους τομείς;

- β) Αποκλείει η οποιαδήποτε νομικά δυνατή επιρροή του ιδιώτη συνεταιριού της εταιρίας συμμετοχής του δημοσίου τομέα επί των στρατηγικών στόχων του αντισυμβαλλομένου και/ή επί των επιμέρους αποφάσεων στο πλαίσιο της διοικήσεως της επιχειρήσεως τη δυνατότητα να θεωρηθεί ότι η εν λόγω εταιρία συμμετοχής του δημοσίου τομέα περιλαμβάνεται στις υπηρεσίες της αναθέτουσας αρχής;

- γ) Αρκεί, προκειμένου να θεωρηθεί ότι μια εταιρία συμμετοχής του δημοσίου τομέα περιλαμβάνεται στις υπηρεσίες της αναθέτουσας αρχής, βάσει του κριτηρίου της μορφής και της εκτάσεως του ελέγχου, η ύπαρξη ενός εκτεταμένου διευθυντικού δικαιώματος μόνον ως προς τις αποφάσεις που αφορούν τη σύναψη της συμβάσεως και την παροχή σε σχέση με τη συγκεκριμένη ανάθεση;

- δ) Αρκεί, προκειμένου να θεωρηθεί ότι μια εταιρία συμμετοχής του δημοσίου τομέα περιλαμβάνεται στις υπηρεσίες της αναθέτουσας αρχής, βάσει του κριτηρίου της πραγματοποίησεως του κύριου μέρους των δραστηριοτήτων της για λογαριασμό της αναθέτουσας αρχής, το γεγονός ότι τουλάχιστον το 80% του κατά μέσον όρο κύκλου εργασιών που πραγματοποιήθηκε από την επιχείρηση αυτή στον τομέα της παροχής υπηρεσιών εντός της Κοινοότητας κατά την τελευταία τριετία προέρχεται από την παροχή τέτοιου είδους υπηρεσιών στην αναθέτουσα αρχή ή στις επιχειρήσεις που συνδέονται με την αναθέτουσα αρχή ή ανήκουν σ' αυτή ή —εφόσον η μικτής οικονομίας επιχείρηση δεν έχει ακόμα συμπληρώσει τρία έτη λειτουργίας— το γεγονός ότι προβλέπεται ότι η επιχείρηση αυτή θα εγγίσει το όριο αυτό του 80%;

#### **V — Τα προδικαστικά ερωτήματα που αφορούν τη δικαστική προστασία (τρία πρώτα προδικαστικά ερωτήματα)**

#### *A — Επί του παραδεκτού*

12. Πρέπει κατ' αρχάς να διερευνηθεί αν και κατά πόσον τα ερωτήματα περί της δικαστικής προστασίας είναι παραδεκτά.

13. Το Δικαστήριο υποχρεούται, κατ' αρχήν, να αποφανθεί επί κάθε αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως εκτός εάν είναι προφανές ότι με αυτήν επιδιώκεται, στην πραγματικότητα, να οδηγηθεί το Δικαστήριο σε έκδοση αποφάσεως μέσω μιας κατασκευασμένης διαφοράς ή να διατυπώσει συμβουλευτικές γνώμες επί γενικών ή υποθετικών ζητημάτων, ή ότι η ερμηνεία του κοινοτικού δικαίου που ζητείται δεν έχει καμία σχέση με το υποστατό ή το αντικείμενο της διαφοράς ή ακόμη ότι το Δικαστήριο δεν διαθέτει τα πραγματικά ή νομικά στοιχεία που είναι αναγκαία προκειμένου να δώσει χρήσιμη απάντηση στα ερωτήματα που του υποβάλλονται<sup>6</sup>.

14. Στην υπό κρίση υπόθεση, προκύπτει από τη δικογραφία ότι η σκοπούμενη σύναψη δημοσίας συμβάσεως, η οποία αποτελεί το αντικείμενο της κύριας δίκης, βρίσκεται σε ορισμένο στάδιο: συγκεκριμένα, υπάρχει ήδη σχέδιο συμβάσεως. Εντεύθεν συνάγεται ότι τα προδικαστικά ερωτήματα είναι παραδεκτά μόνον κατά το μέτρο που είναι αναγκαία για την επίλυση της διαφοράς στην περίπτωση αυτή. Τα προδικαστικά ερωτήματα αφορούν βεβαίως θεμελιώδη ζητήματα δικαστικής προστασίας, αλλά οι δικονομικοί κανόνες δεν επιτρέπουν την ενασχόληση με τέτοιου είδους γενικές σκέψεις. Πράγματι, τα ερωτήματα αυτά αφορούν περιπτώσεις οι οποίες δεν αποτελούν το αντικείμενο της

συγκεκριμένης διαφοράς της οποίας έχει επιληφθεί το αιτούν δικαστήριο. Εξάλλου, το αιτούν δικαστήριο δεν εξηγεί ποιοι λόγοι το οδήγησαν να θεωρήσει ότι μια απάντηση σχετική με τις περιπτώσεις αυτές είναι αναγκαία προκειμένου να είναι αυτό σε θέση να αποφανθεί επί της διαφοράς της οποίας έχει επιληφθεί.

15. Επομένως, ελλείψει στοιχείων από τα οποία μπορεί να προκύψει ότι μια απάντηση αφορώσα τις περιπτώσεις αυτές είναι αναγκαία για την επίλυση της διαφοράς της κύριας δίκης, τα ερωτήματα αυτά πρέπει να θεωρηθούν υποθετικής φύσεως και, επομένως, να κηρυχθούν απαράδεκτα<sup>7</sup>.

16. Συνεπώς, κατά το μέτρο που τα προδικαστικά ερωτήματα σκοπούν στη διευκρίνιση νομικών ζητημάτων γενικής φύσεως, είναι απαράδεκτα. Το ίδιο ισχύει για το ζήτημα αν το εθνικό δίκαιο συμβιβάζεται με το κοινοτικό δίκαιο, το οποίο τίθεται με το τρίτο ερώτημα. Εκτός των περιορισμών αυτών, τα σχετικά με τη δικαστική προστασία προδικαστικά ερωτήματα είναι παραδεκτά κατά τα λοιπά, τουλάχιστον ως προς την περίπτωση της διαφοράς της κύριας δίκης. Δεδομένου ότι τα τρία πρώτα προδικαστικά ερωτήματα έχουν παράλληλο περιεχόμενο, δηλαδή σκοπούν και τα τρία στον καθορισμό των πράξεων της αναθέτουσας αρχής οι οποίες είναι επιδεκτικές προσφυγής, πρέπει να εξετασθούν και να απαντηθούν από κοινού.

6 — Επί του ζητήματος της συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, βλ. τις αποφάσεις της 16ης Οκτωβρίου 2003, C-421/01, Traunfeller (Συλλογή 2003, σ. I-11941, σκέψη 37), και της 4ης Δεκεμβρίου 2003, C-448/01, EVN και Wienstrom (Συλλογή 2003, σ. I-14527, σκέψη 76).

Πρβλ. εξάλλου, ιδίως, τις αποφάσεις της 16ης Δεκεμβρίου 1981, 244/80, Foglia (Συλλογή 1981, σ. 3045, σκέψη 18), της 15ης Δεκεμβρίου 1995, C-415/93, Bosman (Συλλογή 1995, σ. I-4921, σκέψη 61), της 16ης Ιανουαρίου 1997, C-134/95, USSL n° 47 di Biella (Συλλογή 1997, σ. I-195, σκέψη 12), και της 7ης Ιανουαρίου 2003, C-306/99, ΒΙΑΟ (Συλλογή 2003, σ. I-1, σκέψη 89).

7 — Αποφάσεις C-421/01 (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 6), σκέψεις 38 επ., και C-448/01 (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 6), σκέψη 83· βλ. επίσης την απόφαση της 18ης Μαρτίου 2004, C-314/01, Siemens (Συλλογή 2004, σ. I-2549, σκέψη 36).

