

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
GIUSEPPE TESAURO

της 17ης Νοεμβρίου 1992 *

*Κύριε Πρόεδρε,
Κύριοι δικαστές,*

1. Με την υπό κρίση προσφυγή, η Επιτροπή ζητεί από το Δικαστήριο να αναγνωρίσει ότι, στο πλαίσιο μιας διαδικασίας διαγωνισμού υποβολής προσφορών για την κατασκευή γέφυρας στον δυτικό δίαυλο του Grand-Belt, το Βασίλειο της Δανίας παρέβη τις υποχρεώσεις που υπέχει από τα άρθρα 30, 48 και 59 της Συνθήκης καθώς και από την οδηγία 71/305/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 26ης Ιουλίου 1971, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων¹. Δύο είναι οι πλευρές της διαδικασίας διαγωνισμού που αμφισβητεί η Επιτροπή: α) η ύπαρξη, στη συγγραφή υποχρεώσεων, ρήτρας με την οποία οι υποβάλλοντες προσφορές εκαλούντο να χρησιμοποιήσουν στο μέγιστο δυνατό βαθμό δανικά υλικά και καταναλωτικά αγαθά, καθώς και δανικό εργατικό δυναμικό και εξοπλισμό (στο εξής: δανική επιφύλαξη)· β) το γεγονός ότι οι διαπραγματεύσεις με την επιλεγείσα κοινοπραξία έγιναν βάσει προσφοράς μη σύμφωνης προς τη συγγραφή υποχρεώσεων.

2. Τα πραγματικά περιστατικά και η προ της ασκήσεως προσφυγής διαδικασία περιγράφονται λεπτομερώς στην έκθεση ακροατηρίου, στην οποία και παραπέμπω. Στις προτάσεις μου θα περιοριστώ στο να υπομνήσω, στο μέτρο που είναι αναγκαίο για να καταστεί ευχερέστερη η κατανόηση των παρατηρήσεων που ακολουθούν, τα ουσιαστικά στοιχεία του ζητήματος.

Το έργο της κατασκευής της γέφυρας στον δυτικό δίαυλο του Grand-Belt κατακυρώθηκε στην European Storebælt Group (στο

εξής: ESG), μία από τις πέντε διεθνείς κοινοπραξίες που εκλήθησαν να υποβάλουν προσφορές στο πλαίσιο του κλειστού διαγωνισμού που είχε προκηρύξει η Aktieselskabet Storebæltssforbindelsen (στο εξής: Storebælt), εταιρία ελεγχόμενη κατά 100 % από το Δανικό Δημόσιο, η οποία και ενήργησε ως εργοδότης. Η Storebælt, η οποία είχε εκπονήσει τρία διαφορετικά κατασκευαστικά σχέδια που επρόκειτο να χρησιμεύσουν ως βάση για τις προσφορές, άρχισε συνομιλίες με τις προεπιλεγείσες επιχειρήσεις και, στη συνέχεια, συνέχισε τις διαπραγματεύσεις με την ESG, η οποία είχε κάνει χρήση της προβλεπόμενης από το άρθρο 3, παράγραφος 3, της συγγραφής υποχρεώσεων δυνατότητας να υποβάλει εναλλακτική προσφορά· οι διαπραγματεύσεις αυτές κατέληξαν στην υπογραφή της συμβάσεως στις 26 Ιουνίου 1989.

3. Από τις 18 Μαΐου 1989, η Επιτροπή ήλθε σε επαφή με τις δανικές αρχές, στις οποίες εξέφρασε τις αμφιβολές της ως προς τη συμφωνία με το κοινοτικό δίκαιο τόσο της δανικής επιφύλαξης όσο και της διεξαγωγής των διαπραγματεύσεων με την ESG βάσει προσφοράς μη σύμφωνης προς το άρθρο 3, παράγραφος 3, της συγγραφής υποχρεώσεων. Κρίνοντας μη ικανοποιητικές τις εξηγήσεις της Δανικής Κυβερνήσεως, η Επιτροπή απέστειλε, στις 21 Ιουνίου 1989, έγγραφο οχλήσεως με το οποίο ζήτησε, μεταξύ άλλων, την αναβολή της υπογραφής της συμβάσεως. Απαντώντας στο έγγραφο αυτό, οι δανικές αρχές γνωστοποίησαν ότι ναι μεν δεν είχαν κρίνει σκόπιμο να αναβάλουν την υπογραφή της συμβάσεως, πλην όμως είχαν ζητήσει από τη Storebælt, με έγγραφο της 21ης Ιουνίου, να απαλείψει τη δανική επιφύλαξη, με αποτέλεσμα αυτή να μην περιλαμβάνεται πλέον στην οριστική σύμβαση.

* Γλώσσα του πρωτοτύπου: η ιταλική.

1 — ΕΕ ειδ. έκδ. 17/001, σ. 7.

Θεωρώντας ότι είχε διαπραχθεί παράβαση, την οποία δεν ήρε η απόλωση της εν λόγω ρήτηρας μετά την κατακύρωση, η Επιτροπή κοινοποίησε, με τηλετύπημα της 14ης Ιουλίου 1989, στη Δανία αιτιολογημένη γνώμη με την οποία, μεταξύ άλλων, υποστήριξε ότι ο μόνος τρόπος θεραπείας της δημιουργηθείσας καταστάσεως, δοθέντος ότι η σύμβαση είχε ήδη υπογραφεί, ήταν να ζητήσει από τη Storebælt την ακύρωση της συμβάσεως που είχε συνάψει με την ESG και να κινήσει εκ νέου τη διαδικασία του διαγωνισμού.

Θεωρώντας ότι το Βασίλειο της Δανίας δεν συμμορφώθηκε προς την αιτιολογημένη γνώμη, η Επιτροπή άσκησε προσφυγή σύμφωνα με το άρθρο 169 και υπέβαλε αίτηση λήψεως ασφαλιστικών μέτρων σύμφωνα με το άρθρο 186 της Συνθήκης, αίτηση που στηριζόταν αποκλειστικώς στον αιτίαση που αφορούσε τη δανική επιφύλαξη.

4. Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, στο πλαίσιο της διαδικασίας των ασφαλιστικών μέτρων, στις 22 Σεπτεμβρίου 1989, η Δανική Κυβέρνηση προέβη σε δήλωση με την οποία ανεγνώρισε ότι η δανική επιφύλαξη παραβίαζε τη θεμελιώδη αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων που κατοχυρώνεται με τη Συνθήκη ΕΟΚ και ανέλαβε την υποχρέωση: α) να αποφεύγει στο μέλλον στις συμβάσεις δημοσίων έργων ή προμηθειών οποιαδήποτε εισάγουσα διακρίσεις ρήτρα ή πρακτική· β) να εγγυηθεί την αποκατάσταση της ζημίας που υπέστησαν οι επιχειρήσεις που υπέβαλαν προσφορές, εφόσον αυτές αποδείξουν ότι οι αξιώσεις τους είναι βάσιμες κατά το δανικό δίκαιο· γ) να εγγυηθεί, εν πάση περιπτώσει, μέσο διαδικασίας διαιτησίας, την επιστροφή των εξόδων υποβολής των προσφορών, και τούτο χωρίς οι ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις να υποχρεωθούν να αποδείξουν ότι ο συνιστών δυσμενείς διακρίσεις χαρακτήρας της δανικής επιφύλαξεως είχε αποτελέσει και την αιτία του αποκλεισμού τους.

