ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
JEAN MISCHO
της 13ης Δεκεμβρίου 2001 [1]

1. Το Korkein hallinto-oikeus (Φινλανδία, στο εξής: αιτούν δικαστήριο) υποβάλλει στο Δικαστήριο τρία ερωτήματα τα οποία αφορούν την ερμηνεία των των άρθρων 2, παράγραφοι 1, 2 και 4, και 34, 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 [2], καθώς και του άρθρου 36, παράγραφος 1, της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για το συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών [3].

I — Το νομικό πλαίσιο

Η κοινοτική ρύθμιση

Η οδηγία 92/50

2. Το άρθρο 1 της οδηγίας 92/50 ορίζει 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, με εξαίρεση:

[...]

ii) τις συμβάσεις του συνάπτονται στους τομείς που αναφέρονται στα άρθρα 2, 7, 8 και 9 της οδηγίας 90/531/ΕΟΚ και τις συμβάσεις που πληρούν τους όρους του άρθρου 6, παράγραφος 2, της ιδίας οδηγίας·

[...]».

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γαλλική.
2 — ΕΕ L 199, σ. 84.
3 — ΕΕ L 209, σ. 1.

3. Το άρθρο 36 της οδηγίας 92/50, που τιτλοφορείται «Κριτήρια σύναψης των συμβάσεων», έχει ως εξής:

«1. Με την επιφύλαξη των εθνικών νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων που διέπουν την αμοιβή ορισμένων υπηρεσιών, τα κριτήρια βάσει των οποίων οι αναθέτουσες αρχές αναθέτουν τις συμβάσεις μπορεί να είναι:

α) όταν η σύμβαση ανατίθεται στην πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, διάφορα μεταβλητά κριτήρια που συνδέονται με τη συγκεκριμένη σύμβαση: π.χ., η ποιότητα, τα τεχνικά πλεονεκτήματα, τα αισθητικά και λειτουργικά χαρακτηριστικά, η τεχνική υποστήριξη και εξυπηρέτηση, μετά την πώληση, η ημερομηνία παράδοσης και η προσθεσμία παράδοσης ή εκτέλεσης, η τιμή ή

β) απλώς η χαμηλότερη τιμή.

2. Όταν η σύμβαση πρόκειται να ανατεθεί στην πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, η αναθέτουσα αρχή δηλώνει στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού τα κριτήρια βάσει των οποίων πρόκειται να αναθέσει τη σύμβαση και των οποίων προβλέπει την εφαρμογή, ει δυνατόν, σε φθίνουσα τάξη ανάλογα με τη σημασία που τους προσδίδεται.»

Η οδηγία 93/38

4. Η οδηγία 93/38 προβλέπει στο άρθρο 2 τα εξής:

«1. Η παρούσα οδηγία εφαρμόζεται στους αναθέτοντες φορείς οι οποίοι:

α) είναι δημόσιες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις και ασκούν δραστηριότητα που αναφέρεται στην παράγραφο 2·

β) εάν δεν είναι δημόσιες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις, ασκούν, μεταξύ των δραστηριοτήτων τους, δραστηριότητα αναφερόμενη στην παράγραφο 2, ή πολλές από τις δραστηριότητες αυτές και απολαύουν ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων χορηγουμένων από αρμόδια αρχή ενός κράτους μέλους.

[...]

2. Οι δραστηριότητες που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της παρούσας οδηγίας είναι οι ακόλουθες:

[...]

γ) η εκμετάλλευση δικτύων που παρέχουν υπηρεσίες στο κοινό στους τομείς των μεταφορών με σιδηρόδρομο, αυτόματα συστήματα, τραμ, τρόλεϊ, λεωφορεία ή καλώδιο.

Όσον αφορά τις υπηρεσίες μεταφορών, θεωρείται ότι υφίσταται δίκτυο όταν η υπηρεσία παρέχεται με τους όρους που ορίζονται από την αρμόδια αρχή ενός κράτους μέλους, όπως οι όροι που αφορούν τις ακολουθητέες διαδρομές, τη διαθέσιμη μεταφορική ικανότητα ή τη συχνότητα παροχής της υπηρεσίας·

[...].

4. Η παροχή στο κοινό υπηρεσίας μεταφορών μέσων λεωφορείου δεν θεωρείται ως δραστηριότητα κατά την έννοια της παραγράφου 2, στοιχείο γ', όταν άλλοι φορείς μπορούν ελευθέρως να παρέχουν την υπηρεσία αυτή, είτε γενικά, είτε σε συγκεκριμένη γεωγραφική περιοχή, με τους ίδιους όρους στους οποίους υπόκεινται οι αναθέτοντες φορείς.

[...]»

5. Σύμφωνα με το άρθρο 34 της οδηγίας 93/38:

«1. Με την επιφύλαξη των εθνικών, νομοθετικών, κανονιστικών ή διοικητικών διατάξεων σχετικά με την αμοιβή ορισμένων υπηρεσιών, τα κριτήρια βάσει των οποίων οι αναθέτοντες φορείς αναθετουν τις συμβάσεις είναι:

α) είτε, όταν προκρίνεται η πιο συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, διάφορα μεταβλητά κριτήρια ανάλογα με την εκάστοτε σύμβαση: για παράδειγμα, προθεσμία παράδοσης ή εκτέλεσης, κόστος χρήσης, αποδοτικότητα, ποιότητα, αισθητική ή λειτουργική αξία, τεχνική αξία, εξυπηρέτηση μετά την πώληση και τεχνική βοήθεια, ανάληψη υποχρεώσεων ως προς τα ανταλλακτικά, ασφάλεια εφοδιασμού και τιμή·

β) είτε αποκλειστικά η χαμηλότερη τιμή.

2. Στην περίπτωση που αναφέρεται στην παράγραφο 1, στοιχείο α', οι αναθέτοντες φορείς αναφέρουν, στη συγγραφή υποχρε-

ώσεων ή στην προκήρυξη της σύμβασης, όλα τα κριτήρια ανάθεσης που προβλέπουν ότι θα εφαρμοστούν, ει δυνατόν κατά φθίνουσα τάξη σπουδαιότητας.

[...]»

6. Το άρθρο 45, παράγραφοι 3 και 4, της οδηγίας 93/38 ορίζει τα εξής:

«3. Η οδηγία 90/531/ΕΟΚ δεν παράγει πλέον αποτελέσματα από την ημερομηνία θέσης σε εφαρμογή της παρούσας οδηγίας από τα κράτη μέλη και αυτό υπό την επιφύλαξη των υποχρεώσεων των κρατών μελών όσον αφορά τις προθεσμίες που αναφέρονται στο άρθρο 37 της εν λόγω οδηγίας.

4. Οι αναφορές στην οδηγία 90/531/ΕΟΚ θεωρούνται ότι γίνονται στην παρούσα οδηγία.»

Η εθνική ρύθμιση

7. Οι οδηγίες 92/50 και 93/38 μεταφέρθηκαν στο εσωτερικό δίκαιο της Φινλανδίας, αφενός, με τον julkisista hankinnoista annettu laki (νόμο περί των δημοσίων συμβάσεων) 1505/1992, όπως τροποποιήθηκε με τους νόμους 1523/1994 και 725/1995 (στο εξής: νόμος 1505/1992), και, αφετέρου, με τα διατάγματα 243/1995, περί των συμβάσεων προμηθειών και παροχής υπηρεσιών και των συμβάσεων αναθέσεως κατ' αποκοπήν οικοδομικών έργων που υπερβαίνουν ορισμένο όριο, και 567/1994 περί των συμβάσεων των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών που υπερβαίνουν ορισμένο όριο, όπως τροποποιήθηκε με το διάταγμα 244/1995 (στο εξής: διάταγμα 567/1994).

8. Το άρθρο 4, παράγραφος 1, του διατάγματος 243/1995 αποκλείει από το πεδίο εφαρμογής του τις αγορές στις οποίες εφαρμόζεται το διάταγμα 567/1994. Το άρθρο 1, παράγραφος 10, του διατάγματος αυτού αποκλείει από το πεδίο εφαρμογής του τις αγορές στις οποίες εφαρμόζεται το διάταγμα 243/1995.

9. Το άρθρο 43 του διατάγματος 243/95 ορίζει τα εξής:

«1. Ο αναθέτων φορέας πρέπει να δέχεται είτε την προσφορά η οποία, σύμφωνα με τα κριτήρια εκτιμήσεως της προτεινομένης συμβάσεως, είναι γενικώς η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη είτε τη φθηνότερη προσφορά. Τα κριτήρια γενικής οικονομικής εκτιμήσεως μπορούν να είναι, για παράδειγμα, η τιμή, η προθεσμία παραδόσεως ή παραγωγής, τα έξοδα λειτουργίας, η ποιότητα, οι προβλέψιμες δαπάνες κατά τη διάρκεια ζωής του προϊόντος, τα αισθητικά ή

λειτουργικά χαρακτηριστικά, τα τεχνικά πλεονεκτήματα, οι υπηρεσίες συντήρησης, η ασφάλεια εφοδιασμού, η τεχνική υποστήριξη και οι περιβαλλοντικές πτυχές.

[...]»

10. Ομοίως, το άρθρο 21, παράγραφος 1, του διατάγματος 567/1994 προβλέπει ότι ο αναθέτων φορέας πρέπει να επιλέγει, μεταξύ όλων των προσφορών, εκείνη η οποία είναι η πλέον συμφέρουσα από γενικής οικονομικής απόψεως, με βάση τα κριτήρια εκτιμήσεως του προϊόντος, της υπηρεσίας ή του κατ' αποκοπήν έργου που προτείνεται, ή τη φθηνότερη προσφορά. Τα κριτήρια εκτιμήσεως που χρησιμοποιούνται για τη γενική οικονομική αξιολόγηση μπορούν να είναι, για παράδειγμα, η τιμή, η προθεσμία παραδόσεως, τα έξοδα λειτουργίας, οι προβλέψιμες δαπάνες κατά τη διάρκεια ζωής του προϊόντος, η ποιότητα, τα οικολογικά, αισθητικά ή λειτουργικά χαρακτηριστικά, τα τεχνικά πλεονεκτήματα, οι υπηρεσίες συντήρησης και η τεχνική υποστήριξη.

II — Η διαφορά της κύριας δίκης

Η οργάνωση των υπηρεσιών μεταφοράς με λεωφορεία της πόλης του Ελσίνκι

11. Από τη διάταξη περί παραπομπής προκύπτει ότι το δημοτικό συμβούλιο του Ελσίνκι αποφάσισε, στις 27 Αυγούστου 1997, να αναθέσει προοδευτικά σε τρίτους μέσω διαγωνισμού το σύνολο του δικτύου αστικών λεωφορείων της πόλης του Ελσίνκι, έτσι ώστε η πρώτη γραμμή που θα ανετίθετο με το σύστημα αυτό να αρχίσει να λειτουργεί στις αρχές της φθινοπωρινής περιόδου του 1998.