B — *Επί της ουσίας*

17. Τα προδικαστικά ερωτήματα που αφορούν τη δικαστική προστασία κατά ορισμένων αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής αφορούν κυρίως το ζήτημα από ποιο στάδιο και πέρα πριν από την καθαυτό σύναψη συμβάσεως πρέπει να παρέχεται το δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων το οποίο προβλέπει η οδηγία 89/665. Πρόκειται κατ' ουσίαν για τον καθορισμό του χρονικού σημείου κατά το οποίο ένα σχέδιο αγοράς αγαθών ή υπηρεσιών έφθασε τον απαιτούμενο για τη δικαστική προστασία βαθμό συγκεκριμενοποίησης.

18. Πρέπει, κατ' αρχάς να ληφθεί ως αφετηρία η αρχή ότι, κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, η έννοια των «αποφάσεων» κατά το άρθρο 1, παράγραφος 1, και η έννοια των «αποφάσεων» ως πράξεων δεκτικών προσφυγής, κατά το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 89/665, δηλαδή των πράξεων της αναθέτουσας αρχής που είναι δεκτικές προσφυγής, πρέπει να ερμηνεύονται ευρέως.

19. Κατά τη νομολογία αυτή, το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665 δεν προβλέπει «κανένα περιορισμό όσον αφορά τη φύση και το περιεχόμενο»<sup>8</sup> των αποφάσεων.

<sup>8</sup> — Αποφάσεις της 28ης Οκτωβρίου 1999, C-81/98, Alcatel Austria κ.λπ. (Συλλογή 1999, σ. I-7671, σκέψη 35), της 18ης Ιουνίου 2002, C-92/00, HI (Συλλογή 2002, σ. I-5553, σκέψη 49), και της 19ης Ιουνίου 2003, C-315/01, GAT (Συλλογή 2003, σ. I-6351, σκέψη 52).

20. Επιπλέον, κατά το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665, τα κράτη μέλη υποχρεούνται να διασφαλίζουν ότι οι διαδικασίες προσφυγής μπορούν να κινηθούν «τουλάχιστον» από οποιοδήποτε πρόσωπο που έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από μια εικαζόμενη παράβαση των διατάξεων του κοινοτικού δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων ή των εθνικών κανόνων για τη μεταφορά του δικαίου αυτού στην εσωτερική έννομη τάξη.

21. Στην υπό κρίση υπόθεση, τίθεται το ζήτημα αν η έννοια της αποφάσεως, νοούμενη ευρέως, περιλαμβάνει και τις αποφάσεις οι οποίες λαμβάνονται «σε προηγούμενο στάδιο» ή, κατά τη νομική διατύπωση, οι οποίες λαμβάνονται πριν από την έναρξη της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως. Συνεπώς, πρόκειται περί αποφάσεων που λαμβάνονται μεταξύ του σταδίου των απλών σκέψεων και της κινήσεως ή μη της διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως.

22. Λαμβανομένου υπόψη του σκοπού της οδηγίας 89/665, δηλαδή της διασφάλισης μιας αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, όπως ρητώς ορίζεται στο άρθρο 1, παράγραφος 1, αυτής, πρέπει η οδηγία αυτή να έχει εφαρμογή και στις αποφάσεις που λαμβάνονται πριν από την έναρξη της διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως.



23. Όσον αφορά τη δυνατότητα ασκήσεως προσφυγής κατά της αποφάσεως περί μη κινήσεως διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, πρόκειται περί αποφάσεως που μπορεί να θεωρηθεί αντίστοιχη προς την απόφαση περί περατώσεως μιας διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως.

24. Οι αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής οι οποίες αφορούν την περάτωση της διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως περιλαμβάνονται μεταξύ των πράξεων που είναι δεκτικές προσφυγής. Το Δικαστήριο το υπογράμμισε ρητώς, όσον αφορά την ανάκληση μιας προκηρύξεως διαγωνισμού. Έτσι «η πλήρης υλοποίηση του επιδιωκόμενου με την οδηγία 89/665 στόχου θα διακυβευόταν αν οι αναθέτουσες αρχές είχαν την ευχέρεια να προβαίνουν στην ανάκληση προκηρύξεως διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, χωρίς να υπόκεινται στις διαδικασίες δικαστικού ελέγχου με σκοπό την από πάσης απόψεως διασφάλιση της αποτελεσματικής τηρήσεως των οδηγιών περί θεσπίσεως ουσιαστικών κανόνων αφορώντων τις δημόσιες συμβάσεις και περί των αρχών επί των οποίων θεμελιώνονται»<sup>9</sup>.

25. Βεβαίως, αντιθέτως προς την κατάρτηση μιας ήδη κινηθείσας διαδικασίας, μια απόφαση περί μη κινήσεως διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως, υπό την έννοια των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, βρίσκεται, ως εκ της φύσεώς της, εκτός του πλαισίου κάθε διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως· τούτο όμως ουδόλως αποκλείει την εφαρμογή της οδηγίας 89/665.

9 — Απόφαση C-92/00 (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 8), σκέψη 53.

26. Πράγματι, κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 89/665 που αφορά τη δικαστική προστασία δεν περιορίζεται στον έλεγχο των παραβιάσεων των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων. Έτσι, το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665 έχει εφαρμογή σε όλες λαμβανόμενες από αναθέτουσες αρχές αποφάσεις που διέπονται από τους κανόνες του κοινοτικού δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων»<sup>10</sup>, χωρίς το Δικαστήριο να περιορίζεται στις διατάξεις των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων.

27. Τα κράτη μέλη δεν υποχρεούνται να παρέχουν το δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής σε οποιοδήποτε πρόσωπο επιδιώκει τη σύναψη δημοσίας συμβάσεως. Αντιθέτως, τα κράτη μέλη δικαιούνται να απαιτούν, επιπλέον, να έχει υποστεί ή να ενδέχεται να υποστεί το συγκεκριμένο πρόσωπο ζημία από την παράβαση που προβάλλει<sup>11</sup>. Προς τούτο, μπορούν κατ' αρχήν να προβλέψουν ότι η συμμετοχή σε διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως αποτελεί προϋπόθεση της οποίας η πλήρωση απαιτείται προκειμένου να αποδειχθεί ότι το συγκεκριμένο πρόσωπο δικαιολογεί συμφέρον να συνάψει την εν λόγω σύμβαση ή κίνδυνο να υποστεί ζημία λόγω του προβαλλόμενου παράνομου χαρακτήρα της αποφάσεως περί συνάψεως της εν λόγω συμβάσεως.

10 — Βλ., ειδικότερα, απόφαση της 23ης Ιανουαρίου 2003, C-57/01, Μακεδονικό Μετρό και Μηχανική (Συλλογή 2003, σ. I-1091, σκέψη 68). Πρβλ. την απόφαση C-92/00 (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 8), σκέψη 37, και την απόφαση C-315/01 (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 8), σκέψη 52.

11 — Αποφάσεις της 19ης Ιουνίου 2003, C-249/01 Hackermüller (Συλλογή 2003, σ. I-6319, σκέψη 18) και της 12ης Φεβρουαρίου 2004, C-230/02, Grossmann Air Service (Συλλογή 2004, σ. I-1829, σκέψεις 25 επ.).

28. Εντούτοις, το Δικαστήριο έχει ήδη αποφανθεί ότι, στην περίπτωση κατά την οποία μια επιχείρηση δεν κατέθεσε προσφορά επειδή τα τεύχη δημοπρατήσεως και η συγγραφή υποχρεώσεων περιείχαν διατάξεις προβαλλόμενες ως εισάγουσες δυσμενείς διακρίσεις, λόγω ακριβώς των οποίων δεν ήταν σε θέση να παράσχει το σύνολο των παροχών που αποτελούσαν αντικείμενο του διαγωνισμού, έχει δικαίωμα να ασκήσει απευθείας προσφυγή κατά των διατάξεων αυτών, πριν από την περάτωση της διαδικασίας συνάψεως της συγκεκριμένης συμβάσεως<sup>12</sup>.