Κατόπιν της δηλώσεως αυτής, η Επιτροπή παραιτήθηκε της αιτήσεώς της λήψεως ασφαλιστικών μέτρων εμμένοντας όμως, ακόμα και όσον αφορά την αιτίαση που απέτέλεσε το αντικείμενο της αιτήσεως αυτής, στην προσφυγή βάσει του άρθρου 169. Εξ άλλου, ύστερα από την ημερομηνία εκείνη, η Επιτροπή, η οποία είχε επιφυλαχθεί με το εισαγωγικό της δίκης έγγραφο, να ολοκληρώσει και να αναπτύξει περαιτέρω τους ισχυρισμούς τους οποίους προέβαλλε προς στήριξη της προσφυγής της, ζήτησε από τη Δανική Κυβέρνηση — και σε σημαντικό βαθμό έλαβε — διάφορα έγγραφα σχετικά με τη διαδικασία του διαγωνισμού και την οριστική σύμβαση, βάσει των οποίων, στη συνέχεια, η Επιτροπή προέβαλε, με το υπόμνημα της απαντήσεως, νέους ισχυρισμούς προς στήριξη της προσφυγής της. Ο τρόπος αυτός ενεργείας ώθησε την Δανική Κυβέρνηση να αντιτάξει, με το υπόμνημα της ανταπάντησεως, σειρά ενστάσεων απαράδεκτου όσον αφορά τόσο την αιτίαση σχετικά με τη δανική επιφύλαξη, όσο και την αιτίαση σχετικά με τις διαπραγματεύσεις που διενεργήθηκαν μεταξύ της Storebælt και της ESG. Αυτές οι ενστάσεις της Δανικής Κυβερνήσεως θα εξετασθούν κατωτέρω στο πλαίσιο των δύο προβαλλομένων από την Επιτροπή αιτιάσεων.

α) Η δανική επιφύλαξη

5. Η Δανική Κυβέρνηση είναι αντίθετη στο να διευρύνει η Επιτροπή το αντικείμενο της διαφοράς σε όρους της συγγραφής υποχρεώσεων πέραν εκείνων που περιέχονται στο έγγραφο οχλήσεως και στην αιτιολογημένη γνώμη, εφόσον θα πρόκειται, κατ' ουσίαν, για νέους ισχυρισμούς οι οποίοι περιέχονται και αναπτύσσονται αποκλειστικώς στο υπόμνημα απαντήσεως.

Πράγματι, κατά την προ της ασκήσεως προσφυγής διαδικασία, η Επιτροπή αναφέρθηκε αποκλειστικώς στη δανική επιφύλαξη όπως αυτή διατυπώνεται στο άρθρο 6, παράγραφος 2, των γενικών όρων της

συγγραφής υποχρεώσεων. Αντιθέτως, κατά την προσφυγή, και κυρίως με το υπόμνημα απαντήσεως, έβαλε και κατά διαφόρων άλλων όρων που περιέχονταν στην εν λόγω συγγραφή υποχρεώσεων ή ακόμη που εισήχθησαν, για πρώτη φορά, στην οριστική σύμβαση και από τους οποίους προέκυπτε ότι εξειδικεύσεις της δανικής επιφυλάξεως εμφανίζονται ακόμη και στη σύμβαση του έργου, ιδίως υπό μορφή προδιαγραφών σχετικών με τα υλικά.

Η Επιτροπή δικαιολογεί τη συμπεριφορά της, υποστηρίζοντας ότι κατά την προ της ασκήσεως προσφυγής φάση αμφισβήτησε γενικώς τη δανική επιφύλαξη και ότι, κατά συνέπεια, οι προβληθέντες με το υπόμνημα απαντήσεως ισχυρισμοί πρέπει να θεωρηθούν ως απλές διασαφήνσεις της γενικότερης αυτής αιτιάσεως και όχι ως αυτοτελείς και όψιμοι ισχυρισμοί. Βέβαιο είναι ότι οι όροι που μνημονεύθηκαν από την Επιτροπή με το εισαγωγικό της δίκης έγγραφο και στο υπόμνημα απαντήσεως δεν είναι, κατ' ουσίαν, τίποτε άλλο παρά εξειδίκευση της δανικής επιφυλάξεως, όπως αυτή διατυπώνεται στο άρθρο 6, παράγραφος 2, των γενικών όρων της συγγραφής υποχρεώσεων.

6. Κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να επισημανθεί ότι, κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου², το αντικείμενο προσφυγής που ασκείται κατ' εφαρμογήν του άρθρου 169 της Συνθήκης οριοθετείται με την πριν από την άσκηση της προσφυγής διαδικασία που προβλέπεται από τη διάταξη αυτή, καθώς και από τα αιτήματα της προσφυγής. η δε αιτιολογημένη γνώμη και η προσφυγή πρέπει να στηρίζονται στις ίδιες αιτίσεις και λόγους. Και να μην είναι αληθές ότι το Δικαστήριο αναγνωρίζει τη δυνατότητα προβολής με την προσφυγή νέων πραγματικών περιστατικών τα οποία είναι «της ίδιας φύσεως με εκείνα στα οποία αναφέρεται η αιτιολογημένη γνώμη και συνθέτουν μία και την αυτή

συμπεριφορά»³, πρέπει ωστόσο να πρόκειται, σύμφωνα με το άρθρο 42, παράγραφος 2, του Κανονισμού Διαδικασίας, για πραγματικά στοιχεία που ανέκυσαν μετά την αιτιολογημένη γνώμη και πάντως δεν ήταν γνωστά στον προσφεύγοντα κατά την κατάθεση της προσφυγής του.

Εφόσον, όμως, οι αιτιάσεις που για πρώτη φορά προέβαλε η Επιτροπή με την προσφυγή και το υπόμνημα απαντήσεως αφορούν όρους της συγγραφής υποχρεώσεων, επομένως όρους που ήδη υφίσταντο κατά το χρόνο της εγγραφου οχλήσεως, επιβάλλεται η παρατήρηση, σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου, ότι η Επιτροπή όφειλε ή τουλάχιστον ηδύνατο να έχει λάβει γνώση αυτών.

Εξ αυτού έπεται ότι αυτοί οι «εισάγοντες δυσμενείς διακηρύξεις» όροι δεν μπορούν να ληφθούν υπόψη στο πλαίσιο της παρούσας διαδικασίας: επομένως, η ένσταση απαραδέκτου της Δανικής Κυβερνήσεως πρέπει να γίνει δεκτή.

Ωστόσο, δεν μπορώ να μην προσθέσω εν προκειμένω ότι, τιθέμενο κατ' αυτόν τον τρόπο, το πρόβλημα είναι καθαρώς τυπικής φύσεως. Για να γίνει σαφέστερος: εφόσον η δανική επιφύλαξη είναι ασυμβίβαστη με το κοινοτικό δίκαιο, πράγμα που είναι αναμφισβήτητο, νομίζω ότι το διαπράξαν την παράβαση κράτος υποχρεούται, ούτως ή άλλως, να αντλήσει τις πρόδηλες συνέπειες, δηλαδή να καταργήσει όλες τις προδιαγραφές που αποτελούν εκδήλωση της εν λόγω επιφυλάξεως. Το ότι η Δανική Κυβέρνηση ήταν εν πλήρει επιγνώσει αυτού συνάγεται τόσο από το γεγονός ότι, με την απάντησή της στην αιτιολογημένη γνώμη, διαβεβαίωσε ότι η οριστική σύμβαση δεν περιείχε κανένα όρο τύπου δανικής επιφυλάξεως, όσο και από τον ισχυρισμό της ίδιας κυβέρνησεως ότι, καθώς αναγκάστηκε να προβεί στην κατάργηση της

2 — Βλ., τελευταία, απόφαση της 31ης Μαρτίου 1992, C-52/90, Επιτροπή κατά Δανίας (Συλλογή 1992, σ. I-2187, σκέψη 23).

3 — Βλ. απόφαση της 22ας Μαρτίου 1983, 42/82, Επιτροπή κατά Γαλλίας (Συλλογή 1983, σ. 1013), και απόφαση της 4ης Φεβρουαρίου 1988, 113/86, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή 1988, σ. 607).

δανικής επιφυλάξεως πριν από την υπογραφή της συμβάσεως, δηλαδή εντός συντομοτάτης προθεσμίας, διέλαθαν της προσοχής της ορισμένα συγκεκριμένα στοιχεία σχετικά με τη χρησιμοποίηση δανικών υλικών και τούτο λόγω ακριβώς biasσύνης⁴.

