ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ (τμήμα μείζονος συνθέσεως)

της 13ης Απριλίου 2010 *

Στην υπόθεση C-91/08,

με αντικείμενο αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως δυνάμει του άρθρου 234 ΕΚ, που υπέβαλε το Landgericht Frankfurt am Main (Γερμανία) με απόφαση της 28ης Ιανουαρίου 2008, η οποία περιήλθε στο Δικαστήριο στις 28 Φεβρουαρίου 2008, στο πλαίσιο της δίκης

Wall AG

κατά

Stadt Frankfurt am Main,

Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH,

* Γλώσσα διαδικασίας: η γερμανική.

παρισταμένης της:

Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH,

ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ (τμήμα μείζονος συνθέσεως),

συγκείμενο από τους B. Σκουρή, Πρόεδρο, A. Tizzano, J. N. Cunha Rodrigues (εισηγητή), K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, R. Silva de Lapuerta και C. Toader, προέδρους τμήματος, C. W. A. Timmermans, A. Rosas, K. Schiemann, J. Malenovský, A. Arabadjiev και J.-J. Kasel, δικαστές,

γενικός εισαγγελέας: Y. Bot
γραμματέας: K. Malacek, υπάλληλος διοικήσεως,

έχοντας υπόψη την έγγραφη διαδικασία και κατόπιν της επ' ακροατηρίου συζητήσεως της 9ης Ιουνίου 2009,

λαμβάνοντας υπόψη τις παρατηρήσεις που υπέβαλαν:

— η Wall AG, εκπροσωπούμενη από την H.-J. Otto, Rechtsanwalt, καθώς και από τους C. Friese και R. von zur Mühlen, Justitiare,

— ο Stadt της Frankfurt am Main, εκπροσωπούμενος από τις L. Horn και J. Sommer, Rechtsanwälte, καθώς και από τον B. Weiß, Justitiar,

— η Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, εκπροσωπούμενη από την H. Höfler, Rechtsanwalt,

— η Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH, εκπροσωπούμενη από τις F. Hausmann και A. Mutschler-Siebert, Rechtsanwälte,

— η Γερμανική Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από τους M. Lumma και J. Möller,

— η Δανική Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από την B. Weis Fogh,

— η Ολλανδική Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από την C. Wissels και τον Y. de Vries,

— η Αυστριακή Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από τον M. Fruhmann,

— η Φινλανδική Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από την A. Guimaraes-Purokoski,

— η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου, εκπροσωπούμενη από τον S. Ossowski, επικουρούμενο από τον J. Coppel, barrister,

— η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, εκπροσωπούμενη από τους D. Kukovec, B. Schima και C. Zadra,

— η Εποπτεύουσα Αρχή της ΕΖΕΣ, εκπροσωπούμενη από τους N. Fenger και B. Alterskjær καθώς και εκπροσωπούμενη από την L. Armati,

αφού άκουσε τον γενικό εισαγγελέα που ανέπτυξε τις προτάσεις του κατά τη συνεδρίαση της 27ης Οκτωβρίου 2009,

εκδίδει την ακόλουθη

Απόφαση

1 Η αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως αφορά την ερμηνεία των άρθρων 12 ΕΚ, 43 ΕΚ και 49 ΕΚ, των αρχών της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, καθώς και την απορρέουσα από τις αρχές αυτές υποχρέωση διαφάνειας, σε σχέση με την παραχώρηση υπηρεσιών.

2 Η αίτηση αυτή υποβλήθηκε στο πλαίσιο διαφοράς μεταξύ, αφενός, της Wall AG (στο εξής: Wall) και, αφετέρου, του Stadt Frankfurt am Main (στο εξής: Δήμος Φρανκφούρτης) σχετικά με την παραχώρηση αδείας παροχής υπηρεσιών, με αντικείμενο τη λειτουργία και τη συντήρηση ορισμένων δημοσίων αφοδευτηρίων εντός του εν λόγω δήμου.

Το νομικό πλαίσιο

3 Η οδηγία 80/723/ΕΟΚ της Επιτροπής, της 25ης Ιουνίου 1980, για τη διαφάνεια των χρηματοοικονομικών σχέσεων μεταξύ των κρατών μελών και των δημοσίων επιχειρήσεων καθώς και για τη χρηματοοικονομική διαφάνεια εντός ορισμένων επιχειρήσεων (ΕΕ L 195, σ. 35), όπως τροποποιήθηκε από την οδηγία 2000/52/ΕΚ της Επιτροπής, της 26ης Ιουλίου 2000 (ΕΕ ειδ. έκδ. 08/001, σ. 205, στο εξής: οδηγία 80/723), ορίζει στο άρθρο 2:

«1. Για τους σκοπούς της παρούσας οδηγίας νοούνται ως:

[…]

β) "δημόσια επιχείρηση" κάθε επιχείρηση στην οποία οι αρχές μπορούν να ασκούν άμεσα ή έμμεσα αποφασιστική επιρροή λόγω κυριότητας ή χρηματοοικονομικής συμμετοχής τους σε αυτήν ή δυνάμει των κανόνων που τη διέπουν·

[…]

2. Η άσκηση αποφασιστικής επιρροής από τις δημόσιες αρχές στην επιχείρηση τεκμαίρεται όταν, άμεσα ή έμμεσα, οι αρχές αυτές:

α) κατέχουν την πλειοψηφία του εγγεγραμμένου κεφαλαίου της επιχείρησης, ή

β) ελέγχουν την πλειοψηφία των δικαιωμάτων ψήφου που συνδέονται με τα μερίδια που έχει εκδώσει η επιχείρηση, ή

γ) μπορούν να διορίζουν περισσότερα από τα μισά μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου της επιχείρησης.»

4 Κατά το άρθρο 1, στοιχείο β΄, 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), όπως τροποποιήθηκε από την οδηγία 2001/78/ΕΚ της Επιτροπής, της 13ης Σεπτεμβρίου 2001 (ΕΕ L 285, σ. 1, στο εξής: οδηγία 92/50):

«β) ως αναθέτουσες αρχές: θεωρούνται το κράτος, οι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου, οι ενώσεις που αποτελούνται από έναν ή περισσότερους από τους παραπάνω οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης ή δημοσίου δικαίου.

Ως οργανισμός δημοσίου δικαίου νοείται κάθε οργανισμός:

— που δημιουργείται για την ικανοποίηση συγκεκριμένων αναγκών γενικού συμφέροντος που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα

και

— έχει νομική προσωπικότητα

και

— χρηματοδοτούνται κατά το μεγαλύτερο μέρος από το κράτος ή από τις αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου, ή η διαχείρισή τους υπόκειται σε έλεγχο ασκούμενο από τους οργανισμούς αυτούς, ή όταν περισσότερο από το ήμισυ των μελών του διοικητικού, του διευθυντικού ή του εποπτικού συμβουλίου τους διορίζεται από το κράτος, τις περιφερειακές ή τις τοπικές αρχές ή από άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου.

[…]»

5 Το άρθρο 17 της οδηγίας 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (ΕΕ L 134, σ. 114), ορίζει:

«Με την επιφύλαξη της εφαρμογής του άρθρου 3, η παρούσα οδηγία δεν εφαρμόζεται στις συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών, οι οποίες ορίζονται στο άρθρο 1, παράγραφος 4.»

6 Το άρθρο 80, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας 2004/18 ορίζει:

«Τα κράτη μέλη θέτουν σε ισχύ τις νομοθετικές, κανονιστικές και διοικητικές διατάξεις που είναι αναγκαίες για να συμμορφωθούν προς την παρούσα οδηγία το αργότερο στις 31ης [31] Ιανουαρίου 2006. Πληροφορούν αμέσως την Επιτροπή σχετικά.»

7 Κατά το άρθρο 82, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας:

«Η οδηγία 92/50/ΕΟΚ, εξαιρέσει του άρθρου 41, και οι οδηγίες 93/36/ΕΟΚ και 93/37/ΕΟΚ καταργούνται από την ημερομηνία που προβλέπεται στο άρθρο 80, με την επιφύλαξη των υποχρεώσεων των κρατών μελών όσον αφορά τις προθεσμίες μεταφοράς στο εθνικό δίκαιο και εφαρμογής που περιέχονται στο παράρτημα XI.»