30. Κατά συνέπεια, δεν είναι αποφασιστικό για την εφαρμογή των οδηγιών περί προσφυγών και, συνεπώς, των διαδικασιών προσφυγής το να έχει προηγηθεί διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως. Συγκεκριμένα, το πεδίο εφαρμογής των οδηγιών περί προσφυγών δεν συνδέεται προς την πραγματική εφαρμογή των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, επί παραδείγματι της οδηγίας 93/38, αλλά προς το γεγονός ότι η μία από τις οδηγίες αυτές μπορούσε να έχει ή έχει εφαρμογή, επί παραδείγματι αν η προς έλεγχο δικαιοπραξία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της.

29. Ακριβώς όπως πρέπει να είναι εφικτό για μια επιχείρηση να ασκήσει προσφυγή απευθείας κατά των παραβάσεων, χωρίς να χρειάζεται να αναμείνει την ολοκλήρωση της διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως<sup>13</sup>, πρέπει επίσης να είναι εφικτό για την επιχείρηση να ζητήσει τον έλεγχο ορισμένων σημαντικών για τη σύναψη της συμβάσεως αποφάσεων, χωρίς να πρέπει να αναμείνει την έναρξη της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως. Πράγματι, είναι χαρακτηριστικό των περιπτώσεων που μας ενδιαφέρουν εν προκειμένω ότι ακριβώς δεν καταλήγουν σε διαδικασία συνάψεως συμβάσεων υπό την έννοια των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων. Δεν μπορεί όμως να απαιτηθεί από μια επιχείρηση να υποβάλει προσφορά, ενώ δεν έχει κινηθεί διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως.

31. Από τις σκέψεις αυτές συνάγεται ότι ακόμη και πράξεις οι οποίες τελέσθηκαν πριν από την έναρξη μιας διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως είναι δεκτικές προσφυγής, υπό την έννοια της οδηγίας 89/665. Αλλά υπάρχουν ορισμένα όρια.

32. Προφανώς αποκλείεται να είναι όλες οι πράξεις της αναθέτουσας αρχής δεκτικές προσφυγής, λόγω του ότι τα διάφορα στάδια που προηγούνται της έναρξεως μιας διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως διαφέρουν από το ένα κράτος μέλος στο άλλο και του ότι, επιπλέον, τα στάδια αυτά εξαρτώνται από το συγκεκριμένο σχέδιο αγοράς αγαθών ή υπηρεσιών.

33. Επιπλέον, πρέπει να υπομνησθεί ένα κριτήριο το οποίο ανέπτυξε το Δικαστήριο όσον αφορά την παροχή δικαστικής προστασίας. Σύμφωνα με το κριτήριο αυτό, «η

12 — Απόφαση C-230/02 (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 11), σκέψη 28.

13 — Απόφαση C-230/02 (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 11), σκέψη 29 ετ.

οδηγία 89/665 περιορίζεται στο να επιρρων-  
νύει τους υφιστάμενους, τόσο σε εθνικό όσο  
και σε κοινοτικό επίπεδο, μηχανισμούς για  
τη διασφάλιση της αποτελεσματικής εφαρ-  
μογής των κοινοτικών οδηγιών σχετικά με τη  
σύναψη κρατικών συμβάσεων, ειδικότερα *σ'  
ένα στάδιο όπου είναι ακόμη δυνατή η  
διόρθωση των παραβάσεων*»<sup>14</sup>.

34. Το γεγονός ότι οι πράξεις της αναθέ-  
τουσας αρχής δεν είναι όλες δεκτικές προ-  
σφυγής ενισχύεται επίσης από μια άλλη  
απόφαση του Δικαστηρίου, σχετική με τον  
περιορισμό από το εθνικό δίκαιο του  
δικαιώματος ασκήσεως προσφυγής κατά  
ορισμένων αποφάσεων της αναθέτουσας  
αρχής. Με την απόφαση αυτή, το Δικαστή-  
ριο βασίστηκε στο κριτήριο αν διασφαλιζό-  
ταν κατάλληλη δικαστική προστασία. Το  
Δικαστήριο έκρινε ότι η δικαστική προστα-  
σία ήταν κατάλληλη μολονότι, κατά το  
εθνικό δίκαιο, μπορούσαν να προσβληθούν  
μόνον οι διαδικαστικές πράξεις που κρίνουν  
άμεσα ή έμμεσα την ουσία της διαφοράς,  
συνεπάγονται αδυναμία συνεχίσεως της  
διαδικασίας ή υπερασπίσεως, ή προκαλούν  
ανεπανόρθωτη ζημία σε δικαιώματα ή  
θεμιτά συμφέροντα<sup>15</sup>.

35. Συνεπώς, εφόσον είναι δυνατός, δηλαδή  
συνάδει προς την οδηγία 89/665, ο αποκλει-  
σμός της ασκήσεως κάθε προσφυγής κατά  
ορισμένων πράξεων που τελέσθηκαν μετά

την έναρξη της διαδικασίας συνάψεως  
δημοσίας συμβάσεως, πρέπει κατά μείζονα  
λόγο να είναι δυνατός ο αποκλεισμός της  
ασκήσεως προσφυγής κατά ορισμένων προ-  
γεγεστέρων πράξεων.

36. Τέλος, υπενθυμίζεται ότι οι οδηγίες περί  
δημοσίων συμβάσεων περιορίζονται στον  
συντονισμό, δηλαδή στην απλή εναρμόνιση  
της διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως και  
δεν ρυθμίζουν τα προηγούμενα στάδια.

37. Κατά συνέπεια, πρέπει να γίνει δεκτό ότι  
η οδηγία 89/665 δεν διασφαλίζει συνολική  
προληπτική δικαστική προστασία.

38. Έναν καθοριστικό παράγοντα για τον  
εντοπισμό των πράξεων που είναι δεκτικές  
προσφυγής αποτελεί το ουσιαστικό δίκαιο,  
δηλαδή το ζήτημα αν, κατά τις οδηγίες περί  
δημοσίων συμβάσεων, μια επιχείρηση έχει  
δικαίωμα να απαιτήσει την τέλεση ή τη μη  
τέλεση μιας πράξεως.

39. Συνεπώς, ένα δικαίωμα απαγορεύσεως  
παίζει κατ' αρχήν ρόλο. Μπορεί επί παρα-  
δείγματι να έχει ως σκοπό να απαγορεύσει  
σε έναν οργανισμό ο οποίος υπόκειται στις  
οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων να προ-

14 — Απόφαση C-81/98 (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 8),  
σκέψη 33 (η υπογράμμιση δική μου). βλ. την απόφαση της  
11ης Αυγούστου 1995, C-433/93, Επιτροπή κατά Γερμανίας  
(Σύλλογη 1995, σ. I-2303, σκέψη 23).

15 — Απόφαση της 15ης Μαΐου 2003, C-214/00, Επιτροπή κατά  
Ισπανίας (Σύλλογη 2003, σ. I-4667, σκέψεις 77 επ.).

βεί σε μια αγορά εμπίπτουσα στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών αυτών χωρίς να κινήσει μια από τις διαδικασίες συνάψεως δημοσίων συμβάσεων τις οποίες προβλέπουν οι οδηγίες αυτές. Έτσι, διασφαλίζεται ο παραλληλισμός προς την απαγόρευση αναθέσεως, όσον αφορά τη δικαστική προστασία.