7. Όσον αφορά, έπειτα, εκείνους τους όρους που ετέθησαν για πρώτη φορά στην οριστική σύμβαση και οι οποίοι, κατά την άποψη της Επιτροπής, αποτελούν επίσης εξειδίκευση της δανικής επιφυλάξεως, πρέπει πρωτίτως να επισημανθεί ότι τα αιτήματα της Επιτροπής επί της εξεταζομένης αιτιάσεως αφορούν αποκλειστικά τον παράτυπο χαρακτήρα της διαδικασίας διαγωνισμού· επομένως — αντίθετα με τις «εισάγουσες δυσμενείς διακρίσεις» διατάξεις που περιέχονται στους γενικούς και τους ειδικούς όρους της συγγραφής υποχρεώσεων — οι διατάξεις που προσετέθησαν στην οριστική σύμβαση δεν μπορούσαν να έχουν καμμία επίπτωση στην εξέλιξη της διαδικασίας αυτής⁵. Κατ' αυστηρή έννοια, επομένως, οι διατάξεις αυτές θα μπορούσαν να αποτελέσουν τη βάση μιας αυτοτελούς διαδικασίας αναγνώρισεως παραβάσεως: είναι, πράγματι, προφανές ότι οι εν λόγω διατάξεις, αν ήταν παράνομες, στοιχειοθετούσαν πραγματωθείσα παράβαση του κοινοτικού δικαίου, εφόσον οι εργασίες κατασκευής της γέφυρας ήταν εν εξέλιξη.

Βεβαίως, θα μπορούσε επίσης να υποστηριχθεί ότι το να ληφθούν υπόψη, στο πλαίσιο της παρούσας διαδικασίας, ενδεχόμενες παράνομες προδιαγραφές που περιέχονται στις διατάξεις αυτές δεν μπορεί να συνεπάγεται σημαντική μεταβολή του αντικειμένου της προσφυγής, εφόσον πρόκειται για αιτιάσεις που είναι της ίδιας φύσεως με αυτές που

προβάλλονται στην αιτιολογημένη γνώμη και συνιστούν την ίδια συμπεριφορά. Εξ άλλου, καίτοι είναι αληθές ότι η οριστική σύμβαση συνήφθη πριν από την αποστολή της αιτιολογημένης γνώμης, είναι εξ ίσου αληθές ότι το προσφεύγον κοινοτικό όργανο, το οποίο δεν μπορεί άλλωστε να κατηγορηθεί ούτε για αδράνεια ούτε για αμέλεια, αν ληφθεί υπόψη το βραχύτατο χρονικό διάστημα εντός του οποίου διεξήγαγε τη σχετική με την παρούσα διαδικασία έρευνα (από την έναρξη της προ της ασκήσεως προσφυγής φάσεως μέχρι την κατάθεση της προσφυγής μεσολάβησε λιγότερο από ένας μήνας), έλαβε ουσιαστικά γνώση αυτής μετά μόνο την κατάθεση της προσφυγής.

Ωστόσο, έχοντας υπόψη τα αυστηρά κριτήρια που έχει δεχθεί το Δικαστήριο σχετικά με τη διεύρυνση του αντικειμένου μιας προσφυγής σε γεγονότα που δεν ήταν γνωστά στον προσφεύγοντα κατά τον χρόνο της αποστολής της αιτιολογημένης γνώμης, προτείνω, σύμφωνα με τις δικονομικές αρχές που διέπουν τις προσφυγές του άρθρου 169, να γίνει, και ως προς αυτό το σημείο, δεκτή η ένσταση απαραδέκτου της Δανικής Κυβερνήσεως.

8. Αφού, λοιπόν, δεχθήκαμε ότι το αντικείμενο της εξεταζομένης αιτιάσεως περιορίζεται στη δανική επιφύλαξη, όπως αυτή διατυπώθηκε στο άρθρο 6, παράγραφος 2, των γενικών όρων της συγγραφής υποχρεώσεων και αφού υπομνησθεί ότι είναι, εν προκειμένω, αναμφισβήτητο το ασυμβίβαστο της επιφυλάξεως αυτής με τα άρθρα 30, 48 και 59 της Συνθήκης, πρέπει, πρώτον, να εξεταστεί αν η Δανική Κυβέρνηση, απαλείφοντας την εν λόγω επιφύλαξη, συμμορφώθηκε ή όχι προς την αιτιολογημένη γνώμη. Στην πραγματικότητα, όπως ενθυμείστε, η ρήτρα αυτή καταργήθηκε πριν από την υπογραφή (στις 26 Ιουνίου) της συμβάσεως και, επομένως, πριν ακόμα η Επιτροπή κοινοποιήσει στη Δανική Κυβέρνηση (στις 14 Ιουλίου) την αιτιολογημένη γνώμη. Επικαλούμενη ακριβώς το γεγονός αυτό, η εν λόγω κυβέρνηση υποστηρίζει ότι η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη ή,

4 — Βλ. σ. 44 του υπομνήματος ανταπαντήσεως. Πράγματι, η Δανική Κυβέρνηση ρητώς αναγνώρισε ότι ορισμένες διατάξεις της συμβάσεως, τις οποίες χαρακτηρίζει δευτερεύουσες, εξακολουθούν να περιέχουν εξειδικεύσεις της δανικής επιφυλάξεως.

5 — Εξυπακούεται ότι οι προαναφερθείσες παρατηρήσεις ισχύουν και στην περίπτωση αυτή: πράγματι, θα ήταν το λιγότερο παράλογο η Δανική Κυβέρνηση, αφού πρώτα αναγνώρισε το ασυμβίβαστο της δανικής επιφυλάξεως με το κοινοτικό δίκαιο και ζήτησε, επομένως, την κατάργησή της, να επιτρέψει στη συνέχεια να τεθούν στην οριστική σύμβαση παράνομες προδιαγραφές του ίδιου τύπου.

τουλάχιστον, ως αβάσιμη, κατ' αναλογία προς ό,τι αποφάσισε το Δικαστήριο στην υπόθεση C-362/90⁶. Συναφώς, θα ειπώ ευθύς εξαρχής ότι δεν νομίζω ότι η υπόθεση που μας απασχολεί εδώ μπορεί να εξομοιωθεί προς την προαναφερθείσα.

Όντως, υπενθυμίζω ότι στην υπόθεση C-362/90, η επικρινόμενη παράβαση είχε ήδη, κατά το χρόνο της αποστολής της αιτιολογημένης γνώμης, εξαντλήσει τα αποτελέσματά της και ότι, εξ άλλου, το Δικαστήριο κατέλογισε στην Επιτροπή όλως ιδιαιτέρως το γεγονός ότι «δεν ενήργησε έγκαιρα, κινώντας τις διαδικασίες που έχει στη διάθεσή της, για να εμποδίσει την επέλευση των αποτελεσμάτων της προσαπτομένης παραβάσεως, και ότι δεν επικατέστηκε την ύπαρξη περιστάσεων οι οποίες να την παραιπόδισαν να ολοκληρώσει την προ της ασκήσεως της προσφυγής διαδικασία του άρθρου 169 της Συνθήκης πριν η παράβαση παύσει να υφίσταται»⁷.

9. Αντιθέτως, όσον αφορά την υπό κρίση περίπτωση, η κατάσταση είναι όλως διαφορετική. Πράγματι, όπως ανέφερα ήδη, η Επιτροπή είχε ζητήσει με το γράμμα οχλήσεως όχι μόνο οι αιτούμενες εξηγήσεις να της δοθούν εντός προθεσμίας επτά ημερών αλλά και να αναβληθεί, εν τω μεταξύ, η υπογραφή της συμβάσεως. Επομένως, η Δανική Κυβέρνηση μπορούσε να αποφύγει την «τελείωση» της παραβάσεως συμμορφούμενη προς τα αιτήματα της Επιτροπής: αντιθέτως, εκκρεμούσης ακριβώς της διαδικασίας του άρθρου 169, ανακοίνωσε, με την απάντηση στο έγγραφο οχλήσεως, ότι η Storebælt είχε ήδη προβεί στην υπογραφή της συμβάσεως. Αυτός ο τρόπος ενεργείας εμπόδισε την επανέναρξη της διαδικασίας διαγωνισμού, πράγμα που ώθησε το προσφεύγον κοινοτικό όργανο να ζητήσει, με την αιτιολογημένη γνώμη, ως μόνο μέσο για να τεθεί τέρμα στην παράβαση, την καταγγελία της συμβάσεως και την εκ νέου κίνηση

της διαδικασίας του διαγωνισμού. Εξ άλλου, κατά το μέτρο που η σύμβαση αναθέσεως δημοσίου έργου συνήφθη βάσει πλημμελούς διαδικασίας διαγωνισμού, δεν νομίζω — δοθέντος ότι δεν αμφισβητείται το παράνομο της δανικής επιφυλάξεως — ότι μπορεί να υπάρχουν αμφιβολές ως προς την ύπαρξη της παραβάσεως.