12. Σύμφωνα με τη ρύθμιση περί υπηρεσιών μαζικής μεταφοράς της πόλης του Ελσίνκι, η ευθύνη για τον σχεδιασμό, την ανάπτυξη, την υλοποίηση, την οργάνωση εν γένει και την εποπτεία των ως άνω υπηρεσιών μαζικής μεταφοράς ανατίθεται, εφόσον δεν ορίζεται άλλως, στη joukkoliikennelautakunta (επιτροπή υπηρεσιών μαζικής μεταφοράς) και στην Helsingin kaupungin liikennelaitos (επιχείρηση μεταφορών της πόλης του Ελσίνκι, στο εξής: επιχείρηση μεταφορών), η οποία υπάγεται στην εν λόγω επιτροπή.

13. Κατά την ισχύουσα ρύθμιση, η επιτροπή εμπορικών υπηρεσιών της πόλης του Ελσίνκι είναι αρμόδια να αποφασίζει σχετικά με την ανάθεση με διαγωνισμό των υπηρεσιών αστικών μαζικών μεταφορών με βάση τους σκοπούς που εγκρίνει το δημοτικό συμβούλιο του Ελσίνκι και η επιτροπή υπηρεσιών μαζικής μεταφοράς. Επιπλέον, το γραφείο εφοδιασμού της πόλης του Ελσίνκι είναι επιφορτισμένο με την εκτέλεση των ενεργειών που αφορούν τις συμβάσεις αστικών μαζικών μεταφορών.

14. Η επιχείρηση μεταφορών είναι μια δημοτική εμπορική επιχείρηση η οποία, από

λειτουργικής και οικονομικής απόψεως, διαιρείται σε μονάδες παραγωγής, ανάλογα με τα διάφορα μέσα μεταφοράς (λεωφορεία, τροχιόδρομοι, υπόγειος σιδηρόδρομος, καθώς και δρόμοι και κτίρια). Η μονάδα παραγωγής που αφορά τα λεωφορεία είναι η HKL. Η επιχείρηση μεταφορών περιλαμβάνει επίσης μια κύρια κεντρική μονάδα, η οποία συνίσταται από μια μονάδα σχεδιασμού και μια ομάδα διοικήσεως και οικονομικών. Η μονάδα σχεδιασμού παρέχει τις εντολές όσον αφορά την προετοιμασία των προτάσεων που υποβάλλονται στην επιτροπή υπηρεσιών μαζικής μεταφοράς, τις συγκοινωνιακές γραμμές που πρέπει να ανατεθούν σε τρίτους μέσω διαγωνισμού και το επίπεδο των απαιτουμένων υπηρεσιών. Οι παραγωγικές μονάδες είναι χωριστές από την υπόλοιπη επιχείρηση μεταφορών από οικονομική άποψη, τηρούν χωριστά λογιστικά βιβλία και καταρτίζουν χωριστό ισολογισμό.

Η επίδικη διαδικασία προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών

15. Με έγγραφο της 1ης Σεπτεμβρίου 1997 και με προκήρυξη που δημοσιεύθηκε στο τμήμα «δημοσίων συμβάσεων» της Εφημερίδας της Κυβερνήσεως της 4ης Σεπτεμβρίου 1997, το γραφείο εφοδιασμού ζήτησε την υποβολή προσφορών για τη διαχείριση του δικτύου αστικών λεωφορείων της πόλης του Ελσίνκι, με βάση τα ωράρια και τα δρομολόγια που καθορίζονταν σε έγγραφο περιλαμβάνον 7 τμήματα. Η διαφορά της κύριας δίκης αφορά το τμήμα 6 της προκηρύξεως αυτής σχετικά με τη γραμμή 62.

16. Από τον φάκελο της υποθέσεως προκύπτει ότι, σύμφωνα με την εν λόγω προκήρυξη, ο διαγωνισμός θα κατακυρωνόταν υπέρ της επιχειρήσεως που θα κατέθετε την από γενικής οικονομικής απόψεως πλέον συμφέρουσα για τον δήμο προσφορά. Για την εκτίμηση αυτή έπρεπε να ληφθούν υπόψη τρεις κατηγορίες κριτηρίων, ήτοι η συνολική ζητούμενη τιμή για την εκμετάλλευση, η ποιότητα του υλικού (λεωφορεία) και η εκ μέρους του επιχειρηματία διαχείριση όσον αφορά την ποιότητα και το περιβάλλον.

17. Όσον αφορά κατ' αρχάς τη ζητούμενη συνολική τιμή, η πλέον ενδιαφέρουσα προσφορά έπρεπε να λάβει 86 μονάδες και ο αριθμός των μονάδων των λοιπών προσφορών υπολογιζόταν σύμφωνα με τον ακόλουθο τύπο: αριθμός μονάδων = το κόστος της ετήσιας αποζημίωσης εκμετάλλευσης της πλέον ενδιαφέρουσας προσφοράς διαιρούμενο διά της εξεταζόμενης προσφοράς και πολλαπλασιαζόμενο επί 86.

18. Εν συνεχεία, όσον αφορά την ποιότητα του υλικού, θα χορηγούνταν πρόσθετες μονάδες, μεταξύ άλλων, για τη χρησιμοποίηση λεωφορείων, αφενός, με εκπομπές μονοξειδίου αζώτου κάτω από τα 4g/kWh (+2,5 μονάδες ανά λεωφορείο) ή κάτω των 2g/kWh (+3,5 μονάδες ανά λεωφορείο) και, αφετέρου, με επίπεδο θορύβου κάτω των 77 dB (+1 μονάδα ανά λεωφορείο).

19. Όσον αφορά τέλος την οργάνωση του επιχειρηματία σε σχέση με την ποιότητα και το περιβάλλον, έπρεπε να χορηγηθούν πρόσθετες μονάδες για ένα σύνολο ποιοτικών κριτηρίων, καθώς και για ένα πρόγραμμα προστασίας του περιβάλλοντος, η ύπαρξη των οποίων θα έπρεπε να βεβαιώνεται με πιστοποιητικό.

20. Το γραφείο εφοδιασμού έλαβε οκτώ προσφορές σχετικά με το τμήμα 6, μεταξύ των οποίων εκείνη της HKL και της Swebus Finland Oy Ab, η οποία κατέστη κατόπιν η Stagecoach Finland Oy Ab και εν συνεχεία η Concordia Bus Finland Oy Ab (στο εξής: Concordia). Η προσφορά της τελευταίας αυτής περιείχε δύο εναλλακτικές προτάσεις, προσδιοριζόμενες ως Α και Β.

21. Η επιτροπή εμπορικών υπηρεσιών αποφάσισε στις 12 Φεβρουαρίου 1998 να επιλέξει την HKL ως φορέα εκμετάλλευσης της γραμμής που συνιστούσε το τμήμα 6, δεδομένου ότι η προσφορά της θεωρήθηκε γενικώς η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως. Από τη διάταξη περί παραπομπής προκύπτει ότι η Concordia είχε υποβάλει τη φθηνότερη προσφορά, λαμβάνοντας 81,44 μονάδες για την πρότασή της Α και 86 μονάδες για την πρότασή της Β. Η HKL έλαβε 85,75 μονάδες. Όσον αφορά το υλικό, η HKL έλαβε τις περισσότερες μονάδες, ήτοι 2,94 μονάδες, η δε Concordia έλαβε 0,77 μονάδα για την πρότασή της Α και -1,44 μονάδα για την προσφορά της Β. Στις εν λόγω 2,94 μονάδες που έλαβε η HKL περιλαμβάνονταν ανώτατες προσαυξήσεις λόγω εκπομπών μονοξειδίου του αζώτου κάτω των 2g/kWh καθώς και λόγω επιπέδου εξωτερικού θορύβου κάτω των 77 dB. Η Concordia δεν έλαβε πρόσθετες μονάδες βάσει των κριτηρίων περί των εκπομπών μονοξειδίου του αζώτου και περί του επιπέδου θορύβου των λεωφορείων. Η HKL και η Concordia έλαβαν το ανώτατο όριο των μονάδων για τα πιστοποιητικά τους σχετικά με την ποιότητα και το περιβάλλον. Υπό τις συνθήκες αυτές, η HKL έλαβε συνολικά τον μεγαλύτερο αριθμό μονάδων, ήτοι 92,69. Η Concordia κατέλαβε τη δεύτερη θέση, έχοντας λάβει 86,21 μονάδες για την πρότασή της Α και 88,56 μονάδες για την πρότασή της Β.

Η διεξαγωγή της διαδικασίας ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων

22. Η Concordia άσκησε προσφυγή ακυρώσεως κατά της εν λόγω αποφάσεως της επιτροπής εμπορικών υπηρεσιών ενώπιον του Kilpailuneuvosto (συμβουλίου ανταγωνισμού) (Φινλανδία), ισχυριζόμενη, μεταξύ άλλων, ότι η χορήγηση πρόσθετων μονάδων για ένα υλικό του οποίου οι εκπομπές μονοξειδίου του αζώτου και το επίπεδο θορύβου είναι κατώτερα από ορισμένα όρια είναι άδικη και συνεπάγεται δυσμενείς διακρίσεις. Κατ' αυτήν, χορηγήθηκαν πρόσθετες μονάδες για τη χρησιμοποίηση ενός είδους λεωφορείου το οποίο μόνον ένας προσφέρων, ήτοι η HKL, είχε στην πραγματικότητα τη δυνατότητα να προτείνει.

23. Το Kilpailuneuvosto απέρριψε την προσφυγή αυτή. Θεώρησε ότι η αναθέτουσα αρχή έχει το δικαίωμα να ορίζει το είδος του υλικού που επιθυμεί να χρησιμοποιήσει. Ωστόσο, ο καθορισμός των κριτηρίων επιλογής και η στάθμισή τους θα έπρεπε να πραγματοποιηθεί κατά τρόπο αντικειμενικό, λαμβανομένων υπόψη των αναγκών της αναθέτουσας αρχής και της ποιότητας της υπηρεσίας. Εν ανάγκη, ο φορέας αυτός θα έπρεπε να είναι σε θέση να δικαιολογήσει το βάσιμο της επιλογής και της εφαρμογής των κριτηρίων αξιολογήσεως.