40. Ένα ενδεχόμενο κριτήριο για τον καθορισμό των προγενεστέρων της ενάρξεως της διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως πράξεων οι οποίες πρέπει να μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο προσφυγής αποτελεί, συνεπώς, το αποτέλεσμα το οποίο οι πράξεις αυτές έχουν επί της επιχειρήσεως που διεκδικεί το δικαίωμα να ασκήσει την προσφυγή αυτή. Συνεπώς, πρόκειται περί προϋποθέσεως του δικαιώματος ασκήσεως προσφυγής (ενεργητική νομιμοποίηση).

41. Αντιθέτως, η υπό κρίση υπόθεση, αφορά αποκλειστικώς τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες μια πράξη είναι δεκτική προσφυγής.

42. Ένας επιπλέον περιορισμός, ο οποίος πρέπει να ληφθεί υπόψη στο πλαίσιο της παρούσας προδικαστικής παραπομπής, απορρέει από τους δικονομικούς κανόνες που αφορούν αυτού του είδους τις διαδικασίες ενώπιον του Δικαστηρίου. Έτσι, στο πλαίσιο της παρούσας προδικαστικής παραπομπής, δεν επιδιώκεται να δοθεί γενικός ορισμός των πράξεων που είναι δεκτικές προσφυγής, αλλά μόνον να δοθεί μια χρήσιμη απάντηση στο εθνικό δικαστήριο, προκειμένου να είναι αυτό σε θέση να επιλύσει τη διαφορά της οποίας έχει επιληφθεί.

43. Συνεπώς, η παρούσα διαδικασία δεν έχει ως αντικείμενο την ανάπτυξη γενικών κριτηρίων που επιτρέπουν να κριθεί αν μια πράξη της αναθέτουσας αρχής είναι δεκτική προσφυγής, αλλά αποκλειστικώς κριτήρια σχετικά με τις πράξεις της κύριας δίκης.

44. Στο πλαίσιο αυτό, αρκεί η επισήμανση ότι η οδηγία 89/665 δεν αφορά τις εσωτερικής φύσεως σκέψεις ούτε την αξιολόγηση των αναγκών, την κατάρτιση της συγγραφής υποχρεώσεων ή την απλή μελέτη της αγοράς. Επομένως, ωσαύτως δεν περιλαμβάνει τις εσωτερικές νομικές σκέψεις της αναθέτουσας αρχής επί του ζητήματος αν μια αγορά εμπίπτει στις οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων.

45. Επιπλέον, το ζήτημα αν η απλή απόφαση περί ενάρξεως διαπραγματεύσεων με μια άλλη επιχείρηση μπορεί να χαρακτηριστεί πράξη δεκτική προσφυγής ή αν πρέπει να διεξάγονται διαπραγματεύσεις προς σύναψη συμβάσεως μπορεί να παραμείνει αναπάντητο εν προκειμένω. Πράγματι, πρόκειται περί υποθετικών ερωτημάτων, δεδομένου ότι το αντικείμενο της διαφοράς της κύριας δίκης και, συνεπώς, της προδικαστικής παραπομπής αποτελεί μια άλλη περίπτωση, δηλαδή αυτή στην οποία υπάρχει ήδη σχέδιο συμβάσεως.

46. Σε μια τέτοια περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή πρόκειται να συμβληθεί. Κατά συνέπεια, η περίπτωση αυτή αντιστοιχεί σε μια άλλη περίπτωση η οποία είναι συχνή στο

πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων, δηλαδή στο στάδιο που προηγείται αμέσως της αναθέσεως της εκτελέσεως της σύμβασεως. Πράγματι, στα διάφορα εθνικά δίκαια, η ανάθεση της εκτελέσεως της σύμβασεως μπορεί είτε να προηγείται της συνάψεως σύμβασεως είτε να συγχέεται με αυτήν κατά το μέτρο που, θεωρούμενη ως αποδοχή της προσφοράς, συνεπάγεται τη σύναψη της εν λόγω σύμβασεως.

47. Για λόγους αποτελεσματικότητας της δικαστικής προστασίας, δεν έχει σημασία ότι, σε μια τέτοια περίπτωση, έχει κινηθεί διαδικασία συνάψεως δημοσίας σύμβασεως, ενώ εν προκειμένω δεν έχει κινηθεί.

48. Κατά συνέπεια, στα τρία πρώτα προδικαστικά ερωτήματα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665 έχει την έννοια ότι, υπό ορισμένες προϋποθέσεις, τα κράτη μέλη υποχρεούνται να παρέχουν τη δυνατότητα ασκήσεως αποτελεσματικών και όσο το δυνατόν ταχύτερα εκδικαζομένων προσφυγών ακόμη και κατά ορισμένων αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής οι οποίες λαμβάνονται εκτός του πλαισίου μιας διαδικασίας συνάψεως δημοσίας σύμβασεως· οι αποφάσεις αυτές μπορούν να περιλαμβάνουν τις αφορώσες το προκριματικό ζήτημα αν μια συγκεκριμένη αγορά αγαθών ή υπηρεσιών πρέπει να πραγματοποιηθεί χωρίς να προηγηθεί διαδικασία συνάψεως δημοσίας σύμβασεως.

## **VI — Τα προδικαστικά ερωτήματα που αφορούν την οιονεί αυτεπιστασία (τέταρτο και πέμπτο προδικαστικό ερώτημα)**

49. Η δεύτερη ομάδα προδικαστικών ερωτημάτων αφορά τις προϋποθέσεις της οιονεί αυτεπιστασίας. Όπως ορθώς υπογραμμίζει η Αυστριακή Κυβέρνηση, πρόκειται, αντιθέτως προς την αυτεπιστασία (υπηρεσίες παρεχόμενες προς εαυτόν), περί συμβάσεων που συνάπτονται με οργανισμούς έχοντες νομική προσωπικότητα διακεκριμένη από αυτή της αναθέτουσας αρχής. Συγκεκριμένα, αν ο οργανισμός ο οποίος προβαίνει στην παροχή δεν είχε νομική προσωπικότητα, δεν θα μπορούσε να συναφθεί σύμβαση. Θα έλειπε έτσι μια προϋπόθεση για την ύπαρξη δημοσίας σύμβασεως, υπό την έννοια των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων.

50. Για την ακρίβεια, η υπό κρίση υπόθεση αφορά την ερμηνεία του όρου «δημόσια σύμβαση», η ύπαρξη της οποίας αποτελεί μία από τις προϋποθέσεις για την εφαρμογή των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων. Πρέπει να ληφθεί ως βάση η απόφαση του Δικαστηρίου στην υπόθεση Teckal, με την οποία το Δικαστήριο έκρινε ότι η αγορά ορισμένων αγαθών ή υπηρεσιών δεν ενέπιπτε στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων.

51. Σύμφωνα με την απόφαση αυτή, οι οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων δεν έχουν εφαρμογή σε περίπτωση που, «συγχρόνως, ο

οργανισμός τοπικής αυτοδιοικήσεως ασκεί επί του εν λόγω προσώπου έλεγχο ανάλογο προς εκείνον που ασκεί επί των δικών του υπηρεσιών και αν το πρόσωπο αυτό πραγματοποιεί το ουσιώδες της δραστηριότητάς του με τον ή τους οργανισμούς που το ελέγχουν»<sup>16</sup>.

της «δημοσίας συμβάσεως». Συνεπώς, η εφαρμογή των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων παραμένει ο κανόνας<sup>17</sup>.

52. Θέτοντας έτσι δύο προϋποθέσεις των οποίων η πλήρωση συνεπάγεται τη μη εφαρμογή των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, το Δικαστήριο προέβη στον τελολογικό περιορισμό της εννοίας της «δημοσίας συμβάσεως».

55. Επιπλέον, πρέπει να υπομνησθεί η προέλευση των οιονεί εσωτερικών πράξεων και, επομένως, της εξαιρέσεως στην υπόθεση Teckal, δηλαδή η ειδική μεταχείριση που επιφυλάσσεται στις εσωτερικές πράξεις, δηλαδή στην αυτεπιστασία και στις περιπτώσεις που εξομοιώνονται προς αυτήν.