Πράγματι, είναι προφανές ότι μόνο μια νέα διαδικασία διαγωνισμού θα μπορούσε να άρει την παράβαση, δοθέντος ότι η πρώτη διαδικασία είχε διεξαχθεί κατά ευθεία παράβαση του κοινοτικού δικαίου. Με άλλα λόγια, δεδομένου ότι η δανική επιφύλαξη επηρέασε την υποβολή των προσφορών, είναι αναμφισβήτητο ότι η μεταγενέστερη απόλυσή της, έστω και πριν από την υπογραφή της συμβάσεως, δεν μπορούσε σε καμμία περίπτωση να θεραπεύσει μια τέτοιας σημασίας διαδικαστική πλημμέλεια του διαγωνισμού αναθέσεως δημοσίου έργου.

Εξ άλλου, αμφιβάλλω αν η Δανική Κυβέρνηση μπορεί να χρησιμοποιήσει προς όφελός της τον ισχυρισμό της Επιτροπής ότι δεν είναι πλέον δυνατό, στο παρόν στάδιο, να επιτευχθεί η πλήρης τήρηση του κοινοτικού δικαίου, και τούτο προκειμένου να υποστηρίξει ότι τα αιτήματα της Επιτροπής τα σχετικά με την αίτηση περί της δανικής επιφυλάξεως ουδεμία ασκούν πλέον επιρροή. Πράγματι, θα ήταν τουλάχιστον παράδοξο ένα κράτος μέλος, το οποίο είχε τη δυνατότητα να εμποδίσει το να παραγάγει η παράβαση οριστικά αποτελέσματα, να μπορεί στη συνέχεια να χρησιμοποιήσει το γεγονός ότι η εν λόγω παράβαση έχει ήδη ολοκληρωθεί, για ν' αποφύγει την «αναγνώρισή» της δυνάμει του άρθρου 171. Όντως, ενδεχόμενη τέτοια απόφαση του Δικαστηρίου δεν σκοπεύει στο να αναγνωριστεί ότι η Storebælt όφειλε να κινήσει εκ νέου τη διαδικασία διαγωνισμού, αλλά, πολύ απλούστερα, στο να διαπιστωθεί ότι η επίδικη διαδικασία διεξήχθη κατά παράβαση των οικείων διατάξεων του κοινοτικού δικαίου.

6 — Απόφαση της 31ης Μαρτίου 1992, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Σύλλογος 1992, σ. I-2353).

7 — Απόφαση της 31ης Μαρτίου 1992, ό.π., σκέψη 12.

Σε τελευταία ανάλυση, αποδοχή της θέσεως της καθής κυβερνήσεως ότι, ήδη πριν από την αποστολή της αιτιολογημένης γνώμης, η δανική επιφυλάξη είχε καταργηθεί και ότι, επομένως, και εν πάση περιπτώσει, η αιτίαση σχετικά με την επιφυλάξη αυτή δεν ασκεί πλέον, μετά την υπογραφή της συμβάσεως, επιρροή, καταλήγει στο να επιβεβαιωθεί το γεγονός ότι η παραβίαση «τελειώθηκε» παρ' όλον ότι ήταν εν εξελίξει η σχετική κατ' αυτής διαδικασία.

Μια τελευταία παρατήρηση επ' αυτού. Θεωρώ πλέον ή προφανές ότι, σε περίπτωση που το Δικαστήριο υιοθετήσει τη θέση της Δανικής Κυβερνήσεως, η διαδικασία λόγω παραβάσεων χάνει κάθε λόγο υπάρξεως κάθε φορά που πρόκειται για στιγμιαίες παραβάσεις, δηλαδή για παραβάσεις σε σχέση με τις οποίες υπάρχει κίνδυνος να έχουν αυτές ήδη «τελειωθεί» κατά τη προ της ασκήσεως προσφυγής φάση, ίσως και πριν από την αποστολή της αιτιολογημένης γνώμης. Προφανώς δε ο κίνδυνος αυτός είναι περίπου φυσιολογικός σ' έναν τομέα όπως αυτός των συμβάσεων δημοσίων έργων. Υπ' αυτό το πρίσμα, δεν είναι δυνατόν — άλλως θα έχανε το νόημά της και θα εκφυλιζόταν η διαδικασία του άρθρου 169 όσον αφορά παραβάσεις όπως η επίδικη — ούτε να αντιταχθεί λυσιτελώς η κρίση του Δικαστηρίου ότι «δεν μπορεί να επιληφθεί παρά μόνο εάν το οικείο κράτος δεν συμμορφώθηκε προς την αιτιολογημένη γνώμη»⁸, ούτε να υποστηριχθεί, όπως στην προμνησθείσα απόφαση C-362/90, ότι, «κατά την εκπαγή της προθεσμίας που τάχθηκε με την αιτιολογημένη γνώμη, η προσαπτομένη παράβαση δεν υφίστατο πλέον», καθ' όσον αυτή είχε εξαντλήσει τα αποτελέσματά της. Πράγματι, η Επιτροπή κίνησε εν προκειμένω τη διαδικασία λόγω παραβάσεως εγκαίρως προκειμένου να αποφευχθεί όπως η καταλογιζόμενη παράβαση παραγάγει αποτελέσματα, υπό την έννοια ότι, δοθέντος ότι η οριστική σύμβαση δεν είχε εισέτι υπογραφεί,

το οικείο κράτος είχε τη δυνατότητα να κινήσει εκ νέου τη διαδικασία διαγωνισμού.

10. Ξστερα από τη διευκρίνιση αυτή, πρέπει, στη συνέχεια, να εξακριβωθεί εάν και κατά πόσον η δήλωση της 22ας Σεπτεμβρίου 1989 της Δανικής Κυβερνήσεως κατά τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων έχει επίπτωση όσον αφορά την παρούσα δίκη. Συναφώς, η Δανική Κυβέρνηση ισχυρίζεται ότι με τη δήλωση αυτή όχι μόνο ανεγνώρισε την ύπαρξη της παραβάσεως, αλλά και παραδέχτηκε την ευθύνη της για την υλική ζημία των υποβαλλουσών προτάσεις επιχειρήσεων, οπότε η εν λόγω δήλωση ισοδυναμεί, όπως ακριβώς και μια απόφαση, με οριστική διαπίστωση της παραβάσεως.

Όμως, καίτοι είναι αληθές ότι η Δανική Κυβέρνηση αναγνώρισε την παράβαση και εγγυήθηκε τη δυνατότητα αποκαταστάσεως της ζημίας που υπέστησαν οι υποβαλλούσες προσφορές επιχειρήσεις, είναι εξ ίσου αληθές — κατά τη γνώμη μου — ότι το γεγονός αυτό δεν είναι ικανό να εξαλείψει το συμφέρον προς συνέχιση της δίκης. Το γεγονός ότι η δήλωση αυτή ώθησε το προσφεύγον κοινοτικό όργανο να παραιτηθεί της αιτήσεώς του για λήψη προσωρινών μέτρων αποτελεί απλώς καρπό συμφωνίας μεταξύ των διαδίκων αφορώσας αποκλειστικώς τη διαδικασία ασφαλιστικών μέτρων και, ειδικότερα, για να θέσει τέρμα σ' αυτήν εξωδικαστικώς. Από τη συμπεριφορά αυτή της Επιτροπής δεν νομίζω ότι είναι ορθό να συναχθεί το απαράδεκτο ή, εν πάση περιπτώσει, το αβάσιμο της προσφυγής. Διαφορετικά, θα καθιερωνόταν η αρχή ότι η Επιτροπή υποχρεούται να παρατείνεται της προσφυγής κάθε φορά που, κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, η παράβαση παύει να αμφισβητείται και, ταυτοχρόνως, αναγνωρίζεται δικαίωμα προς αποκατάσταση της ζημίας που έχουν ενδεχομένως υποστεί ιδιώτες λόγω της παραβάσεως αυτής.