Η διαφορά της κύριας δίκης και τα προδικαστικά ερωτήματα

8 Η Wall εκμεταλλεύεται χώρους διαφημιστικών αφισοκολλήσεων σε οδούς και δημόσιους χώρους και προς τούτο αναλαμβάνει, μεταξύ άλλων, την κατασκευή, εγκατάσταση, συντήρηση και καθαρισμό δημοσίων αφοδευτηρίων.

9 Η Frankfurter Entsorgungs-und Service GmbH (στο εξής: FES) είναι νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου υπό μορφή εταιρίας περιορισμένης ευθύνης (GmbH), εταιρικός σκοπός της οποίας είναι η διάθεση και η διαχείριση αποβλήτων, ο καθαρισμός των οδών, καθώς και η ασφάλεια της κυκλοφορίας για λογαριασμό των δημοσίων αρχών και των ιδιωτών. Ο Δήμος Φρανκφούρτης κατέχει το 51 % του εταιρικού κεφαλαίου της FES, το δε υπόλοιπο 49 % ανήκει σε ιδιωτική επιχείρηση. Οι αποφάσεις της FES λαμβάνονται από τη γενική συνέλευση με πλειοψηφία τριών τετάρτων. Από τα 16 μέλη του εποπτικού συμβουλίου της FES τα μισά διορίζονται από τους εταίρους. Οι εργαζόμενοι διορίζουν οκτώ μέλη και κάθε ένας εκ των δύο εταίρων διορίζει τέσσερα μέλη. Ο Δήμος Φρανκφούρτης έχει το δικαίωμα να προτείνει υποψήφιο για το αξίωμα του προέδρου του εποπτικού συμβουλίου, η ψήφος του οποίου υπερισχύει σε περίπτωση ισοψηφίας. Η FES απασχολεί περίπου 1 400 εργαζόμενους, εκ των οποίων 800 περίπου απασχολούνται σε εργασίες που αφορούν τον Δήμο Φρανκφούρτης.

10 Η FES πραγματοποιεί καθαρό κύκλο εργασιών ύψους 92 εκατομμυρίων ευρώ με τον Δήμο Φρανκφούρτης και ύψους 52 εκατομμυρίων ευρώ με άλλα πρόσωπα ιδιωτικού και δημοσίου δικαίου. Από τον καθαρό κύκλο εργασιών που πραγματοποίησε το

2005 η FES με τον Δήμο Φρανκφούρτης, 51,3 εκατομμύρια ευρώ αντιστοιχούν στη διάθεση αποβλήτων και 36,2 εκατομμύρια ευρώ στον καθαρισμό των οδών.

11 Στις 18 Δεκεμβρίου 2002, ο Δήμος Φρανκφούρτης δημοσίευσε στην επίσημη εφημερίδα του μια «προαιρετική προκήρυξη σε επίπεδο Ευρωπαϊκής Ένωσης» συμμετοχής σε διαγωνισμό για τη σύναψη συμβάσεως παραχωρήσεως υπηρεσιών, που είχαν ως αντικείμενο τη λειτουργία, συντήρηση και καθαρισμό έντεκα δημοσίων αφοδευτηρίων για περίοδο 16 ετών. Δύο εκ των δημοσίων αυτών αφοδευτηρίων, και συγκεκριμένα τα ευρισκόμενα στον σταθμό του Rödelheim και στο Galluswarte, έπρεπε να κατασκευαστούν εκ νέου. Ως αντιπαροχή για τις εν λόγω υπηρεσίες προβλεπόταν μόνον το δικαίωμα επιβολής τελών χρήσεως των εγκαταστάσεων, καθώς και το δικαίωμα εκμεταλλεύσεως, καθ' όλη τη διάρκεια ισχύος της συμβάσεως, διαφημιστικών επιφανειών στο εσωτερικό και το εξωτερικό των δημοσίων αφοδευτηρίων, καθώς και σε άλλους δημόσιους χώρους του Δήμου Φρανκφούρτης.

12 Στις 4 Ιουλίου 2003, ο Δήμος Φρανκφούρτης κάλεσε τις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις να υποβάλουν προσφορές. Στην πρόσκληση αυτή υπήρχε συνημμένο σχέδιο συμβάσεως παραχωρήσεως υπηρεσιών, του οποίου τα άρθρα 18, παράγραφος 2, και 30, παράγραφος 4, όριζαν ότι αλλαγή υπεργολάβου επιτρεπόταν μόνον με τη συγκατάθεση του προαναφερθέντος δήμου.

13 Προσφορές υπέβαλαν η Wall, η FES και τρεις ακόμα επιχειρήσεις, με έδρα επίσης στη Γερμανία.

14 Από την απόφαση περί παραπομπής προκύπτει ότι, στο σχέδιο που εκπόνησε για την προσφορά της, η FES παρείχε τις ακόλουθες ενδείξεις: «Πρόλογος — [...] Η πρόσκληση για την υποβολή προσφορών του [Δήμου Φρανκφούρτης] δίνει στη FES τη δυνατότητα να ανανεώσει, μαζί με έναν εταίρο με τέτοιες επιδόσεις και πείρα όσο η [Wall], τόσο την υποδομή, όσο και το δίκτυο ανεφοδιασμού των δημοσίων αφοδευτηρίων, καθώς και να εισαγάγει μία ρεαλιστική και υπεύθυνη, έναντι των εργαζομένων, αναχρηματοδότηση [...]. Galluswarte — [...] Σε συνεργασία με τις αρχές, θα κατασκευασθεί κάτω από τη γέφυρα του προαστιακού σιδηροδρόμου ένα πλήρως αυτόματο City-WC της [Wall] [...]. Σταθμός του Rödelheim — Δεδομένου ότι τα αφοδευτήρια του σταθμού του Rödelheim θα κατεδαφισθούν στο πλαίσιο ανακατατάξεως των χώρων, θα κατασκευασθεί ένα πλήρως αυτόματο City-WC της [Wall], σύμφωνα με τα υπάρχοντα σχέδια [...]. Σχέδιο αναφορικά με την ασφάλεια — [...]

Τα City-WC διαθέτουν έναν πλήρως αυτόματο μηχανισμό αυτοκαθαρισμού. Σχέδιο αναφορικά με τη διαφήμιση — [...] Η εμπορική εκμετάλλευση των διαφημιστικών επιφανειών ανατίθεται στον εταίρο της FES, [Wall], ειδικευμένο στον διαφημιστικό τομέα, έμπειρο και δραστηριοποιούμενο σε ολόκληρο τον κόσμο [...]. Χρησιμοποιούμενες διαφημιστικές επιφάνειες — Πρόκειται να χρησιμοποιηθούν τα σύγχρονα και υψηλής αισθητικής προϊόντα της [Wall] [...]».

15 Η Wall κατέχει πολλά διπλώματα ευρεσιτεχνίας σχετικά με τη λειτουργία των «City-WC».

16 Στις 18 Μαρτίου 2004, η Wall αποκλείσθηκε από τη διαδικασία αναθέσεως, η δε προσφορά της απορρίφθηκε.

17 Στις 9 Ιουνίου 2004, η παραχώρηση ανατέθηκε στη FES. Στις 20 και 22 Ιουλίου 2004, η FES συνήψε με τον Δήμο Φρανκφούρτης τη σχετική σύμβαση με ισχύ μέχρι τις 31 Δεκεμβρίου 2019 (στο εξής: σύμβαση παραχωρήσεως). Κατά την απόφαση περί παραπομπής, τα σχέδια της FES που προέκυψαν κατά τις διαπραγματεύσεις αποτέλεσαν το αντικείμενο συμφωνίας, η οποία ενσωματώθηκε στο περιεχόμενο της συμβάσεως παραχωρήσεως. Εντούτοις, ο Δήμος Φρανκφούρτης υποστηρίζει στις γραπτές του παρατηρήσεις ότι τα περιεχόμενα στο σχέδιο της FES στοιχεία δεν ενσωματώθηκαν στη σύμβαση παραχωρήσεως. Ενσωματώθηκε μόνον ο διορισμός της Wall μεταξύ των υπεργολάβων της FES.