53. Πρώτον, σημειωτέον στο παρόν στάδιο ότι το Δικαστήριο περιέγραψε ρητώς τη μη εφαρμογή των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων ως εξαίρεση. Αποτελεί γενική αρχή ότι οι εξαιρέσεις πρέπει να ερμηνεύονται στενά. Το στοιχείο αυτό πρέπει να λαμβάνεται υπόψη στο πλαίσιο της εξετάσεως των δύο προϋποθέσεων που θα πραγματοποιηθεί κατωτέρω.

56. Τέλος, στην παρούσα αλληλουχία, πρέπει επίσης να ληφθούν υπόψη οι σκοποί των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, δηλαδή το άνοιγμα της αγοράς και η προστασία του ανταγωνισμού.

57. Πρέπει να γίνει αναφορά στα στοιχεία αυτά προκειμένου να ερμηνευθεί η εξαίρεση της υποθέσεως Teckal.

54. Εξάλλου, πρέπει να υπογραμμισθεί ότι —πλην της εξαιρέσεως της αποφάσεως Teckal—, οι συμβάσεις με οργανισμούς που αποτελούν και οι ίδιοι αναθέτουσες αρχές, όπως επί παραδείγματι ορισμένες θυγατρικές, εμπίπτουν κατά κανόνα στην έννοια

58. Γενικώς, πρέπει να διακρίνονται τρεις περιπτώσεις οιονεί αυτεπιστασίας: σύναψη συμβάσεως με εταιρίες ανήκουσες στην αναθέτουσα αρχή (εταιρίες με συμμετοχή κατά ποσοστό 100 % της αναθέτουσας αρχής

16 — Απόφαση C-107/98 (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 2), σκέψη 50 (η υπογράμμιση δική μου).

17 — Αποφάσεις της 7ης Δεκεμβρίου 2000, C-94/99, ARGE Gewässerung (Συλλογή 2000, σ. I-11037, σκέψη 40), και C-107/98 (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 2), σκέψη 50.

ή οργανισμών που εξομοιώνονται προς αυτή), μικτές δημόσιες εταιρίες (εταιρίες στις οποίες συμμετέχουν πλείονες αναθέτουσες αρχές) και εταιρίες μικτής οικονομίας (εταιρίες στις οποίες μετέχουν όντως και ιδιώτες).

59. Η κύρια δίκη αφορά τη σκοπούμενη σύναψη δημοσίας συμβάσεως εκ μέρους του Stadt Halle, ο οποίος είναι αναμφίβολα αναθέτουσα αρχή, υπό την έννοια των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, με τη θυγατρική μιας «υποθυγατρικής» του. Βεβαίως, ο Stadt Halle κατέχει το 100% των εταιρικών μεριδίων της «υποθυγατρικής», αλλά αυτή κατέχει μόλις το 75,1% των εταιρικών μεριδίων της θυγατρικής της. Τα υπόλοιπα εταιρικά μερίδια της τελευταίας κατέχει μια αμιγώς ιδιωτική επιχείρηση.

60. Η υπό κρίση υπόθεση αφορά επομένως μια εταιρία μικτής οικονομίας, δηλαδή μια εταιρία με κατά πλειοψηφία (έμμεση) συμμετοχή μιας αναθέτουσας αρχής και με τη συμμετοχή τρίτου μη έχοντος την ιδιότητα της αναθέτουσας αρχής.

61. Για δικονομικούς λόγους, πρέπει να εξετασθεί στη συνέχεια αποκλειστικώς μια περίπτωση όπως αυτή της κύριας δίκης. Η εφαρμογή στις συγκεκριμένες περιστάσεις της κύριας δίκης εξακολουθεί να εναπόκειται στο εθνικό δικαστήριο<sup>18</sup>.

*A — Πρώτο κριτήριο: έλεγχος ανάλογος προς εκείνον που η αναθέτουσα αρχή ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών*

62. Η πρώτη προϋπόθεση για την εφαρμογή της εξαιρέσεως και, συνεπώς, για τη μη εφαρμογή των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων αφορά τη φύση του ελέγχου που ασκεί η αναθέτουσα αρχή επί του οργανισμού με τον οποίο πρέπει να συναφθεί η σύμβαση. Το Δικαστήριο απαιτεί όπως η αναθέτουσα αρχή ασκεί «έλεγχο ανάλογο προς εκείνον που ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών».

63. Συνεπώς, το Δικαστήριο βασίζεται σ' ένα κριτήριο το οποίο αντλεί από το δημόσιο δίκαιο. Πάντως, δεδομένου ότι, όπως η έννοια της δημοσίας συμβάσεως και της αναθέτουσας αρχής, το κριτήριο του ελέγχου πρέπει να νοηθεί ως λειτουργικό και όχι ως τυπικό, δεν εμποδίζει τη μεταφορά του στη σχέση μεταξύ μιας αναθέτουσας αρχής και νομικών προσώπων ιδιωτικού δικαίου, όπως εν προκειμένω μιας εταιρίας περιορισμένης ευθύνης. Η αναφορά στην έννοια της υπηρεσίας εξηγείται μάλλον από την αρχική λειτουργία της δημιουργίας αυτοτελών οργανισμών, δηλαδή την κατάτμηση υπηρεσιών.

64. Επιπλέον, το γεγονός ότι, στη γλώσσα διαδικασίας, που ήταν η ιταλική, η απόφαση Teskal απαιτεί μόνον ένα έλεγχο ανάλογο

18 — Βλ. διάταξη του Δικαστηρίου της 14ης Νοεμβρίου 2002, C-310/01, Commune di Udine κ.λπ. (μη δημοσιευθείσα στη Συλλογή).

(«analogo»), δηλαδή παρόμοιο, αλλά όχι πανομοιότυπο, συνηγορεί υπέρ της δυνατότητας μεταφοράς του κριτηρίου σε άλλες περιπτώσεις<sup>19</sup>.

65. Η νομική κατάσταση ενός πλειοψηφού-ντος εταίρου πρέπει επίσης να εκτιμηθεί, αφενός, βάσει των σχετικών διατάξεων του εθνικού δικαίου, εν προκειμένω της κανονιστικής ρυθμίσεως περί εταιριών περιορισμένης ευθύνης. Αφετέρου, πρέπει να ληφθούν υπόψη τα νομοθετήματα τα οποία διευθετούν ειδικότερα τις σχέσεις, δηλαδή, κατά κανόνα, η εταιρική σύμβαση. Τούτο σημαίνει ότι μια αμιγώς αφηρημένη ανά-λυση, βασιζόμενη στη νομική μορφή που επελέγη για τον ελεγχόμενο οργανισμό, επί παραδείγματι στο είδος νομικού προσώπου, δεν επαρκεί.

66. Πάντως, οι κανονιστικές ρυθμίσεις που περιέχονται στις εθνικές, τις περισσότερες φορές νομοθετικές, διατάξεις έχουν, ως εκ τούτου, περιορισμένη σπουδαιότητα. Τούτο αληθεύει ιδίως για τις διατάξεις που καθορίζουν τα δικαιώματα των μειοψηφούντων εταίρων και τις προϋποθέσεις ασκήσεώς τους. Πρόκειται κυρίως για διατάξεις οι οποίες εξαρτούν τα δικαιώματα ελέγχου και αρνησικυρίας των εταίρων από το μέγεθος της συμμετοχής τους, επί παραδείγματι 10 %, 25 % ή άνω του 50 %.

67. Οι διατάξεις αυτές επιτρέπουν στην καλύτερη περίπτωση να εικασθούν τα δικαιώματα που μπορεί να έχει ένας μειοψηφών εταίρος. Η ιδιαίτερη διαμόρφωση της συγκεκριμένης περιπτώσεως παραμένει καθοριστική. Στο πλαίσιο αυτό, η σπουδαιότερη περίπτωση είναι αυτή της συμφωνίας περί κυριαρχίας, η οποία απονέμει σε ορισμένο εταίρο —ανεξαρτήτως της συμμετοχής του— ορισμένα δικαιώματα υπερβαίνοντα το νόμιμο κατώτατο όριο.