11. Εξ άλλου, όπως προκύπτει από τη σχετική νομολογία του Δικαστηρίου, με την

8 — Απόφαση της 15ης Ιανουαρίου 1986, 121/84, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή 1986, σ. 107, σκέψη 10).

οποία έχει ενόψει ρητώς υπογραμμιστεί ότι το συμφέρον για τη συνέχιση μιας δίκης μπορεί να συνίσταται στη θεμελίωση της ευθύνης που μπορεί να υπέχει ένα κράτος μέλος συνεπεία της παραβιάσεώς του⁹, πράξει, εν πάση περιπτώσει, να θεωρηθεί ως δεδομένο ότι η Επιτροπή έχει συμφέρον στις διαδικασίες που κινεί βάσει του άρθρου 169, έστω και σε περίπτωση μη αμφισβητούμενων παραβάσεων¹⁰.

Σε τελευταία ανάλυση, όπως έχει αναγνωριστεί το Δικαστήριο¹¹, η Επιτροπή δεν υποχρεούται να αποδείξει ότι έχει «έννομο» συμφέρον προς συνέχιση της προσφυγής της. Ως «θεματοφύλακας» των Συνθηκών, η Επιτροπή έχει, εν πάση περιπτώσει, συμφέρον να διαπιστωθεί με απόφαση του Δικαστηρίου η παράβαση: για τον σκοπό αυτόν, το μόνο κρίσιμο στοιχείο είναι το γεγονός ότι το εν λόγω κράτος δεν έχει θέσει τέρμα στην παράβαση που του προσάπτεται εντός της ταχθείσας με την αιτιολογημένη γνώμη προθεσμίας. Αντιθέτως, το γεγονός ότι η εν λόγω παράβαση αναγνωρίστηκε πριν από την αποστολή της αιτιολογημένης γνώμης στερείται, αντίθετα προς ό,τι φρονεί η Δανική Κυβέρνηση, οποιασδήποτε σημασίας.

Επομένως, υπό το φως των προηγούμενων θεωρήσεων, φρονώ ότι το Βασίλειο της Δανίας, δοθέντος ότι η Storebælt προέβη στην προκήρυξη διαγωνισμού για τη σύναψη συμβάσεως δημοσίου έργου βάσει ρήτραις η οποία εξαρτούσε την επιλογή μιας προσφοράς από την προϋπόθεση ότι θα χρησιμοποιηθούν, στο μεγαλύτερο δυνατό βαθμό, δανικά υλικά και εργατικό δυναμικό, παρέβη τις υποχρεώσεις που υπέχει από τα άρθρα 30, 48 και 59 της Συνθήκης.

9 — Βλ., τελευταία, απόφαση της 18ης Μαρτίου 1992, C-29/90, Επιτροπή κατά Ελλάδας (Σύλλογος 1992, σ. I-1971, σκέψη 12).

10 — Συναφώς, αρκεί να παρατηρηθεί ότι το Δικαστήριο ουδέποτε αμφισβήτησε το συμφέρον της Επιτροπής να καταδικαστεί ένα κράτος μέλος λόγω παραβιάσεως: και τούτο ακόμη και όταν η εν λόγω παράβαση είχε ρητώς αναγνωριστεί από το κράτος μέλος και, εμφανώς, δεν ετίθετο πρόβλημα σχετικά με τη δυνατότητα αποκαταστάσεως της ζημίας.

11 — Βλ. απόφαση της 4ης Απριλίου 1977, 167/73, Επιτροπή κατά Γαλλίας (Σύλλογος τόμος 1974, σ. 179, σκέψη 15).

β) *Περί της διεξαγωγής διαπραγματεύσεων βάσει προσφοράς μη σύμφωνης προς τη συγγραφή υποχρεώσεων*

12. Και σε σχέση με αυτόν τον ισχυρισμό, η Δανική Κυβέρνηση αντέτεινε σειρά ενστάσεων απαραδέκτου, σχετικά τόσο με τα πρόσθετα πραγματικά περιστατικά που η Επιτροπή εισήγαγε στο υπόμνημα απαντήσεως προς στήριξη της εν λόγω αιτιάσεως, όσο — και κυρίως — με καταλογιζόμενη τροποποίηση των αιτημάτων, η οποία επέφερε διεύρυνσή τους.

Όσον αφορά τα περιστατικά που για πρώτη φορά μνημονεύονται από την Επιτροπή με το υπόμνημα απαντήσεως, δηλαδή τις «φερόμενες» διαπραγματεύσεις που διεξήχθησαν μεταξύ της Storebælt και της ESG και των οποίων απόρροια υπήρξαν διατάξεις της οριστικής συμβάσεως ασυμβίβαστες με τους όρους της συγγραφής υποχρεώσεων¹², ισχύουν οι ίδιες παρατηρήσεις που ήδη ανέπτυξα σχετικά με την αίτηση περί της δανικής επιφυλάξεως. Πράγματι, σύμφωνα με την προμνημονευθείσα νομολογία του Δικαστηρίου, δεν πρέπει να επιτραπεί στην Επιτροπή να επικαλεστεί προς στήριξη της εν λόγω αιτιάσεως περιστατικά που δεν είχε προσάψει κατά την προ της ασκήσεως προσφυγής φάση.

Αντιθέτως, φαίνεται να είναι πιο δύσκολη η εξέταση αναφορικά με την αναδιατύπωση των αιτημάτων. Όπως, η Επιτροπή προσήψε αρχικώς στη Δανική Κυβέρνηση το γεγονός ότι η Storebælt διεξήγαγε με την ESG διαπραγματεύσεις βάσει προσφοράς μη σύμφωνης προς το άρθρο 3, παράγραφος 3, της συγγραφής υποχρεώσεων. Στη συνέχεια, με το υπόμνημα της απαντήσεως, η

12 — Πράγματι, με το υπόμνημα απαντήσεως, η Επιτροπή δεν αναφέρεται πλέον αποκλειστικά στις διαπραγματεύσεις σχετικά με την τεθείσα από την ESG επιφυλάξη αναφορικά με το άρθρο 3, παράγραφος 3, της συγγραφής υποχρεώσεων, αλλά και στις διαπραγματεύσεις που έγιναν σχετικά με το θέμα της τιμής μονάδος για την άμμο λιθογυμώσεως, τις ποινικές ρήτρες και την κάλυψη των καθυστερήσεων, την εισφορά για τη στήριξη της αγοράς εργασίας, τη μέθοδο ανταρσαροποίησης των τιμών, κ.λπ.

Επιτροπή αναδιατύπωσε το αίτημα αυτό υποστηρίζοντας ότι η Storebælt, στηριζόμενη σε μια μη σύμφωνη με τη συγγραφή υποχρεώσεων προσφορά, διεξήγαγε με την ESG διαπραγματεύσεις που είχαν ως αποτέλεσμα να περιλάβει η τελική σύμβαση τροποποιήσεις των όρων της προκηρύξεως διαγωνισμού προς όφελος αυτής και μόνο της υποβαλούσας προσφορά, οι οποίες αφορούσαν, ειδικότερα, στοιχεία έχοντα επίπτωση στις τιμές. Περαιτέρω, η Επιτροπή προσέθεσε ρητή αναφορά στην αρχή της ίσης μεταχειρίσεως ως θεμέλιου της οδηγίας 71/305, ενώ με τα αιτήματά της, όπως τα είχε διατυπώσει στο εισαγωγικό της δίκης έγγραφο, αναφερόταν, ειδικότερα, στον τίτλο IV της οδηγίας αυτής.