18 Από την εξέταση του περιεχομένου της συμβάσεως παραχωρήσεως, που κατατέθηκε με τη δικογραφία του εθνικού δικαστηρίου, καταδεικνύεται ότι η Wall διορίζεται μεν ως υπεργολάβος, εντούτοις η σύμβαση δεν περιέχει περαιτέρω λεπτομέρειες περί των προϊόντων ή των υπηρεσιών της.

19 Το άρθρο 18, παράγραφος 2, της συμβάσεως παραχωρήσεως προβλέπει ότι η FES πραγματοποιεί εργασίες κατασκευής δημοσίων αφοδευτηρίων με δικά της μέσα και/ή μέσω υπεργολάβων, στους οποίους συμπεριλαμβάνεται και η Wall. Η διάταξη αυτή ορίζει ότι αλλαγή υπεργολάβου επιτρέπεται μόνον κατόπιν γραπτής εγκρίσεως εκ μέρους του Δήμου Φρανκφούρτης.

20 Το άρθρο 30, παράγραφος 4, της ίδιας συμβάσεως διευκρινίζει ότι η Wall είναι υπεργολάβος της FES για τις διαφημιστικές υπηρεσίες που αναφέρονται στην συγκεκριμένη παραχώρηση. Κατά τη διάταξη αυτή, αλλαγή υπεργολάβου επιτρέπεται μόνον κατόπιν γραπτής εγκρίσεως εκ μέρους του Δήμου Φρανκφούρτης.

21 Στις 5 Ιανουαρίου 2005, η Wall ζήτησε από τη FES να υποβάλει προσφορά για τις διαφημιστικές υπηρεσίες που αποτελούσαν αντικείμενο της παραχωρήσεως. Η FES κάλεσε επιπλέον και την εταιρεία Deutsche Städte Medien GmbH (στο εξής: DSM) να υποβάλει τέτοια προσφορά.

22 Με έγγραφο της 15ης Ιουνίου 2005, η FES ζήτησε από τον Δήμο Φρανκφούρτης να εγκρίνει την αλλαγή υπεργολάβου προς όφελος της DSM, όσον αφορά τη χρησιμοποίηση των διαφημιστικών επιφανειών. Στις 21 Ιουνίου 2005, ο ως άνω δήμος συναίνεσε στην αλλαγή υπεργολάβου.

23 Η FES ανέθεσε τις προαναφερθείσες υπηρεσίες στην DSM και, στις 21 Ιουνίου 2005, συνήψε με αυτήν σύμβαση που προέβλεπε την καταβολή, από την DSM στη FES, αμοιβής ύψους 786 206 ευρώ ετησίως.

24 Στις 28 Ιουλίου 2005, η FES ζήτησε να της υποβληθούν προσφορές για την προμήθεια δύο «Wall-City-WC». Η Wall υπέβαλε προσφορά, εντούτοις, στις 7 Σεπτεμβρίου 2005, η FES την ενημέρωσε ότι είχε λάβει μία ανταγωνιστικότερη προσφορά και, συνεπώς, δεν μπορούσε να λάβει υπόψη την προσφορά της Wall.

25 Με έγγραφο της 10ης Οκτωβρίου 2005, η FES ζήτησε, βάσει της συβάσεως παραχωρήσεως, τη συγκατάθεση του Δήμου Φρανκφούρτης για την αλλαγή του υπεργολάβου, προκειμένου να προμηθευθεί τα δημόσια αυτά αφοδευτήρια όχι από την Wall, αλλά από άλλες εταιρείες.

26 Στις 19 Δεκεμβρίου 2005, ο Δήμος Φρανκφούρτης απάντησε στη FES ότι δεν χρειαζόταν να εξετάσει το ζήτημα αλλαγής υπεργολάβου για τα δημόσια αφοδευτήρια, καθόσον αντιλαμβανόταν ότι η FES προτίθετο πλέον να πραγματοποιήσει τις εργασίες με δικά της μέσα και με δική της ευθύνη. Ο Δήμος Φρανκφούρτης διευκρίνισε, επί τη ευκαιρία, ότι θεωρούσε ως δεδομένο ότι θα τηρηθούν οι προδιαγραφές που προβλέπει η συγγραφή υποχρεώσεων.

27 Η Wall άσκησε προσφυγή ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου και ζήτησε να υποχρεωθεί η FES, αφενός, να μην εκπληρώσει τη σύμβαση περί διαφημιστικών υπηρεσιών που συνήψε με την DSM, αφετέρου, να μην συνάψει με οποιοδήποτε τρίτο και/ή να μην εκπληρώσει σύμβαση για την κατασκευή των δύο δημοσίων αφοδευτηρίων που έπρεπε να ανακατασκευασθούν. Η Wall ζήτησε επίσης να υποχρεωθεί ο Δήμος Φρανκφούρτης να μην συναινέσει στη σύναψη συμβάσεως μεταξύ της FES και άλλου συμβαλλόμενου πλην της Wall, για την κατασκευή των δύο αυτών δημοσίων αφοδευτηρίων. Επικουρικώς, η Wall ζήτησε να υποχρεωθούν αλληλεγγύως ο Δήμος Φρανκφούρτης και η FES να της καταβάλουν ποσό ύψους 1 038 682,18 ευρώ, πλέον τόκων.

28 Υπό τις συνθήκες αυτές, το Landgericht Frankfurt am Main αποφάσισε να αναστείλει τη διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

«1) Έχουν η απορρέουσα από τα άρθρα 12 ΕΚ, 43 ΕΚ και 49 ΕΚ αρχή της ίσης μεταχειρίσεως, καθώς και η απορρέουσα από το κοινοτικό δίκαιο απαγόρευση των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, την έννοια ότι η προκύπτουσα από τις δύο αυτές αρχές υποχρέωση των δημοσίων αρχών να διασφαλίζουν, μέσω της κατάλληλης δημοσιότητας, προκειμένου περί παραχωρήσεως αδείας παροχής υπηρεσιών, την εκδήλωση ελεύθερου ανταγωνισμού και τον εκ των υστέρων έλεγχο του αμερόληπτου της σχετικής διαδικασίας (βλ. αποφάσεις του Δικαστηρίου, της 7ης Δεκεμβρίου 2000, C-324/98, Telaustria, σκέψεις 60 έως 62, της 21ης Ιουλίου 2005, C-231/03, Coname, σκέψεις 17 έως 22, της 13ης Οκτωβρίου 2005, C-458/03, Parking Brixen, σκέψεις 46 έως 50, της 6ης Απριλίου 2006, C-410/04, ANAV, σκέψη 21, και της 13ης Σεπτεμβρίου 2007, C-260/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 24) επιβάλλει να παρέχει η εθνική νομοθεσία στον μη επιλεγέντα διαγωνιζόμενο τη δυνατότητα να ζητήσει τη λήψη μέτρων αποτροπής επικείμενης παραβάσεως αυτών των υποχρεώσεων και/ή τη μη συνέχιση της παραβάσεως αυτών των υποχρεώσεων;

2) Σε περίπτωση αρνητικής απαντήσεως στο πρώτο ερώτημα: Περιλαμβάνονται οι προαναφερθείσες υποχρεώσεις διαφάνειας στο εθιμικό δίκαιο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, υπό την έννοια ότι εφαρμόζονται από μακρού χρόνου σταθερώς, ομοιομόρφως και γενικώς, αναγνωριζόμενες από τα υποκείμενα δικαίου ως δεσμευτικές;