68. Συνεπώς, δεδομένου ότι δεν είναι καθοριστική η εθνική νομοθεσία, αλλά η συγκεκριμένη διευθέτηση της καταστάσεως, το μέγεθος της συμμετοχής της αναθέτουσας αρχής ή, αντιθέτως, του μειοψηφούντος ιδιώτη εταίρου, ομοίως δεν μπορεί να είναι από μόνο του καθοριστικό.

69. Επομένως, εντεύθεν συνάγεται ότι ένα συγκεκριμένο ποσοστό εμποδίζει το να δοθεί η προσηύκοντα λύση, κατά το μέτρο που δεν επιτρέπει τη συνεκτίμηση της συγκεκριμένης διευθετήσεως της καταστάσεως και, κατά το μέτρο που, για τις περιπτώσεις που δεν ανταποκρίνονται στο κριτήριο του ποσοστού, αποκλείει κατηγορηματικά τη χρήση του κριτηρίου του ελέγχου.

70. Από το γεγονός όμως ότι οι οργανισμοί στους οποίους μετέχει ένας μειοψηφών ιδιώτης εταίρος μπορούν επίσης να πληρούν το κριτήριο του ελέγχου απορρέει ότι η εξαίρεση της υποθέσεως Teckal δεν ισχύει

19 — Βλ., αντιθέτως, τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα P. Léger της 15ης Ιουνίου 2000 στην υπόθεση C-94/99 (απόφαση προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 17), σημείο 66, στο οποίο ο γενικός εισαγγελέας επιτάσσει μάλιστα όπως «η αναθέτουσα αρχή που ζητεί από τον επιχειρηματία την πραγματοποίηση διάφορων υπηρεσιών είναι ακριβώς ο οργανισμός που ασκεί επί αυτού στενό έλεγχο και όχι μια άλλη αρχή».



μόνο για τις θυγατρικές κατά 100%, αλλά και για τις επιχειρήσεις μικτής οικονομίας. Συνεπώς, η συμμετοχή ιδιωτικών εταιριών δεν επιδρά κατ' αρχήν αρνητικά.

71. Στο στάδιο αυτό, μπορώ να υπενθυμίσω ότι ο γενικός εισαγγελέας P. Léger θεώρησε την εξαίρεση της υποθέσεως Teckal εφαρμοστέα ακόμη και σε περίπτωση που η συμμετοχή ανερχόταν μόλις στο 50,5%<sup>20</sup>.

72. Το αναπτυχθέν από το Δικαστήριο κριτήριο του ελέγχου προϋποθέτει εν πάση περιπτώσει κάτι περισσότερο από μια καθοριστική επιρροή, υπό την έννοια του εταιρικού δικαίου ή αυτού που απαιτείται από τα άρθρα 1 των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων για τον χαρακτηρισμό ορισμένων οργανισμών ως αναθετουσών αρχών. Η καθοριστική επιρροή, υπό την έννοια του άρθρου 1, σημείο 3, σε συνδυασμό με το άρθρο 13 της οδηγίας 93/38, ωσαύτως δεν επαρκεί. Πράγματι, πρόκειται, πρώτον, περί τομεακής κανονιστικής ρυθμίσεως, χωρίς αντιστοιχία προς την εφαρμοστέα εν προκειμένω οδηγία, και, δεύτερον, περί κατά παρέκκλιση διατάξεως η οποία πρέπει, κατά κανόνα, να ερμηνεύεται περιοριστικά.

73. Δεν γίνεται αναφορά στις οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων ούτε εκ μέρους του κοινοτικού νομοθέτη, με τις οδηγίες, ούτε εκ μέρους του Δικαστηρίου, με την απόφαση Teckal.

74. Συνεπώς, η ένταση του απαιτούμενου εν προκειμένω ελέγχου δεν πρέπει να αντλείται από ορισμένες διατάξεις των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων και, λόγω του κατά παρέκκλιση χαρακτήρα του, βαίνει πέραν των επιταγών των άλλων κατά παρέκκλιση ρυθμίσεων.

75. Στο πλαίσιο μιας προδικαστικής παραπομπής, στο εθνικό δικαστήριο απόκειται, αφενός, να ερμηνεύσει τις εθνικές διατάξεις και, αφετέρου, να εφαρμόσει τις διατάξεις αυτές και άλλες διατάξεις στη συγκεκριμένη περίπτωση. Συνεπώς, το αιτούν δικαστήριο θα πρέπει να διερευνήσει ποια δικαιώματα έχει ο Stadt Halle, επί της RPL, της «υποθυγατρικής» της θυγατρικής του.

76. Κατά την εφαρμογή του κριτηρίου του ελέγχου, το εθνικό δικαστήριο πρέπει να βασιστεί επί των δικαιωμάτων ελέγχου. Έστω και μόνο για λόγους ασφαλείας δικαίου, δεν έχει μεγάλη σημασία το ζήτημα αν και πώς ασκείται στην πραγματικότητα ο έλεγχος ή ακόμη και η πρόβλεψη για το πώς ο πλειοψηφών εταίρος θα χρησιμοποιούσε τη συμμετοχή του, δηλαδή αν θα εξέφερε ακόμη και αντίθετη γνώμη προς αυτή του μειοψηφούντος εταίρου. Από την άποψη αυτή, η σπουδαιότητα ενδεχομένων υποχρεώσεων πίστωσης του πλειοψηφούντος εταίρου πρέπει επίσης να σχετικοποιηθεί, ιδίως λόγω του ότι, όπως επισημάνει ο Stadt Halle, πρέπει επίσης να λαμβάνονται υπόψη οι υποχρεώσεις πίστωσης του μειοψηφούντος εταίρου.

<sup>20</sup> — Προτάσεις του γενικού εισαγγελέα P. Léger στην υπόθεση C-94/99 (προπαρατεθείσες στην υποσημείωση 19, απόφαση προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 17), σημείο 60.

77. Όσον αφορά το αντικείμενο του ελέγχου, η εξαίρεση της υποθέσεως Teckal δεν το περιόρισε σε ορισμένες αποφάσεις του ελεγχόμενου οργανισμού. Συνεπώς, ένας απλός έλεγχος των αποφάσεων συνάψεως δημοσίας συμβάσεως εν γένει ή ακόμη και της συγκεκριμένης αποφάσεως συνάψεως δημοσίας συμβάσεως δεν επαρκεί.

78. Λαμβανομένου υπόψη του γράμματος και του σκοπού του κριτηρίου του «ελέγχου αναλόγου προς εκείνον που ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών», πρέπει να απαιτηθεί να υπάρχει δυνατότητα πλήρους ελέγχου. Εν πάση περιπτώσει, αυτή δεν πρέπει να περιορίζεται στις στρατηγικές επιλογές, αλλά πρέπει επίσης να περιλαμβάνει τις κατ' ιδίαν αποφάσεις διαχειρίσεως. Στο πλαίσιο της παρούσας προδικαστικής παραπομπής, δεν είναι αναγκαίο να υπεισέλθω σε περαιτέρω λεπτομέρειες, διότι τούτο δεν είναι αναγκαίο για την επίλυση της διαφοράς.

*B — Δεύτερο κριτήριο: το κύριο μέρος της δραστηριότητας πραγματοποιείται με τον κάτοχο των εταιρικών μεριδίων*

79. Η δεύτερη προϋπόθεση η οποία πρέπει να πληρούται προκειμένου να έχει εφαρμογή η εξαίρεση της υποθέσεως Teckal αφορά τις δραστηριότητες του ελεγχόμενου οργανισμού. Σύμφωνα με τη διατύπωση του αντιστοίχου χωρίου της αποφάσεως, η εξαίρεση έχει εφαρμογή μόνον εφόσον ο οργανισμός «πραγματοποιεί το ουσιώδες της δραστηριότητάς του με τον ή τους οργανισμούς που τον ελέγχουν».