Η Δανική Κυβέρνηση υποστηρίζει ότι η αναδιατύπωση των αιτημάτων ως προς το σημείο αυτό ισοδυναμεί με διεύρυνσή τους και επικαλείται την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, κατά την οποία οι διάδικοι δεν μπορούν να τροποποιούν το αντικείμενο της διαφοράς κατά τη διάρκεια της δίκης και ότι, ως εκ τούτου, το βάσιμο της προσφυγής πρέπει να εξετάζεται αποκλειστικά εν όψει των περιλαμβανομένων στο εισαγωγικό δικόγραφο αιτημάτων¹³. Εξ άλλου, κατά τη γνώμη πάντα της καθής κυβερνήσεως, τα κατ' αυτόν τον τρόπο αναδιατυπωθέντα αιτήματα στηρίζονται σε μια νέα νομική βάση, συγκεκριμένα στην αρχή της ίσης μεταχειρίσεως από την οποία διαπνέεται η οδηγία. Ένας τέτοιος τρόπος ενεργείας είναι ανεπίτρεπτος, καθ' όσον συνεπάγεται προσβολή των δικαιωμάτων του αμυνόμενου, δοθέντος ότι το καθού κράτος δεν είχε τη δυνατότητα να λάβει θέση σχετικά σύμφωνα με τους επιβαλλόμενους τύπους και εντός των τασσομένων προθεσμιών.

13. Θα ειπώ ευθύς εξαρχής ότι δεν μπορώ να συμμεριστώ την άποψη αυτή. Πρώτον,

όπως αναγνώρισε και η ίδια η Δανική Κυβέρνηση, η αναδιατύπωση των αιτημάτων είναι θεμιτή εφόσον οροθετεί, υπό την έννοια ότι «συρρικνώνει», τα αιτήματα. Και έτσι ακριβώς έχει, κατά τη γνώμη μου, η κατάσταση στην υπόθεση που μας απασχολεί, κατά το μέτρο που, η Επιτροπή, μη καταλογίζοντας πλέον, γενικώς, ότι οι διαπραγματεύσεις διεξήχθησαν βάσει προσφοράς μη σύμφωνης προς τη συγγραφή υποχρεώσεων, αλλ' ότι εξελίχθηκαν με βάση μια απαρέγκλιτη ρήτρα της συγγραφής υποχρεώσεων και οδήγησαν σε αποτελέσματα ευθέως αντίθετα προς την αρχή που διαπνέει την οδηγία 71/035 — δηλαδή την ίση μεταξύ των υποβαλλόντων προσφορές μεταχείριση —, κατέληξε, κατ' ουσίαν, στο να οροθετήσει και να περιορίσει το περιεχόμενο της αιτιάσεως, όπως το είχε διατυπώσει με την αιτιολογημένη γνώμη.

Όσον αφορά, έπειτα, τη θέση ότι η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως αποτελεί νέα νομική βάση, παρατηρώ κατ' αρχάς ότι, καίτοι είναι αληθές ότι η αρχή αυτή περιελήφθη αυτούσια στα αιτήματα για πρώτη φορά με το υπόμνημα απαντήσεως, είναι εξ ίσου αληθές ότι, ήδη κατά την προ της ασκήσεως προσφυγής φάση, η Επιτροπή είχε προσάψει στη Δανική Κυβέρνηση την παραβίαση της αρχής αυτής. Ειδικότερα, υπενθυμίζω ότι, με την αιτιολογημένη της γνώμη, η Επιτροπή ρητώς ισχυρίστηκε ότι το γεγονός ότι οι διαπραγματεύσεις διεξήχθησαν βάσει προσφοράς μη σύμφωνης προς τη συγγραφή υποχρεώσεων «infringed the principle of equal treatment of all contractors which lies at the heart just as much of national laws in the field of procurement as of Council Directive 71/305.» Επομένως, εξ αυτού έπεται ότι η Δανική Κυβέρνηση είχε τη δυνατότητα να εκφραστεί επί του σημείου αυτού, όπως άλλωστε προκύπτει τόσο από την απάντηση στην αιτιολογημένη γνώμη όσο και από το υπόμνημα αντικρούσεως.

13 — Βλ., π.χ., απόφαση της 14ης Οκτωβρίου 1987, 278/85, Επιτροπή κατά Δανίας (Συλλογή 1987, σ. 4069).

14. Ύστερα από τα ανωτέρω, εισέρχομαι στην ουσία της αιτιάσεως αυτής. Καταρχάς, είναι σκόπιμο να υπομνησθεί το περιεχόμενο του άρθρου 3, της συγγραφής υποχρεώσεων, δηλαδή το περιεχόμενο του όρου προς τον οποίο δεν συμμορφώθηκε η ESG υποβάλλοντας δική της προσφορά.

Κατ' εφαρμογήν της διατάξεως αυτής, η τιμή που ορίζεται για μια εναλλακτική προσφορά πρέπει να περιλαμβάνει τα έξοδα της λεπτομερούς εκπονήσεως του κατασκευαστικού σχεδίου που υποβάλλει ο εργολήπτης στον εργοδότη προς έγκρισήν· περαιτέρω, ο υποβάλλων προσφορά οφείλει να αναλάβει στο ακέραιο την ευθύνη για την πραγματοποίηση και την εκτέλεση του εν λόγω σχεδίου, συμπεριλαμβανομένου του κινδύνου που είναι συμμής με τις ποσοτικές αποκλίσεις που συναρτώνται με την εναλλακτική προσφορά. Το ίδιο αυτό άρθρο 3, παράγραφος 3, προβλέπει, στη συνέχεια, ότι ο υποβάλλων προσφορά υποχρεούται να αναφέρει, για την περίπτωση που ο εργοδότης αποφασίσει να αναλάβει ο ίδιος την λεπτομερή εκπόνηση του κατασκευαστικού σχεδίου, τη μείωση που θα επέλθει στην τιμή του σχεδίου. Στην περίπτωση αυτή, η ευθύνη για τη σύλληψη του σχεδίου και ο κίνδυνος εκ των ποσοτικών αποκλίσεων, κατά το μέτρο που είναι απόρροια της λεπτομερούς εκπονήσεως του σχεδίου, βαρύνουν τον εργοδότη.

Όμως, η υποβληθείσα από την ESG εναλλακτική προσφορά, η οποία συνίστατο σε μια γέφυρα από σπλισμένο σκυρόδεμα, προβλέπει στο σημείο 6.1 (τωρινή προσφορά) ότι ο εργοδότης ανέλαμβανε την εκπόνηση λεπτομερούς κατασκευαστικού σχεδίου και την εις το ακέραιον ευθύνη της πραγματοποίησής του καθώς και τον κίνδυνο των ποσοτικών αποκλίσεων. Ως παραλλαγή, η ESG προέτεινε, στο σημείο 6.2 της προσφοράς της, να αναλάβει η ίδια την εκπόνηση του σχεδίου έναντι επι πλέον κόστους 42 εκατομμυρίων δανικών κορωνών (DKR)· και σ' αυτήν όμως την περίπτωση, ο εν λόγω προσφέρων θεωρούσε ότι την ευθύνη

για την υλοποίηση του σχεδίου και τον κίνδυνο των ποσοτικών μεταβολών, τον οποίον εκτιμούσε σε 5 περίπου εκατομμύρια DKR, έπρεπε να φέρει ο εργοδότης.

15. Νομίζω ότι η μη συμφωνία μιας τέτοιας προσφοράς με το άρθρο 3, παράγραφος 3, της συγγραφής υποχρεώσεων προκύπτει αναμφιβόλως από τη διατύπωση του σημείου 6.2. Την άποψη της Δανικής Κυβερνήσεως ότι η ανάληψη από τον εργοδότη της ευθύνης για την εκτέλεση του κατασκευαστικού σχεδίου και του κινδύνου των ποσοτικών αποκλίσεων αφορά αποκλειστικώς την περίπτωση κατά την οποία ο ίδιος ο εργοδότης αναλαμβάνει την εκπόνηση του σχεδίου, αντικρούει άλλωστε η ίδια η Storebælt, όπως προκύπτει από το σημείωμα της 21ης Ιουνίου 1989 που είναι συνημμένο στην απάντηση της Δανικής Κυβερνήσεως στην αίτηση της Επιτροπής για την παροχή διευκρινίσεων¹⁴.