24. Το εν λόγω δικαστήριο τόνισε ότι η απόφαση της πόλης του Ελσίνκι να προτιμήσει τα λεωφορεία που δεν ρυπαίνουν πολύ εμπίπτει στην οικολογική πολιτική που αποσκοπεί στη μείωση των δυσμενών επιπτώσεων για το περιβάλλον που συνεπάγεται η κυκλοφορία

των λεωφορείων. Τούτο δεν συνιστά διαδικαστικό ελάττωμα. Αν το κριτήριο αυτό είχε εφαρμοστεί κατά μη δίκαιο τρόπο έναντι ενός διαγωνιζομένου, θα μπορούσε να υπάρξει παρέμβαση του δικαστηρίου αυτού. Ωστόσο, το Kilpailuneuvosto διαπίστωσε ότι όλοι οι διαγωνιζόμενοι είχαν τη δυνατότητα, εφόσον το επιθυμούσαν, να προμηθευθούν λεωφορεία λειτουργούντα με φυσικό αέριο. Κατέληξε συνεπώς ότι δεν αποδείχθηκε ότι το επίμαχο κριτήριο συνιστούσε δυσμενή διάκριση έναντι της προσφεύγουσας.

25. Η Concordia άσκησε ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου έφεση ζητώντας την ακύρωση της αποφάσεως του Kilpailuneuvosto. Κατά την Concordia, η χορήγηση πρόσθετων μονάδων στα λιγότερο ρυπαίνονται και λιγότερο θορυβώδη λεωφορεία ευνοούσε την HKL, η οποία ήταν η μόνη υποβαλούσα προσφορά επιχείρηση που είχε στην πράξη τη δυνατότητα να χρησιμοποιήσει ένα υλικό δυνάμενο να λάβει τις μονάδες αυτές. Επιπλέον, ισχυρίστηκε ότι, στο πλαίσιο της συνολικής αξιολογήσεως των προσφορών, δεν έπρεπε να ληφθούν υπόψη αυτοί οι οικολογικοί παράγοντες, οι οποίοι δεν έχουν καμία άμεση σχέση με το αντικείμενο της προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών.

26. Στη διάταξη περί παραπομπής, το αιτούν δικαστήριο τονίζει κατ' αρχάς ότι, προκειμένου να καθοριστεί αν στη συγκεκριμένη περίπτωση εφαρμοστέο είναι το διάταγμα 243/1995 ή το διάταγμα 567/1994, πρέπει να εξεταστεί αν η επίμαχη στο πλαίσιο της κύριας δίκης σύμβαση εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50 ή σε εκείνο της οδηγίας 93/38. Συναφώς, διαπιστώνει ότι το παράρτημα VII της οδηγίας 93/38 αναφέρει, για τη Δημοκρατία της Φινλανδίας, τόσο δημόσιους ή ιδιωτικούς φορείς που διαχειρίζονται τις υπηρεσίες λεωφορείων υπό το κράτος του laki luvanvaraisesta henkilöliikenteestä tiellä (νόμου περί των οδικών μεταφορών προσώπων για τις οποίες απαιτείται άδεια) όσο και την επιχείρηση μεταφορών της πόλης του Ελσίνκι που διαχειρίζεται τον υπόγειο σιδηρόδρομο και το δίκτυο τροχιοδρόμων.

27. Το αιτούν δικαστήριο τονίζει εν συνεχεία ότι για την εξέταση της υποθέσεως απαιτείται επίσης η ερμηνεία διατάξεων του κοινοτικού δικαίου προκειμένου να καθοριστεί αν ένας δήμος, οσάκις προβαίνει σε κατακύρωση διαγωνισμού όπως είναι ο επίμαχος της κύριας δίκης, μπορεί να λαμβάνει υπόψη οικολογικά στοιχεία αφορώντα το προτεινόμενο υλικό. Συγκεκριμένα, αν γίνονταν δεκτά τα επιχειρήματα της Concordia όσον αφορά τις μονάδες που χορηγήθηκαν βάσει των περιβαλλοντικών κριτηρίων, καθώς και βάσει άλλων στοιχείων, τούτο θα σήμαινε ότι ο αριθμός των μονάδων που έλαβε η προσφορά της Β ήταν μεγαλύτερος από εκείνον που έλαβε η HKL.

28. Το αιτούν δικαστήριο παρατηρεί, συναφώς ότι, τα άρθρα 36, παράγραφος 1, στοιχείο α', της οδηγίας 92/50 και 34, παράγραφος 1, στοιχείο α', της οδηγίας 93/38 δεν αναφέρουν τα περιβαλλοντικά ζητήματα στον κατάλογο των κριτηρίων προσδιορισμού της πλέον συμφέρουσας από οικονομικής απόψεως προσφοράς. Με τις αποφάσεις του όμως Beentjes, Evans Medical και Macfarlan Smith [4], το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι η αναθέτουσα αρχή είναι ελεύθερη, για να καθορίσει την οικονομικά πλέον συμφέ-

4 — Αποφάσεις της 20ής Σεπτεμβρίου 1988, 31/87 (Συλλογή 1988, σ. 4635), και της 28ης Μαρτίου 1995, C-324/93 (Συλλογή 1995, σ. I-563).

ρουσα προσφορά, να επιλέξει τα κριτήρια κατακύρωσης του διαγωνισμού. Ωστόσο, η επιλογή αυτή δεν μπορεί να αφορά παρά μόνον τα κριτήρια που αποσκοπούν στον προσδιορισμό της οικονομικά πλέον συμφέρουσας προσφοράς.

29. Το αιτούν δικαστήριο αναφέρεται τέλος στην ανακοίνωσης της Επιτροπής της 11ης Μαρτίου 1998, που φέρει τον τίτλο «Οι δημόσιες συμβάσεις στην Ευρωπαϊκή Ένωση» [COM(1998) 143 τελικό], στην οποία η Επιτροπή θεωρεί ότι είναι θεμιτό να λαμβάνονται υπόψη ζητήματα περιβάλλοντος κατά την επιλογή της πλέον συμφέρουσας από γενικής οικονομικής απόψεως προσφοράς, στον βαθμό που ο φορέας που προβαίνει στην πρόσκληση για την υποβολή προσφορών έλκει ο ίδιος άμεσο όφελος από τις οικολογικές ιδιότητες του προϊόντος.

III — Τα προδικαστικά ερωτήματα

30. Το αιτούν δικαστήριο αποφάσισε συνεπώς να αναστείλει τη διαδικασία και να υποβάλλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

«1) Έχουν την έννοια οι διατάξεις της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (ΕΕ L 199, σ. 84), και, ειδικότερα, το άρθρο 2, παράγραφοι 1, στοιχείο α', 2, στοιχείο γ', και 4, ότι η εν λόγω οδηγία έχει εφαρμογή στη διαδικασία που ακολουθεί ένας δήμος ως αναθέτων φορέας, στο πλαίσιο διαγωνισμού αφορώντος την εκμετάλλευση υπηρεσίας αστικών λεωφορείων, όταν

— ο δήμος είναι αρμόδιος, στην περιφέρειά του, για τον σχεδιασμό, την ανάπτυξη, την εκτέλεση και την οργάνωση εν γένει, καθώς και την εποπτεία, των υπηρεσιών μαζικής μεταφοράς,

— ο δήμος διαθέτει, για την εκτέλεση των προαναφερθέντων έργων, μια επιτροπή υπηρεσιών μαζικής μεταφοράς και μια δημοτική επιχείρηση μεταφορών η οποία υπάγεται στην επιτροπή αυτή,

— η δημοτική επιχείρηση διαθέτει μια μονάδα σχεδιασμού, ενεργούσα ως εντελλομένη, η οποία προετοιμάζει και θέτει υπόψη της επιτροπής υπηρεσιών μαζικής μεταφοράς προτάσεις σχετικά με τις συγκοινωνιακές γραμμές που πρέπει να αποτελέσουν αντικείμενο διαγωνισμού και σχετικά με το απαιτούμενο ποιοτικό επίπεδο των υπηρεσιών, και

— η δημοτική επιχείρηση μεταφορών διαθέτει παραγωγικές μονάδες χωριστές από οικονομικής απόψεως από την υπόλοιπη επιχείρηση και, μεταξύ άλλων, μια μονάδα η οποία ειδικεύεται στις μεταφορές με λεωφορεία και μετέχει στις σχετικές με τις μεταφορές αυτές προσκλήσεις για την υποβολή προσφορών;

2) Έχει η κοινοτική ρύθμιση περί των δημοσίων συμβάσεων και, ειδικότερα, το άρθρο 36, παράγραφος 1, 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), ή η παρεμφερής διάταξη (άρθρο 34, παράγραφος 1) της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ την έννοια ότι ένας δήμος ο οποίος διοργανώνει, ως αναθέτων φορέας, πρόσκληση για την υποβολή προσφορών σχετικά με την εκμετάλλευση υπηρεσία αστικών λεωφορείων μπορεί να περιλαμβάνει, μεταξύ των κριτηρίων για τη σύναψη της συμβάσεως βάσει της οικονομικά πλέον συμφέρουσας προσφοράς, πέραν της προτεινομένης τιμής, την οικολογική και ποιοτική διαχείριση του φορέα της εκμεταλλεύσεως ή διάφορα άλλα χαρακτηριστικά του υλικού, καθώς επίσης και τη μείωση των εκπομπών μονοξειδίου του αζώτου ή του επιπέδου του θορύβου, σύμφωνα με όσα ορίζονται στην πρόσκληση για την υποβολή προσφορών, οπότε, αν οι εκπομπές μονοξειδίου του αζώτου και το επίπεδο του θορύβου ορισμένων οχημάτων είναι κατώτερα από ορισμένο όριο, μπορούν να χορηγούνται πρόσθετες μονάδες κατά τη σύγκριση των προσφορών;

3) Αν η απάντηση στο προηγούμενο ερώτημα είναι καταφατική: Έχουν οι κανόνες του κοινοτικού δικαίου περί των δημοσίων συμβάσεων την έννοια ότι η χορήγηση πρόσθετων μονάδων βάσει των προαναφερθέντων χαρακτηριστικών του υλικού όσον αφορά τις εκπομπές μονοξειδίου του αζώτου ή το επίπεδο θορύβου απαγορεύεται ωστόσο αν προκύπτει ευθύς εξαρχής ότι η επιχείρηση μεταφορών που ανήκει στην πόλη η οποία διοργανώνει την πρόσκληση για την υποβολή προσφορών και η οποία διαχειρίζεται το δίκτυο λεωφορείων έχει τη δυνατότητα να προσφέρει υλικό που πληροί τις επιβαλλόμενες προϋποθέσεις, δυνατότητα την οποία έχουν, λόγω των περιστάσεων, μόνον ελάχιστες επιχειρήσεις του σχετικού τομέα;»

IV — Ανάλυση

Το πρώτο προδικαστικό ερώτημα

31. Με το πρώτο ερώτημά του, το αιτούν δικαστήριο ερωτά κατ' ουσίαν το Δικαστήριο αν η οδηγία 93/38 πρέπει να ερμηνεύεται υπό την έννοια ότι εφαρμόζεται σε πραγματικά περιστατικά, όπως αυτά που περιγράφηκαν στη διάταξη περί παραπομπής. Η απάντηση που θα διατυπώσουμε στο ερώτημα αυτό πρέπει να παράσχει τη δυνατότητα στο αιτούν δικαστήριο να κρίνει ποια από τις οδηγίες 93/38 ή 92/50 εφαρμόζεται στο πλαίσιο της διαφοράς της κύριας δίκης.