80. Το κριτήριο αυτό μπορεί να γενικευθεί κατά το μέτρο που, πρώτον, λαμβάνονται υπόψη όχι μόνον οι έχοντες άμεση συμμετοχή, αλλά και οι έμμεσοι κύριοι μεριδίων, όπως εν προκειμένω η αρχική μητρική εταιρία και κατά το μέτρο που, δεύτερον, μπορεί να αφορά και άλλους οργανισμούς πλην των οργανισμών τοπικής αυτοδιοικήσεως.

81. Συνεπώς, το κριτήριο που διαμορφώθηκε στην υπόθεση Teckal αφορά ορισμένη ελάχιστη συμμετοχή στις συνολικές δραστηριότητες του ελεγχόμενου οργανισμού. Πρόκειται επομένως για την εκτίμηση του εύρους των συνολικών παροχών και των παροχών που πραγματοποιούνται για τον υπό ευρεία έννοια εταίρο.

82. Στο πλαίσιο αυτό, σημειωτέον ωστόσο ότι το γεγονός ότι η έννοια του κατόχου εταιρικών μεριδίων δεν πρέπει να ερμηνεύεται υπερβολικά περιοριστικά δεν σημαίνει ότι πρέπει επίσης να λαμβάνονται υπόψη οι παροχές προς τρίτους τις οποίες ο εταίρος θα έπρεπε υπό διαφορετικές συνθήκες να πραγματοποιήσει ο ίδιος. Στην πράξη, τούτο αφορά προπάντων τις υπηρεσίες γενικού συμφέροντος και συνεπώς τους δήμους (ή κοινότητες) που έχουν, έναντι ορισμένων προσώπων, υποχρέωση να προβαίνουν σε ορισμένες παροχές. Αυτό το γενικό ζήτημα δεν αποτελεί αντικείμενο της προδικαστικής παραπομπής, διότι το αιτούν δικαστήριο δεν χρειάζεται απάντηση επί του ζητήματος αυτού για την επίλυση της εκκρεμούς ένδικης διαφοράς.

83. Πρέπει επίσης να διευκρινισθεί ότι ενδιαφέρουν οι πραγματικές δραστηριότητες και όχι οι δυνατές, βάσει του νόμου ή του καταστατικού της εταιρίας, ούτε ακόμη οι δραστηριότητες τις οποίες υποχρεούται να πραγματοποιεί ο ελεγχόμενος οργανισμός.

84. Συνεπώς, το κεντρικό ζήτημα έγκειται στην εξεύρεση του ποσοστού συμμετοχής το οποίο φθάνει το όριο που απαιτείται για να ισχύει η εξαίρεση της υποθέσεως Teckal. Υπάρχουν πολλές γνώμες επί του ζητήματος αυτού. Ποικίλλουν από το ποσοστό άνω του 50 % έως το «αποκλειστικός», με ενδιάμεσες λύσεις το «σημαντικό ποσοστό», το «κυρίως» και το «σχεδόν αποκλειστικός».

85. Στο πλαίσιο αυτό υπάρχει μια θετική άποψη, βασιζόμενη στο εύρος των παροχών που πραγματοποιούνται για τον δικαιούχο των μεριδίων, αλλά και μια αρνητική άποψη. Η αρνητική άποψη λαμβάνει ως κριτήριο την αναλογία των παροχών που πραγματοποιούνται προς άλλους και όχι προς τον κάτοχο των μεριδίων. Εκτός της παρούσας υποθέσεως, η άποψη αυτή απαντά στις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα P. Léger, τις οποίες παραθέτουν πλείονες διάδικοι. Κατ' αυτόν, «η οδηγία είναι εφαρμοστέα όταν ο εν λόγω φορέας πραγματοποιεί το ουσιώδες της δραστηριότητάς του με επιχειρηματίες ή άλλους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοικήσεως *διαφορετικούς* από αυτούς που απαρτίζουν την αναθέτουσα αρχή»<sup>21</sup>. Λαμβανομένης υπόψη της θετικής απόψεως στην υπόθεση Teckal, δεν υπάρχει λόγος να επεκταθώ περαιτέρω επί της αρνητικής απόψεως.

21 — Προτάσεις του γενικού εισαγγελέα P. Léger στην υπόθεση C-94/99 (προπαρατεθείσες στην υποσημείωση 19, απόφαση προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 17), σημείο 93 (η υπογράμμιση δική μου).

86. Το προπαρατεθέν χωρίο, όμως, των προτάσεων του γενικού εισαγγελέα P. Léger προβάλλει έναν ακόμη σημαντικό παράγοντα που πρέπει να λαμβάνεται υπόψη στο πλαίσιο του καθορισμού της συμμετοχής.

87. Πράγματι, τίθεται το ζήτημα αν η εξαίρεση της υποθέσεως Teckal επιτρέπει μόνο μια ποσοτική προσέγγιση ή μήπως πρέπει να λαμβάνονται επίσης υπόψη και ποιοτικά στοιχεία. Η δεύτερη υπόθεση μπορεί να βασιστεί στο γράμμα και στην έννοια της εξαίρεσεως, από τα οποία δεν προκύπτει πώς πρέπει να αξιολογούνται οι δραστηριότητες. Το αυθεντικό κείμενο του αντιστοίχου σημείου της αποφάσεως Teckal, δηλαδή το ιταλικό κείμενο, δεν αποκλείει να λαμβάνεται ως βάση, συμπληρωματικώς ή εναλλακτικώς, μια ποιοτική προσέγγιση («la parte più importante della propria attività»).

88. Εξάλλου, η εξαίρεση της υποθέσεως Teckal ωσαύτως δεν περιέχει καμία ένδειξη ως προς τον τρόπο υπολογισμού της συμμετοχής. Συνεπώς, δεν είναι πρόδηλον ότι έχει σημασία μόνον ο κύκλος εργασιών.

89. Επομένως, το εθνικό δικαστήριο πρέπει επίσης να εκτιμήσει «τον ουσιώδη χαρακτήρα των δραστηριοτήτων» μέσω ποιοτικών και ποσοτικών στοιχείων. Εξάλλου, η θέση του ελεγχόμενου οργανισμού στην αγορά, δηλαδή, ειδικότερα, η από πλευράς ανταγωνισμού θέση του σε σχέση με ενδεχομένους ανταγωνιστές, θα μπορούσε επίσης να παίζει ρόλο.

90. Όσον αφορά τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα P. Léger, τις οποίες παραθέτουν πλείονες διάδικοι όσον αφορά τη δεύτερη προϋπόθεση της υποθέσεως Teckal, υπενθυμίζεται ότι οι προτάσεις είναι αυθεντικές στη γλώσσα την οποία επέλεξε ο γενικός εισαγγελέας ως γλώσσα του πρωτοτύπου.

91. Λαμβανομένης υπόψη της αρχής αυτής, από τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα P. Léger προκύπτουν τα εξής: αφενός, αναφέρεται στην «quasi-exclusivité» (οιονεί αποκλειστικότητα) των πραγματοποιούμενων παροχών, η οποία μεταφράστηκε στα γερμανικά ως «sämtliche Dienstleistungen»<sup>22</sup>. Αφετέρου, στηριζόμενος στο ιταλικό κείμενο, το οποίο είναι το κείμενο στη γλώσσα διαδικασίας, αναλύει την εξαίρεση της υποθέσεως Teckal χρησιμοποιώντας τις εκφράσεις «en grande partie» (κατά το μεγαλύτερο μέρος), το οποίο στα γερμανικά μεταφράστηκε ως «im Wesentlichen»<sup>23</sup> ή «la plus grande partie de leur activité» (το μεγαλύτερο μέρος της δραστηριότητάς τους, στο γερμανικό κείμενο: «den größten Teil ihrer Tätigkeit»)<sup>24</sup>.