Λόγω της μη συμφωνίας μιας τέτοιας προσφοράς με τη συγγραφή υποχρεώσεων, η Επιτροπή υποστήριξε, αρχικά, ότι αυτό τουτο το γεγονός ότι η Storebælt την έλαβε υπόψη και άρχισε διαπραγματεύσεις επ' αυτής της βάσεως συνιστά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως, όπως αυτή απορρέει από τον τίτλο IV της οδηγίας 71/305.

Ειδικότερα, καίτοι αναγνωρίζει ότι οι προσφέρουσες επιχειρήσεις μπορούν να προσθέτουν επιφυλάξεις στις προσφορές τους, η Επιτροπή φρονεί ότι μια τέτοια ευχέρεια περιορίζεται από τις θεμελιώδεις προδιαγραφές της συγγραφής υποχρεώσεων, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται ασφαλώς και το άρθρο 3, παράγραφος 3. Εξ αυτού έπεται ότι η Storebælt δεν προέβη σε αντικειμενική σύγκριση προσφορών που

14 — Στο σημείωμα αυτό, προκειμένου να καταδειχθεί ότι η προσφορά της ESG, όπως περιγράφεται στο σημείο 6.2 αυτής, ουδέμία θα είχε επίπτωση στο αποτέλεσμα των διαπραγματεύσεων, η Storebælt πράγματι ισχυρίζεται ότι δεν έκανε δεκτή την πρόταση της ESG βάσει της οποίας ο εργοδότης θα αναλάμβανε «τον κίνδυνο της καταστρώσεως του σχεδίου και των ποσοτήτων, έστω και αν στην κατάσταση αυτή προέβαινε ο εργολήπτης».

υποβλήθηκαν υπό τις ίδιες προϋποθέσεις, με την περαιτέρω συνέπεια η τελική φάση της διαδικασίας διαγωνισμού να μη διεξαχθεί νομοτύπως έναντι των άλλων υποβαλλουσών προσφορές επιχειρήσεων. Με το υπόμνημα απαντήσεως, όπως είπα ανωτέρω, η Επιτροπή διευκρίνισε, στη συνέχεια, την εν λόγω αιτίαση, υποστηρίζοντας ότι οι διαπραγματεύσεις μεταξύ ESG και Storebælt είναι, κατά το μέτρο που είχαν επίπτωση στις τιμές, ασυμβίβαστες με το κοινοτικό δίκαιο.

16. Πράγματι, όπως μόλις προηγουμένως τόνισα, και μεν η ESG ανέλαβε την υποχρέωση της εκπονήσεως του λεπτομερούς σχεδίου για το καθορισμένο ποσό των 42 εκατομμυρίων DKR, πλην ουδεμιά ανέλαβε υποχρέωση όσον αφορά την ευθύνη και τους κινδύνους του σχεδιασμού. Αυτοί, επομένως, οι όροι απετέλεσαν, κατ' ανάγκην, αντικείμενο διαπραγματεύσεων και το ίδιο θα πρέπει να τεκμαίρεται και όσον αφορά τον κίνδυνο των ποσοτικών αποκλίσεων.

Με δεδομένη την άρνηση της Δανικής Κυβερνήσεως να παράσχει στην Επιτροπή τα σχετικά με τις εν λόγω διαπραγματεύσεις έγγραφα¹⁵, δεν είναι δυνατόν να διαπιστωθεί πώς η Storebælt έλαβε υπόψη τις εν λόγω επιφυλάξεις και καθόρισε τις σχετικές τιμές. Γεγονός πάντως είναι ότι ορισμένοι όροι της συγγραφής υποχρεώσεων τροποποιήθηκαν κατά τη διάρκεια των διαπραγματεύσεων, πράγμα που είχε ως συνέπεια — λαμβανομένης υπόψη της ίδιας της φύσεως των όρων αυτών — να μεταβληθεί η οριζόμενη στην προσφορά τιμή του έργου.

Εξ άλλου, όπως προκύπτει από τα κατατεθέντα από την Επιτροπή έγγραφα, η συναφθείσα με την ESG σύμβαση προβλέπει περιορισμό της ευθύνης μέχρι ποσού 300 εκατομμυρίων DKR, αλλά και χρονική της διάρκεια έξι ετών: και τούτο σε κατα-

φανή αντίθεση όχι μόνο προς το άρθρο 3, παράγραφος 3, της συγγραφής υποχρεώσεων, δυνάμει του οποίου ο εργολήπτης οφείλει να αναλάβει στο ακέραιο την ευθύνη για την πραγματοποίηση και εκτέλεση του σχεδίου, αλλά επίσης, και κυρίως, κατά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως: είναι πράγματι σαφές ότι οι λοιποί υποβαλλόντες προσφορές όρισαν την τιμή της συμβάσεως λαμβάνοντας υπόψη το γεγονός ότι οφείλαν να αναλάβουν την πλήρη ευθύνη για του έργου. Όσον αφορά δε τον κίνδυνο των ποσοτικών αποκλίσεων, η σύμβαση προβλέπει το καθορισμένο ποσό των 5 εκατομμυρίων DKR, το οποίο αντιστοιχεί προς την εκτίμηση στην οποία προέβη η ESG στην εναλλακτική της προσφορά: επομένως, είναι σαφές ότι οι εν λόγω διαπραγματεύσεις είχαν επίπτωση στις τιμές.

Όλα αυτά τα στοιχεία οδηγούν αναγκαστικά στο συμπέρασμα ότι οι όροι του διαγωνισμού, όπως είχαν διατυπωθεί στη συγγραφή υποχρεώσεων (και, καθ' όσον ενδιαφέρει εδώ, στο άρθρο 3, παράγραφος 3), τροποποιήθηκαν προς όφελος ενός μόνον από τους υποβαλλόντες προσφορά. Εξ αυτού έπεται, σε τελευταία ανάλυση, ότι, κατ' αυτόν τον τρόπο, οι όροι ανταγωνισμού μεταξύ των υποβαλλόντων προσφορές νοθεύτηκαν και, άρα, παραβιάστηκε η αρχή της ίσης μεταξύ τους μεταχειρίσεως.

17. Ωστόσο, η Δανική Κυβέρνηση αντιτείνει ότι η αύξηση της τιμής υπήρξε όλως ανάλογη προς το συνολικό κόστος του εν λόγω έργου και ότι, εν πάση περιπτώσει, οι πράξεις που της προσάπτει η Επιτροπή δεν διέπονται από το κοινοτικό δίκαιο· ειδικότερα, η δυνατότητα αποδοχής προσφορών περιοχουσών επιφυλάξεις και η ευχέρεια του εργοδότη να διεξάγει διαπραγματεύσεις με τις προσφερόμενες επιχειρήσεις διέπεται από το εθνικό δίκαιο. Εμμένει δηλαδή στην άποψη ότι η οδηγία 71/305 δεν διέπει το ζήτημα των ορών εντός των οποίων μπορούν

15 — Άρνηση που αιτιολογείται από το γεγονός ότι: α) επρόκειτο για εμπιστευτικά έγγραφα· και β) η Storebælt δεν υποχρεούταν, ούτως ή άλλως, να προσδιορίσει την τιμή των εν λόγω επιφυλάξεων.

να διεξάγονται οι διαπραγματεύσεις και ότι οι οικείες διατάξεις του εθνικού δικαίου εφαρμόστηκαν χωρίς καμμία διάκριση μεταξύ των διαφόρων υποβαλλόντων προσφορές.

Συναφώς, θα ειπώ ευθύς αμέσως ότι δεν μου φαίνεται ότι χρήζει ιδιαίτερου σχολιασμού ο ισχυρισμός της Δανικής Κυβερνήσεως ότι «από την οδηγία 71/305 δεν μπορεί να συναχθεί κανόνας επιβάλλων στα κράτη μέλη υποχρεώσεις υπερβαίνουσες τις απαιτήσεις του δανικού δικαίου σχετικά με συμβάσεις δημοσίων έργων, όσον αφορά το να μη λαμβάνεται υπόψη προσφορά περιλαμβάνουσα επιφύλαξη ή το να αποκλείεται απολύτως οποιαδήποτε διαπραγματεύση»¹⁶. Πράγματι, είναι αυτονόητο ότι, στο μέτρο που θα προέκυπτε ότι οι δανικοί κανόνες είναι ασυμβίβαστοι προς το κοινοτικό δίκαιο, το τελευταίο αυτό δίκαιο αυτό θα κατίσχυε.