Προκαταρκτικές παρατηρήσεις

32. Ορισμένοι παρεμβαίνοντες διάδικοι, μεταξύ των οποίων η Concordia και η Κυβέρνηση των Κάτω Χωρών, χωρίς να προβάλλουν τυπικά κάποιο λόγο περί απαραδέκτου, φρονούν ότι το πρώτο ερώτημα δεν επηρεάζει την απάντηση στο δεύτερο και στο τρίτο ερώτημα. Κατά τους διαδίκους αυτούς, οι διατάξεις τις οποίες αφορούν το δεύτερο και το τρίτο ερώτημα του αιτούντος δικαστηρίου είναι σχεδόν πανομοιότυπες σε αμφότερες τις οδηγίες. Συνεπώς, δεν είναι αναγκαίο να καθοριστεί εκ των προτέρων ποια από τις δύο οδηγίες εφαρμόζεται.

33. Θεωρώ όμως χρήσιμο να υπενθυμίσω ότι εναπόκειται, κατ' αρχήν, μόνο στο εθνικό δικαστήριο να εκτιμήσει τόσο την ανάγκη προδικαστικής αποφάσεως για να μπορεί να εκδώσει τη δική του απόφαση όσο και τη λυσιτέλεια των ερωτημάτων που υποβάλλει στο Δικαστήριο. Η άρνηση απαντήσεως σε προδικαστικό ερώτημα υποβληθέν από εθνικό δικαστήριο δεν είναι δυνατή παρά μόνον εφόσον προκύπτει προδήλως ότι η αιτούμενη ερμηνεία του κοινοτικού δικαίου δεν έχει καμία σχέση με το υποστατό ή το αντικείμενο της διαφοράς της κύριας δίκης, οσάκις το πρόβλημα είναι υποθετικής φύσεως ή ακόμα οσάκις το Δικαστήριο δεν διαθέτει τα πραγματικά ή νομικά στοιχεία που είναι αναγκαία προκειμένου να δώσει χρήσιμη απάντηση στα ερωτήματα που του υποβλήθηκαν [5].

5 — Απόφαση της 13ης Μαρτίου 2001, C-379/98, PreussenElektra (Συλλογή 2001, σ. I-2099, σκέψεις 38 και 39).

34. Τέτοιες εξαιρετικές περιστάσεις δεν συντρέχουν εν προκειμένω. Αντιθέτως, το αιτούν δικαστήριο καθορίζει σαφώς τη σχέση μεταξύ του πρώτου ερωτήματός του και της διαφοράς της κύριας δίκης, αναφέροντας ότι, «προκειμένου να καθοριστεί αν εν προκειμένω πρέπει να εφαρμοστεί το διάταγμα 243 ή το διάταγμα 567, πρέπει να υποβληθεί επίσης στο Δικαστήριο το ερώτημα αν η επίμαχη σύμβαση εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών 92/50 ή 93/38 [...]». Η άποψή μου είναι συνεπώς ότι πρέπει να δοθεί απάντηση στο πρώτο ερώτημα που υπέβαλε το αιτούν δικαστήριο.

Οι θέσεις των παρεμβαινόντων

35. Η *πόλη του Ελσίνκι*, καθώς και η *Φιλανδική*, η *Ελληνική* και η *Αυστριακή Κυβέρνηση*, φρονούν ότι εφαρμογή έχει η οδηγία 93/38. Η επιχειρηματολογία τους ισοδυναμεί, κατ' ουσίαν, με την άποψη ότι η επιχείρηση μεταφορών αποτελεί τμήμα του «συστήματος» της πόλης του Ελσίνκι. Δεδομένου ότι η πόλη του Ελσίνκι, συμπεριλαμβανομένης της επιχειρήσεώς της μεταφορών, αποτελεί «δημόσια αρχή» κατά το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο α', της οδηγίας 93/38, η οποία ασκεί δραστηριότητα διαλαμβανόμενη στην παράγραφο 2, στοιχείο γ', του ίδιου άρθρου, η εν λόγω οδηγία έχει εφαρμογή.

36. Προσθέτουν ότι το άρθρο 2, παράγραφος 4, της οδηγίας 93/38 δεν αντιφάσκει προς το συμπέρασμα αυτό. Συγκεκριμένα, κατ' αυτούς, η διάταξη αυτή δεν έχει εφαρμογή,

καθόσον δεν προκύπτει από τη διάταξη περί παραπομπής ότι άλλοι φορείς μπορούσαν ελεύθερα να παράσχουν την υπηρεσία μεταφοράς με λεωφορεία με τους ίδιους όρους όπως και ο αναθέτων φορέας.

37. Αντιθέτως, η *Concordia* και η *Επιτροπή* φρονούν ότι η οδηγία 92/50 έχει εφαρμογή. Η Επιτροπή τονίζει ότι από τη διάταξη περί παραπομπής προκύπτει ότι η πόλη του Ελσίνκι, οι επιτροπές της ή το γραφείο της εφοδιασμού δεν ασκούσαν την εκμετάλλευση δικτύων προοριζομένων να παράσχουν στο κοινό υπηρεσίες μεταφοράς, αλλά ήταν οι μονάδες παραγωγής της επιχειρήσεως μεταφορών που εκμεταλλεύονταν δίκτυα προοριζόμενα να παράσχουν στο κοινό υπηρεσίες μεταφοράς. Οι μονάδες αυτές όμως, χωριστές από την υπόλοιπη επιχείρηση μεταφορών, δεν αποτελούν αναθέτοντες φορείς όσον αφορά την επίμαχη στο πλαίσιο της κύριας δίκης σύμβαση.

38. Οι *Ολλανδική* και η *Σουηδική Κυβέρνηση* δεν λαμβάνουν θέση επί του πρώτου ερωτήματος.

39. Η *Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου* φρονεί ότι εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να καθορίσει, λαμβάνοντας υπόψη το άρθρο 2 της οδηγίας 93/38, ποια από τις δύο οδηγίες έχει εφαρμογή.

Εκτίμηση

40. Από το πρώτο ερώτημα οδηγούμαστε στην εξέταση του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 93/38.

41. Το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο α', της οδηγίας 93/38 προβλέπει ότι η οδηγία αυτή εφαρμόζεται στους αναθέτοντες φορείς «οι οποίοι είναι δημόσιες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις και ασκούν δραστηριότητα που αναφέρεται στην παράγραφο 2».

42. Εν προκειμένω, από τη διάταξη περί παραπομπής προκύπτει ότι η επιτροπή εμπορικών υπηρεσιών της πόλης του Ελσίνκι ήταν αρμόδια να αποφαίνεται επί της αναθέσεως μέσω διαγωνισμού των υπηρεσιών αστικών μαζικών μεταφορών. Ο αναθέτων φορέας στην υπόθεση της κύριας δίκης αποτελεί συνεπώς αναμφισβήτητα «δημόσια αρχή» υπό την έννοια του άρθρου 2, παράγραφος 1, στοιχείο α', της οδηγίας 93/38.

43. Για να έχει εφαρμογή η οδηγία 93/38 είναι, επιπλέον, αναγκαίο να ασκεί η δημόσια αυτή αρχή «δραστηριότητα που αναφέρεται στην παράγραφο 2». Η δραστηριότητα που μας ενδιαφέρει στην υπό κρίση υπόθεση είναι εκείνη που ορίζεται στο άρθρο 2, παράγραφος 2, στοιχείο γ', ήτοι «η εκμετάλλευση

δικτύων που παρέχουν υπηρεσίες στο κοινό στους τομείς των μεταφορών με [...] λεωφορεία [...]». Η διάταξη ορίζει εν συνεχεία, στο δεύτερο εδάφιό της, την έννοια του δικτύου ως ακολούθως: «Όσον αφορά τις υπηρεσίες μεταφορών, θεωρείται ότι υφίσταται δίκτυο όταν η υπηρεσία παρέχεται με τους όρους που ορίζονται από την αρμόδια αρχή ενός κράτους μέλους, όπως οι όροι που αφορούν τις ακολουθητέες διαδρομές, τη διαθέσιμη μεταφορική ικανότητα ή τη συχνότητα παροχής της υπηρεσίας».

44. Εντεύθεν προκύπτει, κατά τη γνώμη μου, ότι η οδηγία 93/38 έχει εφαρμογή επί δημόσιας αρχής η οποία εκμεταλλεύεται δίκτυο και η οποία, στο πλαίσιο αυτό, προτίθεται να συνάψει σύμβαση. Αντιθέτως, η γνώμη μου είναι ότι η οδηγία 93/38 δεν έχει εφαρμογή αν ένας αναθέτων φορέας προβαίνει σε πρόσκληση για την υποβολή προσφορών με σκοπό να αναθέσει σε άλλους την εκμετάλλευση του δικτύου αυτού.

45. Η Αυστριακή Κυβέρνηση, που φρονεί ότι η οδηγία 93/38 έχει εφαρμογή καθόσον «η εκμετάλλευση δημοσίου δικτύου λεωφορείων συνιστά αναμφίβολα παροχή υπηρεσιών στον τομέα των μεταφορών υπό την έννοια του άρθρου 2, παράγραφος 2, στοιχείο γ', της οδηγίας [93/38]» και η οποία διαπιστώνει ότι, «σύμφωνα με τη διάταξη περί παραπομπής [...], αντικείμενο της διαδικασίας προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών αποτελούσε η εκμετάλλευση ενός τέτοιου δικτύου», μου φαίνεται ότι υποστηρίζει τη θέση ότι η οδηγία 93/38 εφαρμόζεται επειδή η εκμετάλλευση του δικτύου αποτέλεσε αντικείμενο της επίδικης προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών.