92. Για λόγους ακριβείας, πλείονες διάδικοι πρότειναν την ερμηνεία του κριτηρίου του ουσιώδους χαρακτήρα υπό την έννοια μιας διατάξεως εφαρμοστέας στη σύναψη δημοσίων συμβάσεων με επιχειρήσεις συνδεδεμένες με την αναθέτουσα αρχή. Πρόκειται για το κριτήριο του ποσοστού 80 % του άρθρου 13 της οδηγίας 93/38. Ως δικαιολογητικός λόγος προς τούτο προβλήθηκε η «αντικειμενικότητα» και η «καταλληλότητα» του κριτηρίου αυτού.

93. Σημειωτέον συναφώς ότι και ένα άλλο σταθερό ποσοστό θα μπορούσε επίσης να είναι αντικειμενικό και κατάλληλο. Αλλά η ανελαστικότητα ενός σταθερού ποσοστού μπορεί επίσης να αποτελεί εμπόδιο σε μια προσηκούσα λύση. Επιπλέον, δεν επιτρέπει τη συνεκτίμηση ποιοτικών στοιχείων.

94. Η δυνατότητα μεταφοράς του κριτηρίου του 80 % στην υπό κρίση υπόθεση προφανώς αποκλείεται, προπάντων διότι πρόκειται περί εισάγουσας εξαίρεση διατάξεως μιας οδηγίας η οποία έχει εφαρμογή σε ορισμένους μόνον τομείς. Σύμφωνα με τη βούληση του κοινοτικού νομοθέτη, η τιμή που καθορίζει το κριτήριο αυτό περιορίζεται στην εν λόγω οδηγία. Μολονότι στην πράξη η θεμελιώδης ιδέα μπορεί να εφαρμοσθεί εκτός των τομέων αυτών, γεγονός παραμένει ότι καμία τέτοια ρύθμιση δεν περιέχεται στην εφαρμοστέα εν προκειμένω οδηγία.

95. Η χρησιμοποίηση του άρθρου 13 της οδηγίας 93/38 αποκλείεται και για έναν ακόμη λόγο. Συγκεκριμένα, η παράγραφος του 2 υποχρεώνει τις αναθέτουσες αρχές να παρέχουν ορισμένες πληροφορίες στην Επιτροπή, κατόπιν αιτήσεώς της. Η διάταξη αυτή αποτελεί αντιστάθμιση την οποία προβλέπει το δίκαιο περί διοικητικών διαδικασιών για την εξαίρεση του άρθρου 13. Στο πλαίσιο της εξαίρεσεως της υποθέσεως Teckal, το Δικαστήριο ακολούθησε όμως άλλη οδό. Περιορίστηκε στις δύο ουσιαστικές προϋποθέσεις που θέτει η εξαίρεση αυτή. Οι εξαιρέσεις αυτές πρέπει να ερμηνεύονται περιοριστικά, ακριβώς λόγω της ελλείψεως παρεμφερούς ρυθμίσεως του δικαίου περί διοικητικών διαδικασιών.

22 — Προτάσεις του γενικού εισαγγελέα P. Léger στην υπόθεση C-94/99 (προπαρατεθείσες στην υποσημείωση 19, απόφαση προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 17), σημείο 74.

23 — Προτάσεις του γενικού εισαγγελέα P. Léger στην υπόθεση C-94/99 (προπαρατεθείσες στην υποσημείωση 19, απόφαση προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 17), σημείο 81.

24 — Προτάσεις του γενικού εισαγγελέα P. Léger στην υπόθεση C-94/99 (προπαρατεθείσες στην υποσημείωση 19, απόφαση προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 17), σημείο 83.

## VII — Πρόταση

96. Λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω σκέψεων, προτείνω να δοθούν στα προδικαστικά ερωτήματα οι ακόλουθες απαντήσεις:

- 1) Το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ έχει την έννοια ότι, υπό ορισμένες προϋποθέσεις, τα κράτη μέλη υποχρεούνται να παρέχουν τη δυνατότητα ασκήσεως αποτελεσματικών και όσο το δυνατόν ταχύτερα εκδικαζομένων προσφυγών ακόμη και κατά ορισμένων αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής οι οποίες λαμβάνονται εκτός του πλαισίου μιας διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως· οι αποφάσεις αυτές μπορούν να περιλαμβάνουν τις αφορώσες το προκριματικό ζήτημα αν μια συγκεκριμένη αγορά αγαθών ή υπηρεσιών πρέπει να πραγματοποιηθεί χωρίς να προηγηθεί διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως.
  
- 2) Η οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών, έχει την έννοια ότι η μη εφαρμογή της δεν αποκλείεται από το γεγονός και μόνον ότι μια ιδιωτική επιχείρηση έχει συμμετοχή σε μια εταιρία συμβαλλομένη με την αναθέτουσα αρχή, στην οποία εταιρία η αναθέτουσα αρχή συμμετέχει άμεσα ή έμμεσα.
  
- 3) Το ζήτημα αν ένας αντισυμβαλλόμενος στον οποίο ένας ιδιώτης έχει συμμετοχή, υπό την έννοια του εταιρικού δικαίου —στο εξής: εταιρία με συμμετοχή του δημοσίου τομέα—, ανήκει στη δημόσια διοίκηση ή στις υπηρεσίες της αναθέτουσας αρχής εξαρτάται από τη συγκεκριμένη διευθέτηση της καταστάσεως, χωρίς το μέγεθος της συμμετοχής να είναι από μόνο του καθοριστικό.

Τα ακόλουθα στοιχεία δεν επαρκούν για να θεωρηθεί ότι ο αντισυμβαλλόμενος ανήκει στη δημόσια διοίκηση:

- ο έλεγχος της αναθέτουσας αρχής επί της εταιρίας με συμμετοχή του δημοσίου τομέα, υπό την έννοια των άρθρων 1, σημείο 2, και 13, παράγραφος 1, 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.
  - ένα εκτεταμένο διευθυντικό δικαίωμα μόνον ως προς τις αποφάσεις που αφορούν τη σύναψη συμβάσεως εν γένει ή ως προς τις αποφάσεις που αφορούν τη συγκεκριμένη ανάθεση.
- 4) Αντιθέτως προς το κριτήριο που καθιερώνει το άρθρο 13 της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ, προκειμένου να θεωρηθεί ότι μια εταιρία συμμετοχής του δημοσίου τομέα περιλαμβάνεται στις υπηρεσίες της αναθέτουσας αρχής, λόγω του ότι «πραγματοποιεί το ουσιώδες της δραστηριότητάς της» με την αρχή αυτή, δεν εξαρτάται από το αν τουλάχιστον το 80 % του κατά μέσον όρο κύκλου εργασιών που πραγματοποιήθηκε από την επιχείρηση αυτή στον τομέα της παροχής υπηρεσιών εντός της Κοινότητας κατά την τελευταία τριετία προέρχεται από την παροχή τέτοιου είδους υπηρεσιών στην αναθέτουσα αρχή ή στις επιχειρήσεις που συνδέονται με την αναθέτουσα αρχή ή ανήκουν σ' αυτή ή από το αν —εφόσον η μικτής οικονομίας επιχείρηση δεν έχει ακόμη συμπληρώσει τρία έτη λειτουργίας— προβλέπεται ότι η επιχείρηση αυτή θα εγγίσει το όριο αυτό του 80 %.

Προκειμένου να αποφανθεί επί του αν μια επιχείρηση περιλαμβάνεται στις υπηρεσίες της αναθέτουσας αρχής, το εθνικό δικαστήριο πρέπει μάλλον να βασιστεί στις πραγματικές δραστηριότητες, λαμβάνοντας ιδίως υπόψη ποιοτικά και ποσοτικά στοιχεία.