3) Επιβάλλει η υποχρέωση διαφάνειας στην οποία αναφέρεται το πρώτο ερώτημα και στην περίπτωση τροποποιήσεως συμβάσεως περί αδείας παροχής υπηρεσιών –περιλαμβανομένης της περιπτώσεως αλλαγής υπεργολάβου επιλεγέντος στον διαγωνισμό– οι διαπραγματεύσεις να διεξαχθούν υπό συνθήκες επιτρέπουσες τον ελεύθερο ανταγωνισμό, μέσω της διασφαλίσεως της κατάλληλης δημοσιότητας, ποια είναι δε τα κριτήρια βάσει των οποίων μπορεί να θεωρηθεί ότι διασφαλίστηκαν τέτοιες συνθήκες;

4) Έχουν οι θεμελιώδεις αρχές και η υποχρέωση διαφάνειας, στις οποίες αναφέρεται το πρώτο προδικαστικό ερώτημα, την έννοια ότι, προκειμένου περί αδειών παροχής υπηρεσιών, σε περίπτωση που δεν τηρηθούν οι υποχρεώσεις, η συναφθείσα κατά παράβαση των υποχρεώσεων αυτών σύμβαση έχουσα ως αποτέλεσμα τη δημιουργία ή την τροποποίηση μιας διαρκούς ενοχικής σχέσεως πρέπει να λυθεί;

5) Έχουν οι αναφερόμενες στο πρώτο ερώτημα θεμελιώδεις αρχές και η υποχρέωση διαφάνειας, καθώς και το άρθρο 86, παράγραφος 1, ΕΚ, ενδεχομένως σε συνδυασμό με το άρθρο 2, παράγραφοι 1, στοιχείο β΄, και 2 της οδηγίας [80/723] και το άρθρο 1, παράγραφος 9, της οδηγίας [2004/18] την έννοια ότι οι αρχές αυτές δεσμεύουν μία επιχείρηση, ως δημόσια επιχείρηση ή ως αναθέτουσα αρχή, σε περίπτωση κατά την οποία αυτή

— ιδρύθηκε από οργανισμό τοπικής αυτοδιοίκησης με σκοπό τη διάθεση αποβλήτων και τον καθαρισμό των οδών, δραστηριοποιείται όμως επίσης στην ελεύθερη αγορά,

— ο οργανισμός αυτός τοπικής αυτοδιοίκησης κατέχει το 51 % του εταιρικού της κεφαλαίου, οι αποφάσεις της επιχειρήσεως, όμως, μπορούν να λαμβάνονται μόνο με πλειοψηφία τριών τετάρτων,

— ο οργανισμός τοπικής αυτοδιοίκησης διορίζει μόνο το ένα τέταρτο των μελών του εποπτικού συμβουλίου της επιχειρήσεως, περιλαμβανομένου του προέδρου του συμβουλίου αυτού και

— πραγματοποιεί πλέον του ημίσεος του κύκλου εργασιών της βάσει διμερών συμβάσεων με αντικείμενο τη διάθεση αποβλήτων και τον καθαρισμό των οδών εντός των διοικητικών ορίων του οργανισμού τοπικής αυτοδιοικήσεως, εργασίες οι οποίες χρηματοδοτούνται από τον εν λόγω οργανισμό με πόρους προερχόμενους από τα δημοτικά τέλη που καταβάλλουν οι κατοικούντες εντός των ορίων του εν λόγω οργανισμού;»

Επί των προδικαστικών ερωτημάτων

Προκαταρκτική παρατήρηση

29 Η κύρια δίκη αφορά δύο πραγματικά στοιχεία, ήτοι, αφενός, την απόφαση, βάσει της οποίας η FES άλλαξε υπεργολάβο για τις διαφημιστικές υπηρεσίες που αποτέλεσαν αντικείμενο της προς αυτήν παραχωρήσεως από τον Δήμο Φρανκφούρτης και η οποία υλοποιήθηκε δυνάμει της εγκριθείσας από τον εν λόγω δήμο συμβάσεως της 21 Ιουνίου 2005, αφετέρου, την πρόθεση της FES να αναθέσει σε διαφορετικό φορέα από την Wall την ανακατασκευή δύο δημοσίων αφοδευτηρίων. Η πρόθεση αυτή εκδηλώθηκε με το έγγραφο της 10ης Οκτωβρίου 2005, με το οποίο η FES ζήτησε από τον Δήμο Φρανκφούρτης να εγκρίνει την αλλαγή υπεργολάβου για τις εν λόγω υπηρεσίες. Με έγγραφο της 19ης Δεκεμβρίου 2005, ο εν λόγω δήμος απάντησε στη FES ότι δεν χρειαζόταν να εξετάσει το ζήτημα αλλαγής υπεργολάβου για τα δημόσια αφοδευτήρια, καθόσον αντιλαμβανόταν ότι η FES προτίθετο πλέον να πραγματοποιήσει τις εργασίες με δικά της μέσα και με δική της ευθύνη. Η απάντηση αυτή ερμηνεύεται στην απόφαση περί παραπομπής υπό την έννοια ότι ο Δήμος Φρανκφούρτης ενέκρινε την αλλαγή υπεργολάβου για την προμήθεια των δύο δημοσίων

αφοδευτηρίων. Υπό το πρίσμα της ερμηνείας αυτής, πρέπει, για την εξέταση της αιτήσεως εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως, να ληφθεί υπόψη ως ημερομηνία αναφοράς η 19η Δεκεμβρίου 2005, που είναι η ημερομηνία του εγγράφου με το οποίο ο Δήμος Φρανκφούρτης εικάζεται ότι ενέκρινε την αλλαγή υπεργολάβου που ζήτησε η FES.

Επί του τρίτου ερωτήματος

30 Με το τρίτο ερώτημά του, το οποίο πρέπει να εξετασθεί πρώτο, το αιτούν δικαστήριο ερωτά κατά πόσον οι κατοχυρωμένες στα άρθρα 12 ΕΚ, 43 ΕΚ και 49 ΕΚ αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, καθώς και η εξ αυτών απορρέουσα υποχρέωση διαφάνειας επιβάλλουν, στην περίπτωση τροποποιήσεως συμβάσεως για την παραχώρηση υπηρεσιών –συμπεριλαμβανομένης της περιπτώσεως αλλαγής υπεργολάβου, επιλεγέντος στον διαγωνισμό– να διεξαχθούν εκ νέου οι διαπραγματεύσεις υπό συνθήκες επιτρέπουσες τον ελεύθερο ανταγωνισμό, μέσω της διασφαλίσεως της κατάλληλης δημοσιότητας, και ποια είναι, ενδεχομένως, τα κριτήρια βάσει των οποίων μπορεί να θεωρηθεί ότι διασφαλίστηκαν τέτοιες συνθήκες;

31 Αντικείμενο του ως άνω ερωτήματος είναι η εφαρμογή των κανόνων και αρχών, που αναφέρθηκαν στην προηγούμενη σκέψη, σε μία περίπτωση κατά την οποία, στο πλαίσιο εκτελέσεως συμβάσεως για την παραχώρηση υπηρεσιών, εξετάζεται το ενδεχόμενο αντικαταστάσεως ενός εκ των υπεργολάβων του παραχωρησιούχου.

32 Δεδομένου ότι τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ συνιστούν ειδικές εφαρμογές της κατοχυρωμένης στο άρθρο 12 ΕΚ γενικής απαγορεύσεως διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, παρέλκει αναφορά στο άρθρο αυτό, προκειμένου να δοθεί απάντηση στο ως άνω ερώτημα (βλ., συναφώς, απόφαση της 8ης Μαρτίου 2001, C-397/98 και C-410/98, Metallgesellschaft κ.λπ., Συλλογή 2001, σ. I-1727, σκέψεις 38 και 39, καθώς και της 17ης Ιανουαρίου 2008, C-105/07, Lammers & Van Cleeff, Συλλογή 2008, σ. I-173, σκέψη 14).