46. Έχω ωστόσο την άποψη ότι μια τέτοια ερμηνεία του πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 93/38 δεν μπορεί να στηριχθεί στο κείμενο της οδηγίας αυτής.

47. Συγκεκριμένα, από το άρθρο 2, παράγραφος 1, προκύπτει ότι η οδηγία 93/38 εφαρμόζεται μόνον εφόσον ο αναθέτων φορέας *ασκεί δραστηριότητα*, στην περίπτωσή μας εκείνη της «εκμετάλλευσης δικτύων που παρέχουν υπηρεσίες στο κοινό στους τομείς των μεταφορών με [...] λεωφορεία [...]». Όπως προκύπτει από το άρθρο 2, παράγραφος 4, η δραστηριότητα αυτή ισοδυναμεί, πάντα στην περίπτωσή μας, με «την παροχή στο κοινό υπηρεσίας μεταφοράς με λεωφορεία».

48. Οι όροι όμως «εκμετάλλευση» και «παροχή» σημαίνουν ότι ο αναθέτων φορέας πρέπει ο ίδιος να παρέχει την υπηρεσία μεταφοράς με λεωφορεία. Δεν αρκεί συνεπώς ο αναθέτων φορέας, για να μπορεί να θεωρηθεί ότι εκμεταλλεύεται ένα δίκτυο, να ορίζει, για παράδειγμα, το ακολουθητέο δρομολόγιο ή τη συχνότητα της υπηρεσίας. Συγκεκριμένα, από το άρθρο 2, παράγραφος 2, στοιχείο γ', δεύτερο εδάφιο, προκύπτει ότι ο καθορισμός των όρων σχετικά με το ακολουθητέο δρομολόγιο κ.λπ. δεν ισοδυναμεί με την εκμετάλλευση ενός δικτύου, αλλά μόνο με τη δημιουργία ή τον ορισμό του. Με άλλα λόγια, το να *εκμεταλλεύεσαι* στο δίκτυο σημαίνει να το θέτεις ο ίδιος σε λειτουργία με τη βοήθεια, κατ' αρχήν, του προσωπικού σου και των λεωφορείων σου.

49. Επομένως, η οδηγία εφαρμόζεται αν ο αναθέτων φορέας εκμεταλλεύεται ο ίδιος ένα

δίκτυο λεωφορείων και δημοσιεύει, κατά την άσκηση της δραστηριότητας αυτής, μια πρόσκληση για την υποβολή προσφορών, για παράδειγμα, για την αγορά λεωφορείων [6]. Αντιθέτως, αν ένας αναθέτων φορέας δημοσιεύει πρόσκληση για την υποβολή προσφορών με αντικείμενο να *αναθέσει σε τρίτο την εκμετάλλευση* ενός δικτύου, ο φορέας αυτός δεν ενεργεί στο πλαίσιο της ασκήσεως δραστηριότητας συνισταμένης στην εκμετάλλευση δικτύου.

50. Η ερμηνεία αυτή επιβεβαιώνεται όχι μόνο από το άρθρο 2 της οδηγίας 93/38, αλλά και από τον κατάλογο των υπηρεσιών που μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών διεπομένης από την ίδια αυτή οδηγία. Συναφώς, τα άρθρα 15 και 16 της οδηγίας παραπέμπτουν στα παραρτήματα XVI A και XVI B. Οι υπηρεσίες που απαριθμούνται εκεί λεπτομερειακά αποτελούν υπηρεσίες οι οποίες προορίζονται σαφώς για την υποστήριξη της δραστηριότητας την οποία ασκεί ο αναθέτων φορέας και η οποία ορίζεται στο άρθρο 2, παράγραφος 2, της οδηγίας. Αντιθέτως, δεν περιλαμβάνεται στην απαρίθμηση αυτή υπηρεσία παρόμοια με εκείνη που αποτέλεσε αντικείμενο της επίδικης προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών, ήτοι με την εκμετάλλευση δικτύου λεωφορείων.

51. Επιπλέον, θεωρώ ότι δεν επιτρέπεται να δοθεί διασταλτική ερμηνεία στην οδηγία 93/38 προκειμένου να περιληφθεί στο πεδίο εφαρμογής της μια πρόσκληση για την υποβολή προσφορών που έχει ως αντικείμενο τη δραστηριότητα η οποία περιγράφεται στο άρθρο 2, παράγραφος 2, στοιχείο γ', της οδηγίας.

52. Συγκεκριμένα, η οδηγία 93/38 συνιστά εξαίρεση από τους γενικούς κανόνες οι οποίοι, όσον αφορά τις συμβάσεις υπηρεσιών, καθορίζονται από την οδηγία 92/50. Τούτο επιβεβαιώνεται από την απόφαση Telaustria και Telefonadress [7], με την οποία το Δικαστήριο έκρινε, στη σκέψη 33, ότι, «όταν η διέπουσα ειδικό τομέα υπηρεσιών οδηγία 93/38 αφορά δημόσια σύμβαση, οι διατάξεις της οδηγίας 92/50, οι οποίες εφαρμόζονται γενικώς στις υπηρεσίες, δεν έχουν εφαρμογή».

53. Κατά πάγια όμως νομολογία, οι εξαιρέσεις πρέπει να ερμηνεύονται στενά [8], πράγμα το οποίο σημαίνει, εν προκειμένω, ότι δεν μπορεί να δοθεί διασταλτική ερμηνεία όσον αφορά το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 93/38.

54. Μια πρόσκληση για την υποβολή προσφορών που έχει ως αντικείμενο να ανατεθεί σε τρίτο η εκμετάλλευση ενός δικτύου λεωφορείων δεν καλύπτεται συνεπώς από την οδηγία 93/38. Αντιθέτως, καλύπτεται από την οδηγία 92/50, αν πληρούνται όλες οι προϋποθέσεις που θέτει η τελευταία αυτή οδηγία.

6 — Βλ., συναφώς, απόφαση της 24ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου (Συλλογή 1996, σ. I-2043). Στην υπόθεση αυτή, η société régionale wallonne du transport, ως δημόσια επιχείρηση εκμεταλλευόμενη δίκτυο προοριζόμενο για την παροχή υπηρεσιών στο κοινό στον τομέα της μεταφοράς με λεωφορεία, είχε, βάσει της οδηγίας 90/531 η οποία εν συνεχεία αντικαταστάθηκε από την οδηγία 93/38, δημοσιεύσει πρόσκληση για την υποβολή προσφορών με αντικείμενο τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως προμηθειών σχετικά με 307 συνήθη λεωφορεία.

7 — Απόφαση της 7ης Δεκεμβρίου 2000, C-324/98 (Συλλογή 2000, σ. I-10745).

8 — Προπαρατεθείσα απόφαση Evans Medical και Macfarlan Smith, σκέψη 48.

55. Με τη διευκρίνιση αυτή δεν παρέχεται, ωστόσο, απάντηση στο πρώτο ερώτημα που υπέβαλε το αιτούν δικαστήριο. Συγκεκριμένα, όπως προανέφερα, πολλοί από τους παρεμβάντες διαδίκους αναφέρονται όχι στο αντικείμενο της προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών, αλλά στο γεγονός ότι η επιχείρηση μεταφορών (της οποίας η HKL συνιστά μια μονάδα) αποτελεί τμήμα του «συστήματος» της πόλης του Ελσίνκι. Οι ως άνω διάδικοι συνάγουν εντεύθεν ότι, στον βαθμό που μια συγκοινωνιακή γραμμή θα ανετίθετο στην HKL, η πόλη του Ελσίνκι θα ασκούσε δραστηριότητα εκμεταλλεύσεως δικτύου λεωφορείων υπό την έννοια του άρθρου 2, παράγραφος 2, στοιχείο γ', της οδηγίας 93/38 και, συνεπώς, θα εφαρμοζόταν η οδηγία αυτή.

56. Ούτε όμως το επιχείρημα αυτό μπορεί να γίνει δεκτό.

57. Επιβάλλεται η διαπίστωση, κατ' αρχάς, ότι το αιτούν δικαστήριο ερωτά το Δικαστήριο σχετικά με το ποια οδηγία έχει εφαρμογή σε μια συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση υπηρεσιών. Το αιτούν δικαστήριο στηρίζεται συνεπώς προδήλως στην παραδοχή ότι υφίσταται πράγματι δημόσια σύμβαση και δεν είμαστε αρμόδιοι να θέσουμε εν αμφιβόλω την εκτίμηση αυτή.

58. Η ουσία όμως μιας δημόσιας συμβάσεως υπηρεσιών, είτε πρόκειται για σύμβαση διεπόμενη από την οδηγία 92/50 είτε από την οδηγία 93/38, συνίσταται στο γεγονός ότι πρόκειται για σύμβαση συναπτόμενη εξ επαχθούς αιτίας και εγγράφως μεταξύ ενός αναθέτοντος φορέα (ή μιας αναθέτουσας αρχής), αφενός, και ενός παρέχοντος υπηρεσίες, αφετέρου [9].

59. Επομένως, για να μην αγνοηθεί αυτό το ουσιώδες χαρακτηριστικό μιας δημόσιας συμβάσεως, πρέπει να θεωρηθεί ότι η HKL αποτελεί φορέα χωριστό από την πόλη του Ελσίνκι. Συγκεκριμένα, θα αποτελούσε άρνηση της ίδιας της εννοίας της δημοσίας συμβάσεως το να θεωρηθεί ότι η πόλη του Ελσίνκι ήταν ταυτόχρονα αναθέτων φορέας και ο παρέχων υπηρεσίες.

60. Επομένως, αν η πόλη του Ελσίνκι είναι, μέσω της επιτροπής εμπορικών υπηρεσιών, ο αναθέτων φορέας, η HKL δεν μπορεί, εξ ορισμού, να είναι ο φορέας αυτός. Ομοίως, αν η HKL είναι ο παρέχων υπηρεσίες που εκμεταλλεύεται το δίκτυο λεωφορείων, η πόλη του Ελσίνκι δεν μπορεί, εξ ορισμού, να το πράττει αυτό η ίδια. Δεδομένου συνεπώς ότι η πόλη του Ελσίνκι δεν ασκεί τη δραστηριότητα που συνίσταται στην εκμετάλλευση δικτύου λεωφορείων, όπως απαιτεί το άρθρο 2, παράγραφος 2, στοιχείο γ', της οδηγίας 93/38, πρέπει να συναχθεί το συμπέρασμα ότι η οδηγία αυτή δεν έχει εφαρμογή.