Εξ άλλου, δεν μπορώ να αντιληφθώ την έννοια της μομφής, που η ίδια η κυβέρνηση απευθύνει στην Επιτροπή, διότι αυτή ερμήνευσε την οδηγία ως διαπνεύμενη από την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως. Θα ήταν το λιγότερο παράδοξο να γίνει δεκτό ότι η εν λόγω αρχή, διότι δεν έχει αποτυπωθεί ρητώς σε καμμία από τις διατάξεις της οδηγίας, είναι άσχετη προς την οδηγία, ενώ, αντιθέτως, σκοπός ακριβώς της οδηγίας αυτής είναι να διασφαλίσει, πρωτίστως και κυρίως, την ισότητα μεταξύ όλων όσων συμμετέχουν σε μια διαδικασία διαγωνισμού.

18. Πράγματι, είναι βέβαιο ότι η οδηγία 71/305 ούτε περιέχει κάποια ειδική όσον αφορά τις επιφυλάξεις διάταξη ούτε, ακόμα λιγότερο, μνημονεύει ρητώς την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως· τούτο δεν συνεπάγεται, ωστόσο, ότι το εθνικό δίκαιο μπορεί να διέπει όλα τα συνδεόμενα με τις σχετικές συμβάσεις στοιχεία χωρίς να λαμβάνει υπόψη μια τόσο θεμελιώδη αρχή. Ειλικρι-

νώς με εκπλήσσει το γεγονός ότι οι διάδικοι δαπάνησαν τόση ενέργεια προσπαθώντας να αποδείξουν, και αντιστοίχως, να αμφισβητήσουν, το αν η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως αποτελεί ή όχι τη βάση της οδηγίας 71/305. Πράγματι, είναι περιττόν εν προκειμένω να υπογραμμιστεί ότι στο πλαίσιο διαγωνισμού για τη σύναψη συμβάσεως δημοσίου έργου, διότι ακριβώς πρόκειται για διαγωνισμό, πρέπει, κατ' ανάγκην, να διασφαλίζεται η ισότητα όλων όσων συμμετέχουν σ' αυτόν: διαφορετικά, δεν θα επρόκειτο για διαγωνισμό συνάψεως συμβάσεως δημοσίου έργου αλλά μάλλον για (...) ιδιωτική διαπραγμάτευση. Εν ολίγοις, η ίση μεταχείριση αποτελεί τη βάση κάθε ρυθμίσεως περί διαγωνισμών, εφόσον αποτελεί την ίδια την ουσία του διαγωνισμού.

Εξ άλλου, τόσο οι αιτιολογικές σκέψεις της οδηγίας 71/305 όσο και οι διατάξεις της, θεωρούμενες στο σύνολό τους, είναι εν προκειμένω κάτι περισσότερο από ενδεικτικές. Αρκεί να υπομνηστεί ότι ρητώς επιβεβαιώνεται ότι ο καθορισμός αντικειμενικών κριτηρίων συμμετοχής αποτελεί μια από τις θεμελιώδεις αρχές της οποίας η τήρηση πρέπει να διασφαλίζεται στο πλαίσιο των διαδικασιών διαγωνισμού (τρίτη αιτιολογική σκέψη)· οι προσφορές πρέπει να υποβάλλονται σύμφωνα με τους όρους της προκηρύξεως του διαγωνισμού προκειμένου να διασφαλίζεται «η ανάπτυξη πραγματικού ανταγωνισμού»: και τούτο κατά μεζονα λόγο στο πλαίσιο κλειστών διαδικασιών (προτελευταία αιτιολογική σκέψη).

19. Όσον αφορά, έπειτα, την κοινή δήλωση του Ιουλίου 1989¹⁷, που είναι συνημμένη στην οδηγία 89/440 του Συμβουλίου¹⁸, δήλωση κατά την οποία αποκλείεται στις

17 — ΕΕ 1989, L 210, σ. 22.

18 — Οδηγία της 18ης Ιουλίου 1989, για την τροποποίηση της οδηγίας 71/305/ΕΟΚ περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων (ΕΕ 1989, L 210, σ. 1).

16 — Βλ. σ. 54 του υπομνήματος ανταπαντήσεως της Δανικής Κυβερνήσεως.

ανοιχτές ή κλειστές διαδικασίες οιαδήποτε διαπραγμάτευση με τους προσφέροντες όσον αφορά βασικά στοιχεία των συμβάσεων, των οποίων η τροποποίηση θα μπορούσε να νοθεύσει τον ανταγωνισμό, ιδίως στο θέμα των τιμών, δεν νομίζω ότι μπορεί να γίνει δεκτή η θέση της Δανικής Κυβέρνησης ότι πρόκειται για δήλωση στερούμενη οποιασδήποτε νομικής ισχύος και ότι, εν πάση περιπτώσει, δοθέντος ότι η δήλωση αυτή είναι μεταγενέστερη των περιστάσεων της υπό κρίση υποθέσεως, η δήλωση αυτή ουδεμία έχει, σε σχέση με την παρούσα διαδικασία, αξία.

Ούτε, άλλωστε, φρονώ, εν όψει των προηγούμενων παρατηρήσεων, ότι η Δανική Κυβέρνηση μπορεί να στηριχθεί στην κρίση που διατύπωσε το Δικαστήριο, στην απόφασή του Antonissen¹⁹, ότι η σημασία μιας δηλώσεως εξαρτάται από το περιεχόμενό της και από το αν η δήλωση αυτή αντανακλάται στο κείμενο της διατάξεως στην οποία αναφέρεται. Πράγματι, νομίζω ότι είναι αναμφισβήτητο ότι η προαναφερθείσα δήλωση έχει διακηρυκτική απλώς αξία, δοθέντος ότι η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως μεταξύ όσων υποβάλλουν προσφορές, αρχή η οποία, όσον αφορά τον τομέα που ενδιαφέρει εδώ το Δικαστήριο, έχει ως σκοπό — ειδικότερα — να διασφαλίζεται ότι δεν νοθεύεται ο ανταγωνισμός μεταξύ όσων

συμμετέχουν σε μια διαδικασία διαγωνισμού, αποτελεί το ίδιο το θεμέλιο της εξεταζομένης εν προκειμένω ρυθμίσεως.

Και μια τελευταία παρατήρηση. Ο ισχυρισμός της καθής κυβερνήσεως ότι το ισχύον σε θέματα διαγωνισμών εθνικό δίκαιο εφαρμόστηκε χωρίς καμιά διάκριση για όλους τους συμμετασχόντες στο διαγωνισμό συνάψεως συμβάσεως δημοσίου έργου θέτει το πρόβλημα αν, σε μια τέτοια περίπτωση, μπορεί να θεωρηθεί ότι υπάρχει παραβίαση της αρχής της απαγορεύσεως των δυσμενών διακρίσεων, όπως αυτή καθιερώνεται με την οδηγία 71/305. Προσωπικώς ουδεμία έχω αμφιβολία περί αυτού: αν, όπως συνέβη εν προκειμένω, η σχετική με τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων δανική νομοθεσία είναι τέτοια ώστε — έστω και αν εφαρμόζεται χωρίς διακρίσεις — να έρχεται σε αντίθεση προς την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως, όπως αυτή προκύπτει από την οδηγία 71/305 και όπως εκ νέου επιβεβαιώθηκε με την κοινή δήλωση του Ιουλίου 1989, μια τέτοια νομοθεσία πρέπει να θεωρείται ασυμβίβαστη με το κοινοτικό δίκαιο.

20. Υπό το φως των προηγούμενων θεωρήσεων, προτείνω, επομένως, στο Δικαστήριο να δεχτεί την προσφυγή και να καταδικάσει το καθού κράτος στα δικαστικά έξοδα.

19 — Απόφαση της 26ης Φεβρουαρίου 1991, C-292/89 (Συλλογή 1991, σ. I-745).