33 Κατά το ισχύον δίκαιο της Ένωσης, οι συμβάσεις παραχωρήσεως υπηρεσιών ουδόλως διέπονται από κάποια από τις οδηγίες με τις οποίες ο νομοθέτης της Ένωσης ρύθμισε τον τομέα των δημοσίων συμβάσεων (βλ. προπαρατεθείσα απόφαση Coname, σκέψη 16, και απόφαση της 17ης Ιουλίου 2008, C-347/06, ASM Brescia, Συλλογή 2008, σ. I-5641, σκέψη 57). Εντούτοις, οι δημόσιες αρχές που συνάπτουν τέτοιες συμβάσεις υποχρεούνται να τηρούν τους θεμελιώδεις κανόνες της Συνθήκης ΕΚ, ιδίως τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ, καθώς και την εξ αυτών απορρέουσα υποχρέωση διαφάνειας (βλ., συναφώς, προπαρατεθείσες αποφάσεις Telaustria και Telefonadress, σκέψεις 60 έως 62, Coname, σκέψεις 16 έως 19, και Parking Brixen, σκέψεις 46 έως 49).

34 Η υποχρέωση αυτή διαφάνειας εφαρμόζεται στην περίπτωση κατά την οποία η παραχώρηση υπηρεσιών ενδέχεται να ενδιαφέρει επιχείρηση η οποία είναι εγκατεστημένη σε άλλο κράτος μέλος από αυτό εντός του οποίου ανατίθεται η παραχώρηση (βλ., συναφώς, προπαρατεθείσα απόφαση Coname, σκέψη 17, όπως επίσης, κατ' αναλογία, αποφάσεις της 13ης Νοεμβρίου 2007, C-507/03, Επιτροπή κατά Ιρλανδίας, Συλλογή 2007, σ. I-9777, σκέψη 29, και της 21ης Φεβρουαρίου 2008, C-412/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 2008, σ. I-619, σκέψη 66).

35 Από την απόφαση περί παραπομπής προκύπτει ότι, στην υπόθεση της κύριας δίκης, η παραχώρηση υπηρεσιών ενδέχεται να ενδιαφέρει επιχειρήσεις εγκατεστημένες σε άλλο κράτος μέλος από την Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας, καθόσον το εθνικό δικαστήριο διαπιστώνει ότι η πρόσκληση υποβολής προσφορών δημοσιεύθηκε στην επίσημη εφημερίδα του Δήμου Φρανκφούρτης «σε επίπεδο Ευρωπαϊκής Ένωσης» και κρίνει ότι παράβαση της υποχρεώσεως διαφάνειας ενδέχεται να συνιστά δυσμενή διάκριση, τουλάχιστον δυνητικά, εις βάρος επιχειρήσεων άλλων κρατών μελών.

36 Η υποχρέωση διαφάνειας, την οποία οφείλουν να τηρούν οι δημόσιες αρχές που συνάπτουν σύμβαση παραχωρήσεως υπηρεσιών, συνεπάγεται τη διασφάλιση, υπέρ όλων των πιθανών αναδόχων, προσήκοντος βαθμού δημοσιότητας που να καθιστά δυνατό το άνοιγμα στον ανταγωνισμό του τομέα παραχωρήσεως υπηρεσιών καθώς και τον έλεγχο της αμερόληπτης διεξαγωγής των διαδικασιών αναθέσεως (βλ. προπαρατεθείσες αποφάσεις Telaustria και Telefonadress, σκέψεις 60 έως 62, Parking Brixen, σκέψεις 46 έως 49, και ANAV, σκέψη 21).

37 Προς διασφάλιση της διαφάνειας των διαδικασιών και της ίσης μεταχειρίσεως των υποβαλόντων προσφορές, οι ουσιαστικές τροποποιήσεις επί ουσιωδών διατάξεων συμβάσεως για την παραχώρηση υπηρεσιών ενδέχεται, υπό ορισμένες περιπτώσεις, να καθιστούν αναγκαία τη σύναψη νέας συμβάσεως παραχωρήσεως, όταν οι όροι τους οποίους προβλέπουν διαφοροποιούνται ουσιαστικώς από εκείνους της αρχικής συμβάσεως παραχωρήσεως υποδηλώνοντας, συνεπώς, τη βούληση των συμβαλλομένων να αναδιαπραγματευθούν τους ουσιώδεις όρους της συμβάσεως αυτής (βλ., κατ' αναλογία με τις δημόσιες συμβάσεις, αποφάσεις της 5ης Οκτωβρίου 2000, C-337/98, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλογή 2000, σ. I-8377, σκέψεις 44 και 46, και της 19ης Ιουνίου 2008, C-454,06 pressetext Nachrichtenagentur, Συλλογή 2008, σ. I-4401, σκέψη 34).

38 Τροποποίηση επί ισχύουσας συμβάσεως παραχωρήσεως υπηρεσιών μπορεί να θεωρηθεί ως ουσιώδης οσάκις προστίθενται όροι οι οποίοι, αν είχαν γνωστοποιηθεί στο πλαίσιο της διαδικασίας συνάψεως της αρχικής συμβάσεως, θα είχαν ως αποτέλεσμα να επιτραπεί η συμμετοχή στη διαδικασία άλλων διαγωνιζομένων από εκείνους που έγιναν αρχικώς δεκτοί ή να επιλεγεί προσφορά διαφορετική από εκείνη που αρχικώς επελέγη (βλ., κατ' αναλογία, προπαρατεθείσα απόφαση pressetext Nachrichtenagentur, σκέψη 35).

39 Αλλαγή υπεργολάβου, ακόμα και όταν η σύμβαση προβλέπει τη σχετική δυνατότητα, μπορεί, σε εξαιρετικές περιπτώσεις, να συνιστά τέτοια τροποποίηση ενός εκ των ουσιωδών όρων της συμβάσεως παραχωρήσεως, εφόσον η επιλογή ενός υπεργολάβου έναντι ενός άλλου υπήρξε, λαμβανομένων υπόψη των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών των επίμαχων υπηρεσιών, καθοριστικό στοιχείο κατά τη σύναψη της συμβάσεως, γεγονός που σε κάθε περίπτωση απόκειται στο αιτούν δικαστήριο να διαπιστώσει.

40 Το αιτούν δικαστήριο παρατηρεί ότι η FES δήλωσε, στο σχέδιο που συνήψε στην προσφορά που υπέβαλε στον Δήμο Φρανκφούρτης, ότι θα χρησιμοποιούσε τα «City-WC» της Wall. Κατά το εν λόγω δικαστήριο, είναι πιθανό, σε μία τέτοια περίπτωση, να ανατέθηκε η σύμβαση παραχωρήσεως στη FES λόγω του υπεργολάβου που αυτή είχε υποδείξει.

41 Απόκειται στο εθνικό δικαστήριο να εκτιμήσει κατά πόσον επαληθεύονται τα όσα αναφέρονται στις σκέψεις 37 έως 39 της παρούσας αποφάσεως.

42 Εάν, στο πλαίσιο της εν λόγω εκτιμήσεως, το αιτούν δικαστήριο συμπεράνει ότι υφίσταται τροποποίηση ενός εκ των ουσιωδών όρων της συμβάσεως παραχωρήσεως, θα πρέπει να λάβει, σύμφωνα με την εσωτερική έννομη τάξη του οικείου κράτους μέλους, κάθε αναγκαίο μέτρο προκειμένου να αποκαταστήσει τη διαφάνεια στη διαδικασία, συμπεριλαμβανομένης μιας νέας διαδικασίας αναθέσεως. Η νέα διαδικασία αναθέσεως θα πρέπει, ενδεχομένως, να οργανωθεί κατά τρόπο προσαρμοσμένο στις ιδιαιτερότητες της κρίσιμης παραχωρήσεως υπηρεσιών και να επιτρέπει σε επιχειρήσεις εγκατεστημένες σε άλλα κράτη μέλη να έχουν πρόσβαση σε κατάλληλες πληροφορίες σχετικά με τη συγκεκριμένη παραχώρηση, πριν αυτή ανατεθεί.