61. Προτείνω συνεπώς να δοθεί στο πρώτο ερώτημα η απάντηση ότι οι διατάξεις περί του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 93/38 και, ειδικότερα, το άρθρο της 2, παράγραφοι 1,

9 — Βλ. άρθρα 1, στοιχείο α', της οδηγίας 92/50 και 1, παράγραφος 4, της οδηγίας 93/38.

στοιχείο α', 2, στοιχείο γ', και 4, δεν πρέπει να ερμηνεύονται υπό την έννοια ότι η εν λόγω οδηγία εφαρμόζεται στη διαδικασία που ακολούθησε ένας δήμος, ως αναθέτων φορέας, στο πλαίσιο συμβάσεως σχετικής με την εκμετάλλευση υπηρεσίας αστικών λεωφορείων, εφόσον:

— ο δήμος είναι αρμόδιος, στην περιφέρειά του, για τον σχεδιασμό, την ανάπτυξη, την εκτέλεση και την οργάνωση εν γένει, καθώς και την εποπτεία, των υπηρεσιών μαζικής μεταφοράς,

— ο δήμος διαθέτει, για την εκτέλεση των προαναφερθέντων έργων, μια επιτροπή υπηρεσιών μαζικής μεταφοράς και μια δημοτική επιχείρηση μεταφορών η οποία υπάγεται στην επιτροπή αυτή,

— η δημοτική επιχείρηση διαθέτει μια μονάδα σχεδιασμού, ενεργούσα ως εντελλομένη, η οποία προετοιμάζει και θέτει υπόψη της επιτροπής υπηρεσιών μαζικής μεταφοράς προτάσεις σχετικά με τις συγκοινωνιακές γραμμές που πρέπει να αποτελέσουν αντικείμενο διαγωνισμού και σχετικά με το απαιτούμενο ποιοτικό επίπεδο των υπηρεσιών, και

— η δημοτική επιχείρηση μεταφορών διαθέτει παραγωγικές μονάδες χωριστές από οικονομικής απόψεως από την υπόλοιπη επιχείρηση και, μεταξύ άλλων, μία μονάδα η οποία ειδικεύεται στις μεταφορές με λεωφορεία και μετέχει στις σχετικές με τις μεταφορές αυτές προσκλήσεις για την υποβολή προσφορών;

Το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα

62. Με το δεύτερο ερώτημά του, το αιτούν δικαστήριο ερωτά, κατ' ουσίαν, αν το άρθρο 36, παράγραφος 1, της οδηγίας 92/50 ή το άρθρο 34, παράγραφος 1, της οδηγίας 93/38 επιτρέπουν να περιλαμβάνεται, μεταξύ των κριτηρίων της συνάψεως της συμβάσεως βάσει της πλέον συμφέρουσας οικονομικά προσφοράς, η μείωση των εκπομπών μονοξειδίου του αζώτου ή του επιπέδου θορύβου οπότε, αν οι εκπομπές μονοξειδίου του αζώτου ή το επίπεδο θορύβου ορισμένων οχημάτων είναι κατώτερα από ορισμένο όριο, μπορούν να χορηγούνται πρόσθετες μονάδες για τη σύγκριση των προσφορών.

Η θέση των παρεμβάντων

63. Η *Concordia* φρονεί ότι, σε μια διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, τα κριτήρια λήψεως αποφάσεως πρέπει πάντοτε να είναι οικονομικά εκ φύσεως, σύμφωνα με το γράμμα της οδηγίας 92/50. Αν ο σκοπός της

αναθέτουσας αρχής ήταν να λάβει υπόψη οικολογικής ή άλλης φύσεως ζητήματα, έπρεπε να χρησιμοποιήσει άλλη διαδικασία και όχι εκείνη της δημόσιας προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών.

64. Αντιθέτως, *όλοι οι λοιποί παρεμβάντες* υποστηρίζουν ότι επιτρέπεται να συμπεριλαμβάνονται κριτήρια οικολογικής φύσεως μεταξύ των κριτηρίων συνάψεως μιας συμβάσεως. Αναφέρονται, μεταξύ άλλων, στο γεγονός ότι το άρθρο 36, παράγραφος 1, της οδηγίας 92/50 και το άρθρο 34, παράγραφος 1, της οδηγίας 93/38 απαριθμούν μόνον ενδεικτικώς κάποια στοιχεία τα οποία ο αναθέτων φορέας μπορεί να λάβει υπόψη οσάκις συνάπτει σύμβαση, στο άρθρο 6 ΕΚ το οποίο απαιτεί την ένταξη της οικολογικής πολιτικής στις άλλες πολιτικές της Κοινότητας και, τέλος, στις προπαρατεθείσες αποφάσεις Beentjes και Evans Medical και Macfarlan Smith, οι οποίες κατ' αυτούς επιτρέπουν την επιλογή των κριτηρίων τα οποία ο αναθέτων φορέας θεωρεί προσήκοντα οσάκις προβαίνει στην εκτίμηση των υποβληθεισών προσφορών.

65. Με τις διάφορες εκφράσεις της απόψεως αυτής δεν τονίζονται ωστόσο τα ίδια ζητήματα.

66. Έτσι, η *πόλη του Ελσίνκι*, υποστηριζόμενη από τη *Φινλανδική Κυβέρνηση*, τονίζει ότι είναι προς το συμφέρον της και προς το συμφέρον των κατοίκων της ο κατά το δυνατόν περιορισμός των επιβλαβών εκπομπών. Συγκεκριμένα, για την πόλη του Ελσίνκι, η οποία έχει την ευθύνη της προστασίας του περιβάλλοντος στην περιφέρειά της, θα προέκυπταν άμεσες οικονομίες, ειδικότερα στον ιατροασφαλιστικό τομέα, οι οποίες θα αντιπροσώπευαν περίπου το 50 % του συνολικού προϋπολογισμού της. Οι παράγοντες που συμβάλλουν, έστω και σε μικρό βαθμό, στη βελτίωση της συνολικής καταστάσεως της υγείας του πληθυσμού επιτρέπουν τη μείωση των δαπανών αυτών ταχέως και σε σημαντικά ποσοστά.

67. Η *Ελληνική Κυβέρνηση* προσθέτει ότι η εξουσία εκτιμήσεως που παρέχεται στις εθνικές αρχές, όσον αφορά την επιλογή των κριτηρίων συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, προϋποθέτει ότι η επιλογή αυτή δεν είναι αυθαίρετη και ότι τα κριτήρια που λαμβάνονται υπόψη δεν παραβαίνουν διατάξεις της Συνθήκης και ιδίως θεμελιώδεις αρχές της, όπως είναι το δικαίωμα εγκαταστάσεως, η ελεύθερη παροχή των υπηρεσιών και η απαγόρευση των διακρίσεων λόγω ιθαγενείας.

68. Η *Ολλανδική Κυβέρνηση* διευκρινίζει ότι τα κριτήρια συνάψεως της συμβάσεως που εφαρμόζει η αναθέτουσα αρχή πρέπει πάντοτε να έχουν οικονομική διάσταση. Φρονεί, ωστόσο, ότι η προϋπόθεση αυτή πληρούται εν προκειμένω, καθόσον η πόλη του Ελσίνκι αποτελεί ταυτόχρονα την αναθέτουσα αρχή και τον οργανισμό που έχει την οικονομική ευθύνη της πολιτικής του περιβάλλοντος.

69. Η *Αυστριακή Κυβέρνηση* φρονεί ότι οι οδηγίες περί της συνάψεως των δημοσίων

συμβάσεων θέτουν βασικούς περιορισμούς στην επιλογή των κριτηρίων εκτιμήσεως. Αφενός, τα κριτήρια που επιλέγει ο αναθέτων φορέας πρέπει να έχουν σχέση με τη σύμβαση που πρόκειται να συναφθεί και να επιτρέπουν τον καθορισμό της οικονομικά πλέον συμφέρουσας για τον αναθέτοντα φορέα προσφοράς. Αφετέρου, τα επιλεγέντα κριτήρια πρέπει να μπορούν να κατευθύνουν την εξουσία εκτιμήσεως που αναγνωρίζεται στον αναθέτοντα φορέα σε αντικειμενική βάση και δεν πρέπει να περιέχουν στοιχεία αυθαίρετης επιλογής.

70. Επιπλέον, κατά την Αυστριακή Κυβέρνηση, τα κριτήρια εκτιμήσεως πρέπει να συνδέονται άμεσα με το αντικείμενο της συμβάσεως, να έχουν αντικειμενικά μετρήσιμα αποτελέσματα και να είναι ποσοτικοποιήσιμα από οικονομικής απόψεως.

71. Υπό το ίδιο πνεύμα, η *Σουηδική Κυβέρνηση* υποστηρίζει ότι η επιλογή στην οποία μπορεί να προβεί ο αναθέτων φορέας είναι περιορισμένη, στον βαθμό που τα κριτήρια συνάψεως της συμβάσεως πρέπει να έχουν σχέση με τη σύμβαση αυτή και να είναι προσήκοντα για τον καθορισμό της από οικονομικής απόψεως πλέον συμφέρουσας προσφοράς. Προσθέτει ότι τα κριτήρια αυτά πρέπει επίσης να είναι σύμφωνα προς τους κανόνες της Συνθήκης περί της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων και των υπηρεσιών.

72. Κατά την *Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου*, οι διατάξεις των άρθρων 36, παράγραφος 1, της οδηγίας 92/50 και 34, παράγραφος 1, της οδηγίας 93/38 πρέπει να ερμηνεύονται υπό την έννοια ότι, κατά τη διοργάνωση μιας διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως για την εκμετάλλευση υπηρεσιών μεταφορών με λεωφορεία, η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας μπορεί, μεταξύ άλλων κριτηρίων συνάψεως της συμβάσεως, να λάβει υπόψη περιβαλλοντικά κριτήρια για να εκτιμήσει την οικονομικά πλέον συμφέρουσα προσφορά, εφόσον τα κριτήρια αυτά επιτρέπουν σύγκριση όλων των προσφορών, συνδέονται με τις υπηρεσίες που πρόκειται να παρασχεθούν και έχουν δημοσιευθεί εκ των προτέρων.

73. Τέλος, η *Επιτροπή* φρονεί ότι τα κριτήρια συνάψεως της συμβάσεως που μπορούν να λαμβάνονται υπόψη για να εκτιμηθεί η οικονομικά πλέον συμφέρουσα προσφορά πρέπει να πληρούν τέσσερις προϋποθέσεις. Τα κριτήρια αυτά πρέπει:

— να είναι αντικειμενικά,

— να εφαρμόζονται σε όλες τις προσφορές,

— να συνδέονται στενά με το αντικείμενο της συμβάσεως και

— να συνεπάγονται άμεσο οικονομικό όφελος υπέρ της αναθέτουσας αρχής.