43 Συνεπώς, στο τρίτο ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι, όταν τροποποιήσεις διατάξεων συμβάσεως για την παραχώρηση υπηρεσιών φέρουν ουσιωδώς διαφορετικά χαρακτηριστικά από εκείνα που δικαιολόγησαν την αρχική ανάθεση της συμβάσεως παραχωρήσεως και υποδηλώνουν, κατά συνέπεια, τη βούληση των συμβαλλομένων να αναδιαπραγματευθούν τους ουσιώδεις όρους της συμβάσεως αυτής, θα πρέπει να λαμβάνεται, σύμφωνα με την εσωτερική έννομη τάξη του οικείου κράτους μέλους, κάθε αναγκαίο μέτρο προκειμένου να αποκατασταθεί η διαφάνεια στη διαδικασία, συμπεριλαμβανομένης μιας νέας διαδικασίας αναθέσεως. Η νέα διαδικασία αναθέσεως θα πρέπει, ενδεχομένως, να οργανωθεί κατά τρόπο προσαρμοσμένο στις ιδιαιτερότητες της κρίσιμης παραχωρήσεως υπηρεσιών και να επιτρέπει σε επιχειρήσεις εγκατεστημένες σε άλλα κράτη μέλη να έχουν πρόσβαση σε κατάλληλες πληροφορίες σχετικά με τη συγκεκριμένη παραχώρηση, πριν αυτή ανατεθεί.

Επί του πέμπτου ερωτήματος

44 Με το πέμπτο ερώτημά του, το οποίο πρέπει να εξετασθεί δεύτερο, το αιτούν δικαστήριο ερωτά, στην ουσία, κατά πόσον, λαμβανομένου υπόψη του άρθρο 86, παράγραφος 1, ΕΚ, ενδεχομένως σε συνδυασμό με το άρθρο 2, παράγραφοι 1, στοιχείο β΄, και 2, της οδηγίας 80/723 και το άρθρο 1, παράγραφος 9, της οδηγίας 2004/18, παραχωρησιούχος επιχείρηση, έχουσα χαρακτηριστικά παρόμοια με αυτά της FES, δεσμεύεται από την εκ των άρθρων 43 ΕΚ και 49 ΕΚ απορρέουσα υποχρέωση διαφάνειας, καθώς και από τις αρχές ίσης μεταχειρίσεως και απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, όταν συνάπτει σύμβαση σχετικά με υπηρεσίες εμπίπτουσες στο πεδίο παραχωρήσεως που της ανατέθηκε από δημόσια αρχή.

45 Πιο συγκεκριμένα, το αιτούν δικαστήριο ερωτά κατά πόσον ενδείκνυται να ληφθεί υπόψη το άρθρο 86, παράγραφος 1, ΕΚ, προκειμένου να καθορισθεί το πεδίο εφαρμογής της εν λόγω υποχρεώσεως.

46 Αναφορικά με το άρθρο 86, παράγραφος 1, ΕΚ, αρκεί να υπομνησθεί ότι η διάταξη αυτή απευθύνεται στα κράτη μέλη και όχι άμεσα στις επιχειρήσεις.

47 Προκειμένου να διαπιστωθεί κατά πόσον οντότητα έχουσα χαρακτηριστικά παρόμοια με αυτά της FES μπορεί να εξομοιωθεί με δημόσια αρχή που δεσμεύεται από την υποχρέωση διαφάνειας, πρέπει να ληφθούν υπόψη ορισμένα στοιχεία της έννοιας της «αναθέτουσας αρχής» του άρθρου 1, στοιχείο β΄, της οδηγίας 92/50, περί δημόσιων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών, στο μέτρο που τα στοιχεία αυτά ανταποκρίνονται στις απαιτήσεις, τις οποίες θέτει η εφαρμογή στις παραχωρήσεις υπηρεσιών της εκ των άρθρων 42 ΕΚ και 49 ΕΚ απορρέουσας υποχρεώσεως διαφάνειας.

48 Συγκεκριμένα, τα ως άνω άρθρα και οι αρχές ίσης μεταχειρίσεως και απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, καθώς και η εξ αυτών απορρέουσα υποχρέωση διαφάνειας έχουν τους ίδιους σκοπούς με εκείνους της προαναφερθείσας οδηγίας, οι οποίοι αφορούν, μεταξύ άλλων, την ελεύθερη κυκλοφορία των υπηρεσιών και τον ελεύθερο και ανόθευτο ανταγωνισμό εντός των κρατών μελών.

49 Κατόπιν των προεκτεθέντων, πρέπει να επαληθευθεί κατά πόσον πληρούνται δύο προϋποθέσεις, ήτοι κατά πόσον η συγκεκριμένη επιχείρηση, αφενός, υπόκειται στον αποτελεσματικό έλεγχο του κράτους ή άλλης δημόσιας αρχής, αφετέρου, δεν δρα υπό συνθήκες ανταγωνισμού στην αγορά.

50 Όσον αφορά την πρώτη από τις δύο αυτές προϋποθέσεις, από την απόφαση περί παραπομπής προκύπτει ότι, παρότι ο Δήμος Φρανκφούρτης κατέχει το 51 % του εταιρικού κεφαλαίου της FES, το γεγονός αυτό δεν του επιτρέπει να ελέγχει

αποτελεσματικώς τη διαχείριση της εν λόγω επιχειρήσεως. Συγκεκριμένα, για τη λήψη αποφάσεων της γενικής συνελεύσεως απαιτείται πλειοψηφία τριών τετάρτων.

51 Επιπλέον, το υπόλοιπο 49 % του μετοχικού κεφαλαίου της FES δεν κατέχει άλλη ή άλλες δημόσιες αρχές, αλλά ιδιωτική επιχείρηση που, ως τέτοια, επιδιώκει την ικανοποίηση ιδιωτικών συμφερόντων και όχι την επίτευξη σκοπών δημοσίου συμφέροντος (βλ., συναφώς, απόφαση της 11ης Ιανουαρίου 2005, C-26/03, Stadt Halle και RPL Lochau, Συλλογή 2005, σ. I-1, σκέψη 50).

52 Επιπλέον, στο εποπτικό συμβούλιο της FES ο Δήμος Φρανκφούρτης δεν διαθέτει παρά ένα τέταρτο των ψήφων. Το γεγονός ότι ο εν λόγω δήμος έχει το δικαίωμα να προτείνει υποψήφιο για το αξίωμα του προέδρου του εποπτικού συμβουλίου, η ψήφος του οποίου υπερισχύει σε περίπτωση ισοψηφίας, δεν αρκεί ώστε να είναι σε θέση να ασκεί καθοριστική επιρροή στη FES.

53 Υπό τις συνθήκες αυτές, δεν πληρούται η προϋπόθεση περί αποτελεσματικού ελέγχου του κράτους ή άλλης δημόσιας αρχής.

54 Όσον αφορά την αναφερόμενη στη σκέψη 49 της παρούσας αποφάσεως δεύτερη προϋπόθεση, το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει ότι πλέον του ημίσεος του κύκλου εργασιών της FES προέρχεται από αμφοτεροβαρείς συμβάσεις με αντικείμενο τη διάθεση αποβλήτων και τον καθαρισμό των οδών εντός της περιφέρειας του Δήμου Φρανκφούρτης.

55 Μία τέτοια αναλογία πρέπει να εξομοιωθεί με εκείνη που υφίσταται στις συνήθεις εμπορικές σχέσεις, οι οποίες αναπτύσσονται στο πλαίσιο αμφοτεροβαρών συμβάσεων που αποτελούν αντικείμενο ελευθέρων διαπραγματεύσεων μεταξύ των συμβαλλομένων (βλ., συναφώς, απόφαση της 3ης Οκτωβρίου 2000, C-380/98, University of Cambridge, Συλλογή 2000, σ. I-8035, σκέψη 25).

56 Από την απόφαση περί παραπομπής μπορεί εξάλλου να συναχθεί ότι η FES δρα υπό συνθήκες ανταγωνισμού στην αγορά, όπως προκύπτει, αφενός, από το γεγονός ότι σημαντικό τμήμα των εσόδων της προέρχεται από δραστηριότητες με άλλες δημόσιες αρχές πλην του Δήμου Φρανκφούρτης και με ιδιωτικές επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στην αγορά και, αφετέρου, από το ότι συναγωνίσθηκε με άλλες επιχειρήσεις προκειμένου να της ανατεθεί η επίμαχη στην κύρια δίκη παραχώρηση.