Εκτίμηση

74. Για να δοθεί απάντηση στο δεύτερο ερώτημα, πρέπει, πρώτον, να εξεταστεί το κείμενο της οδηγίας 92/50, το οποίο θεωρούμε ότι εφαρμόζεται εν προκειμένω.

75. Σύμφωνα με το άρθρο 36, παράγραφος 1, στοιχείο α', της οδηγίας 92/50, «[...] τα κριτήρια βάσει των οποίων οι αναθέτουσες αρχές αναθέτουν τις συμβάσεις μπορεί να είναι [...], όταν η σύμβαση ανατίθεται στην πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, διάφορα μεταβλητά κριτήρια που συνδέονται με τη συγκεκριμένη σύμβαση: *π.χ.* [10], η ποιότητα, τα τεχνικά πλεονεκτήματα, τα αισθητικά και λειτουργικά χαρακτηριστικά, η τεχνική υποστήριξη και εξυπηρέτηση, μετά την πώληση, η ημερομηνία παράδοσης και η προσθεσμία παράδοσης ή εκτέλεσης, η τιμή».

76. Η πόλη του Ελσίνκι ισχυρίζεται ότι τα κριτήρια σχετικά με τις εκπομπές μονοξειδίου του αζώτου και τον θόρυβο εμπίπτουν στην κατηγορία «ποιότητα» και «τεχνικά πλεονεκτήματα» που διαλαμβάνονται ρητώς στις προπαρατεθείσες διατάξεις. Η Επιτροπή αναφέρει, στο ίδιο το κείμενο της απαντήσεως που προτείνει για το δεύτερο ερώτημα, «ορισμένα χαρακτηριστικά του υλικού».

77. Κατά τη γνώμη μου, είναι απολύτως ορθό να εξεταστεί το πρόβλημα υπό το πρίσμα αυτό. Τα σχετικά με τις εκπομπές κριτήρια συνδέονται αναπόσπαστα με τη μορφή του υλικού με το οποίο η πόλη του Ελσίνκι επιθυμεί να λειτουργήσει την υπηρεσία λεωφορείων. Δεν μπορεί να απαγορευθεί σε μια αναθέτουσα αρχή να επιβάλει τη χρησιμοποίηση υλικού το οποίο αντιστοιχεί στις βέλτιστες διαθέσιμες τεχνικές («state of the art»), έστω και αν προσδίδει ιδιαίτερη σημασία σε μια από τις ιδιότητες του υλικού αυτού, ήτοι στα χαρακτηριστικά του σχετικά με τις εκπομπές αερίων και στον θόρυβο των κινητήρων.

78. Γενικότερα, πρέπει να παρατηρηθεί ότι, αν η πόλη του Ελσίνκι είχε διευκρινίσει ευθέως στην πρόσκληση για την υποβολή προσφορών ότι η εκμετάλλευση του δικτύου έπρεπε να πραγματοποιηθεί αποκλειστικά με λεωφορεία λειτουργούντα με φυσικό αέριο, θα επρόκειτο για «τεχνική προδιαγραφή» σχετικά με τα «χαρακτηριστικά των υπηρεσιών που αποτελούν αντικείμενο της συμβάσεως», υπό την έννοια του πράσινου βιβλίου της Επιτροπής του 1996, το οποίο παραθέτει η Επιτροπή [11].

79. Η Επιτροπή παραθέτει επίσης την ανακοίνωσή της «Οι δημόσιες συμβάσεις στην Ευρωπαϊκή Ένωση» [12], όπου είχε διευκρινίσει ότι:

«Γενικώς, κάθε διοικητική υπηρεσία που το επιθυμεί μπορεί, κατά τον ορισμό των προ-

10 — Η υπογράμμιση δική μου.

11 — Οι δημόσιες συμβάσεις στην Ευρωπαϊκή Ένωση: κατευθύνσεις και προβληματισμοί για το μέλλον [COM(96) 583 τελικό] της 27ης Νοεμβρίου 1996, παράγραφος 5.49.

12 — COM(98) 143 τελικό της 11ης Μαρτίου 1998.

ϊόντων ή των υπηρεσιών που προτίθεται να αγοράσει, να επιλέξει τα προϊόντα και τις υπηρεσίες που αντιστοιχούν στα περιβαλλοντικά ζητήματα που την απασχολούν. Τα ληφθέντα μέτρα πρέπει, προφανώς, να είναι σύμφωνα προς τους κανόνες και τις αρχές της Συνθήκης, ιδίως προς την αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων.»

80. Η δυνατότητα όμως να πράξεις κάτι περικλείει τη δυνατότητα να πράξεις κάτι λιγότερο. Εφόσον η αναθέτουσα αρχή μπορεί αυτεπαγγέλτως να καθορίσει ότι τα λεωφορεία πρέπει να λειτουργούν με φυσικό αέριο μπορεί επίσης, στο πλαίσιο των κριτηρίων εκτιμήσεως, να χορηγήσει ορισμένες μονάδες στις επιχειρήσεις που μπορούν να παράσχουν την υπηρεσία αυτή με λεωφορεία τα οποία τηρούν ιδιαίτερα αυστηρές προδιαγραφές ρυπάνσεως, τις οποίες μόνο τέτοιου είδους λεωφορεία είναι σε θέση να πληρούν.

81. Επομένως, είμαι της γνώμης ότι η συζήτηση θα μπορούσε να καταλήξει σε συμπεράσματα με βάση τα προεκτεθέντα και μόνο.

82. Αν ωστόσο το Δικαστήριο θεωρεί ότι τα επίδικα κριτήρια πρέπει να εξεταστούν κατά τρόπο αφηρημένο, ήτοι ανεξάρτητα από την τεχνική τους βάση, τότε είναι δυνατόν, κατά τη γνώμη μου, να συναχθεί από το άρθρο 36, παράγραφος 1, στοιχείο α', της οδηγίας 92/50 και, ιδίως, από την ενδεικτική απαρίθμηση των κριτηρίων ότι οι οδηγίες δεν αποκλείουν a priori κάθε δυνατότητα χρησιμοποιήσεως ενός κριτηρίου οικολογικής φύσεως, όπως το εν προκειμένω κριτήριο, για να συναφθεί μια δημόσια σύμβαση. Για να καθοριστεί σε ποιο βαθμό επιτρέπεται να λαμβάνεται υπόψη ένα τέτοιο κριτήριο, είναι ωστόσο χρήσιμο να εξεταστεί, δεύτερον, η νομολογία του Δικαστηρίου που αφορά αυτές ή παρόμοιες διατάξεις.

83. Οι δύο αποφάσεις στις οποίες αναφέρθηκαν περισσότερο οι διάδικοι είναι οι προπαρατεθείσες αποφάσεις Beentjes, αφενός, και Evans Medical και Macfarlan Smith, αφετέρου.

84. Στην προπαρατεθείσα απόφαση Beentjes το Δικαστήριο, αναλύοντας την οδηγία 71/305/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 26ης Ιουλίου 1971, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων [13], αποφάνθηκε επί του αποκλεισμού ενός προσφέροντος λόγω του ότι δεν ήταν σε θέση να απασχολήσει μακροχρόνιους ανέργους. Συναφώς, το Δικαστήριο διαπίστωσε κατ' αρχάς ότι «μια τέτοια προϋπόθεση δεν αναφέρεται ούτε στον έλεγχο της καταλληλότητας των εργοληπτών βάσει της οικονομικής, χρηματοδοτικής και τεχνικής ικανότητάς τους, ούτε στα κριτήρια αναθέσεως του έργου, για τα οποία γίνεται λόγος στο άρθρο 29 της οδηγίας» [14].

85. Ωστόσο, το Δικαστήριο δεν θεώρησε ότι η προϋπόθεση ήταν ασύμβατη προς την οδη-

13 — ΕΕ ειδ. έκδ. 17/001, σ. 7.

14 — Προπαρατεθείσα απόφαση Beentjes, σκέψη 28.

γία 71/305. Συγκεκριμένα, συνέχισε τη συλλογιστική του αναφέροντας ότι «από την [...] απόφαση της 9ης Ιουλίου 1987 [CEI και Bellini] [15] προκύπτει ότι μια τέτοια διάταξη, για να συμβιβάζεται προς την οδηγία, πρέπει να συνάδει με όλες τις σχετικές διατάξεις του κοινοτικού δικαίου και ιδίως με τις απαγορεύσεις που απορρέουν από τις αρχές που θεσπίζει η Συνθήκη, όσον αφορά το δικαίωμα εγκαταστάσεως και την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών» [16].

86. Επιπλέον, κατά το Δικαστήριο, «ακόμη κι αν τα κριτήρια για τα οποία έγινε λόγος προηγουμένως δεν είναι, από τη φύση τους, αντίθετα προς την οδηγία, πρέπει κατά την εφαρμογή τους να τηρούνται όλοι οι διαδικαστικοί κανόνες της οδηγίας και ιδίως οι κανόνες δημοσιότητας που περιέχονται σ' αυτή» [17].

87. Εν συνεχεία, με την προπαρατεθείσα απόφαση Evans Medical και Macfarlan Smith, το Δικαστήριο, αναφερόμενο στην προπαρατεθείσα απόφαση Beentjes, έκρινε ότι «η επιλογή της οικονομικά συμφερότερης προσφοράς αφήνει στα κράτη μέλη την επιλογή των κριτηρίων συνάψεως της συμβάσεως, επιλογή η οποία, πάντως, μπορεί να αφορά μόνον τα κριτήρια για τον προσδιορισμό της οικονομικώς συμφερότερης προσφοράς» [18]. Εντεύθεν συνήγαγε ότι «η ασφάλεια του εφοδιασμού μπορεί να περιληφθεί στα κριτήρια που λαμβάνονται υπόψη κατά το άρθρο 25 της οδηγίας [77/62/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1976, περί συντονισμού των διαδικασιών συνάψεως συμβάσεων κρατικών προμηθειών [19], όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 88/295/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 22ας Μαρτίου 1988 [20]], για τον προσδιορισμό της οικονομικά συμφερότερης προσφοράς [...]» [21].