57 Υπό αυτές τις συνθήκες, δεν πληρούται ούτε η απαραίτητη δεύτερη προϋπόθεση περί εξομοιώσεως επιχειρήσεως με δημόσια αρχή.

58 Το αιτούν δικαστήριο ερωτά επίσης το Δικαστήριο εάν μπορεί ενδεχομένως να εφαρμοσθεί η οδηγία 80/723.

59 Στο μέτρο που αφορά τη διαφάνεια των χρηματοοικονομικών σχέσεων μεταξύ κρατών μελών και δημοσίων επιχειρήσεων, η εν λόγω οδηγία δεν εφαρμόζεται αυτή καθεαυτή στο ζήτημα του πέμπτου ερωτήματος.

60 Κατά συνέπεια, στο πέμπτο ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι, όταν παραχωρησιούχος επιχείρηση συνάπτει σύμβαση σχετικά με υπηρεσίες εμπίπτουσες στο πεδίο παραχωρήσεως που της ανατέθηκε από οργανισμό τοπικής αυτοδιοίκησης, δεν εφαρμόζονται η απορρέουσα από τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ υποχρέωση διαφάνειας καθώς και οι αρχές ίσης μεταχειρίσεως και απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, εφόσον η επιχείρηση αυτή:

— ιδρύθηκε από τον οργανισμό αυτό τοπικής αυτοδιοίκησης με σκοπό τη διάθεση αποβλήτων και τον καθαρισμό των οδών, δραστηριοποιείται όμως επίσης στην ελεύθερη αγορά,

— ανήκει κατά ποσοστό 51 % στον εν λόγω οργανισμό τοπικής αυτοδιοίκησης, οι σχετικές όμως με τη διαχείριση αποφάσεις μπορούν να λαμβάνονται μόνον με πλειοψηφία τριών τετάρτων της γενικής συνελεύσεως της επιχειρήσεως αυτής,

— έχει μόνον το ένα τέταρτο των μελών του εποπτικού συμβουλίου, συμπεριλαμβανομένου του προέδρου αυτού, που διορίζονται από τον ίδιο ως άνω οργανισμό τοπικής αυτοδιοίκησης, και

— πραγματοποιεί πλέον του ημίσεος του κύκλου εργασιών της από αμφοτεροβαρείς συμβάσεις με αντικείμενο τη διάθεση αποβλήτων και τον καθαρισμό των οδών εντός των διοικητικών ορίων του εν λόγω οργανισμού τοπικής αυτοδιοικήσεως, οι δε εργασίες χρηματοδοτούνται από τον οργανισμό αυτό με πόρους προερχόμενους από τα δημοτικά τέλη που καταβάλλουν οι πολίτες του.

Επί του πρώτου, δεύτερου και τέταρτου ερωτήματος

61 Με το πρώτο, δεύτερο και τέταρτο ερώτημά του, τα οποία πρέπει να εξετασθούν από κοινού, το αιτούν δικαστήριο ερωτά στην ουσία κατά πόσον οι κατοχυρωμένες στα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, καθώς και η εξ αυτών απορρέουσα υποχρέωση διαφάνειας επιβάλλουν, αφενός, στις δημόσιες αρχές να καταγγέλλουν σύμβαση συναφθείσα κατά παράβαση της προαναφερθείσας υποχρεώσεως διαφάνειας και, αφετέρου, στα εθνικά δικαστήρια να παρέχουν στον μη επιλεγέντα διαγωνιζόμενο το δικαίωμα να ζητήσει τη λήψη μέτρων αποτροπής επικείμενης παραβάσεως αυτών των υποχρεώσεων ή τη μη συνέχιση της ήδη σημειωθείσας παραβάσεως της υποχρεώσεως αυτής. Το εθνικό δικαστήριο ερωτά επίσης κατά πόσον η εν λόγω υποχρέωση μπορεί να θεωρηθεί ως εμπίπτουσα στο εθιμικό δίκαιο της Ένωσης.

62 Όπως υπογραμμίσθηκε στη σκέψη 33 της παρούσας αποφάσεως, οι συμβάσεις παραχωρήσεως υπηρεσιών ουδόλως διέπονται, κατά το ισχύον δίκαιο της Ένωσης, από κάποια από τις οδηγίες που ρυθμίζουν τον τομέα των δημοσίων συμβάσεων.

63 Κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, ελλείψει ρυθμίσεως της Ένωσης, εναπόκειται στην εσωτερική έννομη τάξη εκάστου κράτους μέλους να ρυθμίσει τα μέσα έννομης προστασίας προς προάσπιση των δικαιωμάτων που οι πολίτες αντλούν από το δίκαιο της Ένωσης (βλ., συναφώς, απόφαση της 13ης Μαρτίου 2007, C-432/05, Unibet, Συλλογή 2007, σ. I-2271, σκέψη 39 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

64 Τα μέσα αυτά έννομης προστασίας δεν πρέπει να είναι λιγότερο ευνοϊκά από παρόμοιες διαδικασίες της εσωτερικής έννομης τάξεως (αρχή της ισοδυναμίας) και δεν πρέπει να καθιστούν πρακτικώς αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων που απονέμει η έννομη τάξη της Ένωσης (αρχή της αποτελεσματικότητας) (βλ., συναφώς, προπαρατεθείσα απόφαση Unibet, σκέψη 43 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

65 Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι οι κατοχυρωμένες στα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, καθώς και η εξ αυτών απορρέουσα υποχρέωση διαφάνειας δεν επιβάλλουν στις δημόσιες αρχές να καταγγέλλουν σύμβαση, ούτε στα εθνικά δικαστήρια να λαμβάνουν μέτρα σε κάθε περίπτωση υποτιθέμενης αθετήσεως της υποχρεώσεως αυτής κατά τη διαδικασία παραχωρήσεως υπηρεσιών. Εναπόκειται στην εσωτερική έννομη τάξη να ρυθμίσει τα μέσα έννομης προστασίας προς προάσπιση των δικαιωμάτων που οι πολίτες αντλούν από την εν λόγω υποχρέωση, κατά τέτοιο τρόπο ώστε τα μέσα αυτά να μην είναι λιγότερο ευνοϊκά από παρόμοιες διαδικασίες εσωτερικής έννομης τάξεως, ούτε να καθιστούν πρακτικώς αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων αυτών.

66 Τέλος, το αιτούν δικαστήριο εγείρει ακόμα ένα ερώτημα. Κατά το δικαστήριο αυτό μία αμιγώς νομολογιακή διαμόρφωση του δικαίου δεν αποτελεί προστατευτικό κανόνα δικαίου, θεμελιώνοντα ευθύνη κατά τις απαιτήσεις του γερμανικού κώδικα αστικού δικαίου (Bürgerliches Gesetzbuch). Μόνον το εθιμικό δίκαιο μπορεί να αποτελέσει κανόνα δικαίου κατά την έννοια του κώδικα αυτού. Παραπέμποντας στη νομολογία του Bundesverfassungsgericht (Συνταγματικό Δικαστήριο), το ως άνω δικαστήριο επισημαίνει ότι η αναγνώριση εθιμικού κανόνα δικαίου προϋποθέτει μακροχρόνια, διαρκή, σταθερή, ισόρροπη και γενική χρήση, καθώς και αποδοχή του δεσμευτικού του χαρακτήρα εκ μέρους των οικείων υποκειμένων δικαίου.

67 Κατά το εθνικό, εντούτοις, δικαστήριο, η αναφερόμενη στις αποφάσεις του Δικαστηρίου υποχρέωση διαφάνειας είναι τόσο πρόσφατη, ώστε να μην μπορεί να θεωρηθεί ως συνιστώσα εθιμικό δίκαιο, όπως αυτό ορίσθηκε στην προηγούμενη σκέψη.

68 Ως προς τούτο, πρέπει να επισημανθεί ότι η υποχρέωση διαφάνειας απορρέει από το δίκαιο της Ένωσης και κυρίως από τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ (βλ., συναφώς, προπαρατεθείσα Coname, σκέψεις 17 έως 19). Οι διατάξεις αυτές, την τήρηση των οποίων διασφαλίζει το Δικαστήριο, παράγουν άμεσα αποτελέσματα στις εσωτερικές έννομες τάξεις των κρατών μελών και υπερέχουν κάθε αντίθετης διατάξεως του εθνικού δικαίου.

69 Βάσει, ειδικότερα, του άρθρου 4, παράγραφος 3, ΣΕΚ, απόκειται στις αρχές γενικώς των κρατών μελών να διασφαλίζουν, στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων τους, την τήρηση των κανόνων του δικαίου της Ένωσης (βλ., συναφώς, απόφαση της 12ης Φεβρουαρίου 2008, C-2/06, Kempter, Συλλογή 2008, σ. I-411, σκέψη 34 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

70 Απόκειται στο εθνικό δικαστήριο να ερμηνεύσει, στο μέτρο του δυνατού, τον νόμο που πρέπει να εφαρμόσει σύμφωνα με τις απαιτήσεις του δικαίου της Ένωσης, ώστε, μεταξύ άλλων, να διασφαλίζεται η τήρηση της υποχρεώσεως διαφάνειας (βλ., συναφώς, απόφαση της 27ης Φεβρουαρίου 2003, C-327/00, Santex, Συλλογή 2003, σ. I-1877, σκέψη 63 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

71 Κατόπιν των ανωτέρω, στο πρώτο, δεύτερο και τέταρτο ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι οι κατοχυρωμένες στα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, καθώς και η εξ αυτών απορρέουσα υποχρέωση διαφάνειας δεν επιβάλλουν στις δημόσιες αρχές να καταγγέλλουν σύμβαση, ούτε στα εθνικά δικαστήρια να λαμβάνουν μέτρα σε κάθε περίπτωση προβαλλόμενης αθετήσεως της υποχρεώσεως αυτής κατά τη διαδικασία παραχωρήσεως υπηρεσιών. Εναπόκειται στην εσωτερική έννομη τάξη να ρυθμίσει τα μέσα έννομης προστασίας προς προάσπιση των δικαιωμάτων που συνεπάγεται για τους πολίτες η εν λόγω υποχρέωση, κατά τέτοιο τρόπο ώστε τα μέσα αυτά να μην είναι λιγότερο ευνοϊκά από παρόμοιες διαδικασίες εσωτερικής έννομης τάξεως, ούτε να καθιστούν πρακτικώς αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων αυτών. Η υποχρέωση διαφάνειας απορρέει άμεσα από τα άρθρα 43 ΕΚ και 49

ΕΚ, τα οποία παράγουν άμεσα αποτελέσματα στις εσωτερικές έννομες τάξεις των κρατών μελών και υπερέχουν κάθε αντίθετης διατάξεως του εθνικού δικαίου.

Επί των δικαστικών εξόδων

72 Δεδομένου ότι η παρούσα διαδικασία έχει ως προς τους διαδίκους της κύριας δίκης τον χαρακτήρα παρεμπίπτοντος που ανέκυψε ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου, σ΄ αυτό εναπόκειται να αποφανθεί επί των δικαστικών εξόδων. Τα έξοδα στα οποία υποβλήθηκαν όσοι υπέβαλαν παρατηρήσεις στο Δικαστήριο, πλην των ως άνω διαδίκων, δεν αποδίδονται.

Για τους λόγους αυτούς, το Δικαστήριο (τμήμα μείζονος συνθέσεως) αποφαίνεται:

1) Όταν τροποποιήσεις διατάξεων συμβάσεως για την παραχώρηση υπηρεσιών φέρουν ουσιωδώς διαφορετικά χαρακτηριστικά από εκείνα που δικαιολόγησαν την αρχική ανάθεση της συμβάσεως παραχωρήσεως και υποδηλώνουν, κατά συνέπεια, τη βούληση των συμβαλλομένων να αναδιαπραγματευθούν τους ουσιώδεις όρους της συμβάσεως αυτής, θα πρέπει να λαμβάνεται, σύμφωνα με την εσωτερική έννομη τάξη του οικείου κράτους μέλους, κάθε αναγκαίο μέτρο προκειμένου να αποκατασταθεί η διαφάνεια στη διαδικασία, συμπεριλαμβανομένης μιας νέας διαδικασίας αναθέσεως. Η νέα διαδικασία αναθέσεως θα πρέπει, ενδεχομένως, να οργανωθεί κατά τρόπο προσαρμοσμένο στις ιδιαιτερότητες της κρίσιμης παραχωρήσεως υπηρεσιών και να επιτρέπει σε επιχειρήσεις εγκατεστημένες σε άλλα κράτη μέλη να έχουν πρόσβαση σε κατάλληλες πληροφορίες σχετικά με τη συγκεκριμένη παραχώρηση, πριν αυτή ανατεθεί.

2) Όταν παραχωρησιούχος επιχείρηση συνάπτει σύμβαση σχετικά με υπηρεσίες εμπίπτουσες στο πεδίο παραχωρήσεως που της ανατέθηκε από οργανισμό τοπικής αυτοδιοίκησης, δεν εφαρμόζονται η απορρέουσα από τα άρθρα 43

ΕΚ και 49 ΕΚ υποχρέωση διαφάνειας καθώς και οι αρχές ίσης μεταχειρίσεως και απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, εφόσον η επιχείρηση αυτή:

— ιδρύθηκε από τον οργανισμό αυτό τοπικής αυτοδιοίκησης με σκοπό τη διάθεση αποβλήτων και τον καθαρισμό των οδών, δραστηριοποιείται όμως επίσης στην ελεύθερη αγορά,

— ανήκει κατά ποσοστό 51 % στον εν λόγω οργανισμό τοπικής αυτοδιοίκησης, οι σχετικές όμως με τη διαχείριση αποφάσεις μπορούν να λαμβάνονται μόνον με πλειοψηφία τριών τετάρτων της γενικής συνελεύσεως της επιχειρήσεως αυτής,

— έχει μόνον το ένα τέταρτο των μελών του εποπτικού συμβουλίου, συμπεριλαμβανομένου του προέδρου αυτού, που διορίζονται από τον ίδιο ως άνω οργανισμό τοπικής αυτοδιοίκησης, και

— πραγματοποιεί πλέον του ημίσεος του κύκλου εργασιών της από αμφοτεροβαρείς συμβάσεις με αντικείμενο τη διάθεση αποβλήτων και τον καθαρισμό των οδών εντός των διοικητικών ορίων του εν λόγω οργανισμού τοπικής αυτοδιοικήσεως, οι δε εργασίες χρηματοδοτούνται από τον οργανισμό αυτό με πόρους προερχόμενους από τα δημοτικά τέλη που καταβάλλουν οι πολίτες του.

3) Οι κατοχυρωμένες στα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, καθώς και η εξ αυτών απορρέουσα υποχρέωση διαφάνειας δεν επιβάλλουν στις δημόσιες αρχές να καταγγέλλουν σύμβαση, ούτε στα εθνικά δικαστήρια να λαμβάνουν μέτρα σε κάθε περίπτωση προβαλλόμενης αθετήσεως της υποχρεώσεως αυτής κατά τη διαδικασία παραχωρήσεως υπηρεσιών. Εναπόκειται στην εσωτερική έννομη τάξη να ρυθμίσει τα μέσα έννομης προστασίας προς προάσπιση των δικαιωμάτων που συνεπάγεται για τους πολίτες η εν λόγω υποχρέωση, κατά τέτοιο τρόπο ώστε τα μέσα αυτά να μην είναι λιγότερο ευνοϊκά από παρόμοιες διαδικασίες εσωτερικής έννομης τάξεως, ούτε να καθιστούν

πρακτικώς αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων αυτών. Η υποχρέωση διαφάνειας απορρέει άμεσα από τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ, τα οποία παράγουν άμεσα αποτελέσματα στις εσωτερικές έννομες τάξεις των κρατών μελών και υπερέχουν κάθε αντίθετης διατάξεως του εθνικού δικαίου.

(υπογραφές)