88. Πλέον των δύο αυτών αποφάσεων, πρέπει να ληφθεί υπόψη στο πλαίσιο της αναλύσεώς μας η πρόσφατη απόφαση της 26ης Σεπτεμβρίου 2000, C-225/98, Επιτροπή κατά Γαλλίας [22]. Με την απόφαση αυτή, το Δικαστήριο έκρινε τα εξής:

«Πρέπει να υπομνησθεί ότι, σύμφωνα με το άρθρο 30, παράγραφος 1, της οδηγίας 93/37, τα κριτήρια βάσει των οποίων οι αναθέτουσες αρχές αναθέτουν τα δημόσια έργα είναι είτε αποκλειστικά η χαμηλότερη τιμή είτε, αν η ανάθεση γίνεται στον υποβάλλοντα την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, διάφορα κριτήρια ανάλογα με το αντικείμενο της οικείας συμβάσεως, όπως η τιμή, η προθεσμία εκτελέσεως, τα έξοδα λειτουργίας, η αποδοτικότητα, η τεχνική αξία.

Πάντως, η διάταξη αυτή δεν στερεί εντελώς από τις αναθέτουσες αρχές τη δυνατότητα να χρησιμοποιήσουν ως κριτήριο έναν όρο που συνδέεται με την καταπολέμηση της

15 — 27/86 έως 29/86, Συλλογή 1987, σ. 3347.

16 — Προπαρατεθείσα απόφαση Beentjes, σκέψη 29.

17 — Προπαρατεθείσα απόφαση Beentjes, σκέψη 31.

18 — Προπαρατεθείσα απόφαση Evans Medical και Macfarlan Smith, σκέψη 42.

19 — ΕΕ ειδ. έκδ. 17/001, σ. 24.

20 — ΕΕ L 127, σ. 1.

21 — Προπαρατεθείσα απόφαση Evans Medical και Macfarlan Smith, σκέψη 44.

22 — Συλλογή 2000, σ. I-7445.

ανεργίας, υπό την προϋπόθεση ότι ο όρος αυτός τηρεί όλες τις θεμελιώδεις αρχές του κοινοτικού δικαίου και, κυρίως, την αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων, όπως αυτή απορρέει από τις διατάξεις της Συνθήκης σχετικά με το δικαίωμα εγκαταστάσεως και την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών (βλ., υπό την έννοια αυτή, την προπαρατεθείσα απόφαση Beentjes, σκέψη 29).

Επιπλέον, ακόμη και αν το κριτήριο αυτό δεν είναι αφεαυτού ασυμβίβαστο προς την οδηγία 93/37, πρέπει κατά την εφαρμογή του να τηρούνται όλοι οι διαδικαστικοί κανόνες της οδηγίας αυτής και ιδίως οι κανόνες δημοσιότητας που περιέχονται σ' αυτήν (βλ., υπό την έννοια αυτή, όσον αφορά την οδηγία 71/305, την προπαρατεθείσα απόφαση Beentjes, σκέψη 31). Επομένως, ένα κριτήριο αναθέσεως που συνδέεται με την καταπολέμηση της ανεργίας πρέπει να μνημονεύεται ρητώς στην προκήρυξη του διαγωνισμού, ώστε να είναι οι εργολήπτες σε θέση να πληροφορηθούν την ύπαρξη της προϋποθέσεως αυτής (βλ., υπό την έννοια αυτή, προπαρατεθείσα απόφαση Beentjes, σκέψη 36)» [23].

89. Μολονότι οι αποφάσεις αυτές αφορούν οδηγίες περί συμβάσεων δημοσίων έργων (προπαρατεθείσες αποφάσεις Beentjes και Επιτροπή κατά Γαλλίας) και προμηθειών (προπαρατεθείσα απόφαση Evans Medical και Macfarlan Smith), η συλλογιστική που ακολουθεί σ' αυτές το Δικαστήριο ισχύει αναμφισβήτητα και για τις οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών.

90. Συγκεκριμένα, όπως το Δικαστήριο διαπίστωσε με την προπαρατεθείσα απόφαση Evans Medical και Macfarlan Smith, «[η νομολογία Beentjes], η οποία αφορά συνάψεις συμβάσεων δημοσίων έργων, εφαρμόζεται και επί συμβάσεων προμηθειών του Δημοσίου καθόσον, επ' αυτού του σημείου, δεν υφίστανται διαφορές μεταξύ των δύο αυτών τύπων συμβάσεων» [24]. Επιβάλλεται ομοίως η διαπίστωση αυτής της ελλείψεως διαφορών σε σχέση με τις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών.

91. Όσον αφορά την εφαρμογή της νομολογίας αυτής στο πρόβλημα που μας απασχολεί, θεωρώ ότι μπορεί αναμφισβήτητα να συναχθεί από τις προπαρατεθείσες αποφάσεις ότι ένα κριτήριο οικολογικής φύσεως μπορεί να περιλαμβάνεται μεταξύ των κριτηρίων συνάψεως συμβάσεως υπηρεσιών. Συγκεκριμένα, το κοινό σημείο στις προπαρατεθείσες αποφάσεις Beentjes και Επιτροπή κατά Γαλλίας έγκειται, κατά τη γνώμη μου, στο γεγονός ότι το Δικαστήριο αναγνώρισε με τις αποφάσεις αυτές ότι είναι θεμιτό να περιλαμβάνεται ένα κριτήριο που εξυπηρετεί το γενικό συμφέρον μεταξύ των κριτηρίων συνάψεως μιας δημοσίας συμβάσεως. Στην προπαρατεθείσα απόφαση Beentjes, επρόκειτο για μια υποχρέωση του προσφέροντος να απασχολήσει μακροχρόνιους ανέργους ενώ στην προπαρατεθείσα απόφαση Επιτροπή κατά Γαλλίας, επίμαχη ήταν μια προϋπόθεση συνδεόμενη με μια τοπική δράση καταπολέμησης της ανεργίας.

92. Είναι όμως αναμφισβήτητο ότι η προστασία του περιβάλλοντος αποτελεί επίσης κριτήριο που εξυπηρετεί το γενικό συμφέρον. Αρκεί συναφώς να γίνει αναφορά στο

23 — Προπαρατεθείσα απόφαση Επιτροπή κατά Γαλλίας, σκέψεις 49 έως 51.

24 — Προπαρατεθείσα απόφαση Evans Medical και Macfarlan Smith, σκέψη 43.

άρθρο 6 ΕΚ, σύμφωνα με το οποίο «οι απαιτήσεις της περιβαλλοντικής προστασίας πρέπει να ενταχθούν στον καθορισμό και την εφαρμογή των κοινοτικών πολιτικών και δράσεων που αναφέρονται στο άρθρο 3, ιδίως προκειμένου να προωθηθεί η αειφόρος ανάπτυξη».

93. Η ιδέα ότι ορισμένα κριτήρια που εξυπηρετούν το γενικό συμφέρον μπορούν να περιλαμβάνονται μεταξύ των κριτηρίων συνάψεως μια δημοσίας συμβάσεως μου φαίνεται εξάλλου ότι ανταποκρίνεται σε ορισμένη λογική, αν όχι σε μια αναμφισβήτητη λογική. Συγκεκριμένα, δεδομένου ότι οι δημόσιες αρχές έχουν εκ φύσεως ως αποστολή την εξυπηρέτηση του γενικού συμφέροντος, το συμφέρον αυτό πρέπει επίσης να διαπνέει τις ενέργειές τους και όταν συνάπτουν μια δημόσια σύμβαση.

94. Ωστόσο, υπάρχουν βεβαίως όρια στη δυνατότητα εντάξεως ενός κριτηρίου γενικού συμφέροντος, όπως είναι ένα κριτήριο οικολογικής φύσεως, μεταξύ των κριτηρίων συνάψεως μιας συμβάσεως.

95. Από τις προπαρατεθείσες αποφάσεις Beentjes και Επιτροπή κατά Γαλλίας συνάγω δύο όρια.

96. Πρώτον, το κριτήριο πρέπει να τηρεί όλες τις θεμελιώδεις αρχές του κοινοτικού δικαίου, ιδίως δε την αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων, όπως απορρέει από τις διατάξεις της Συνθήκης περί του δικαιώματος εγκαταστάσεως και περί της ελεύθερης παροχής των υπηρεσιών [25].

97. Δεύτερον, κατά την εφαρμογή του κριτηρίου πρέπει να τηρούνται όλοι οι διαδικαστικοί κανόνες της σχετικής οδηγίας, ιδίως δε οι κανόνες δημοσιότητας που αυτή περιέχει [26]. Επομένως, όπως το Δικαστήριο έκρινε με τις προπαρατεθείσες αποφάσεις Beentjes [27] και Επιτροπή κατά Γαλλίας [28], το κριτήριο συνάψεως της συμβάσεως πρέπει να μνημονεύεται ρητώς στην προκήρυξη του διαγωνισμού, προκειμένου οι επιχειρηματίες να είναι σε θέση να λάβουν γνώση της υπάρξεως του όρου αυτού.

98. Θεωρώ ότι οι δύο αυτοί περιορισμοί ισχύουν επίσης και για την ένταξη ενός κριτηρίου οικολογικής φύσεως μεταξύ των κριτηρίων συνάψεως μιας συμβάσεως. Συγκεκριμένα, η ανάγκη των περιορισμών αυτών είναι αναμφισβήτητη, υπό την έννοια ότι με τον πρώτο αποφεύγεται, εν ονόματι του γενικού συμφέροντος, το ενδεχόμενο μη τηρήσεως των θεμελιωδών αρχών του κοινοτικού δικαίου, ενώ με τον δεύτερο διασφαλίζεται η ίση μεταχείριση μεταξύ όλων των προσφερόντων, η οποία αποτελεί την ίδια τη βάση της ρυθμίσεως σχετικά με τις δημόσιες συμβάσεις [29]. Ωστόσο, με τις δύο

25 — Προπαρατεθείσες αποφάσεις Beentjes, σκέψη 29, και Επιτροπή κατά Γαλλίας, σκέψη 50.

26 — Προπαρατεθείσες αποφάσεις Beentjes, σκέψη 31, και Επιτροπή κατά Γαλλίας, σκέψη 51.

27 — Σκέψη 36.

28 — Σκέψη 51.

29 — Αποφάσεις της 22ας Ιουνίου 1993, C-243/89, Επιτροπή κατά Δανίας, αποκαλούμενη «Storebaelt» (Συλλογή 1993, σ. I-3353, σκέψη 33), και Επιτροπή κατά Βελγίου, όπ.π., σκέψη 51.

αυτές επιφυλάξεις, δεν νομίζω ότι υπάρχει κάποιο στοιχείο που να εμποδίζει το να λαμβάνεται υπόψη ένα κριτήριο που εξυπηρετεί το γενικό συμφέρον, όπως είναι ένα κριτήριο οικολογικής φύσεως.

99. Ωστόσο, πολλοί παρεμβάντες ανέφεραν επιπλέον άλλους όρους οι οποίοι, κατ' αυτούς, θα έπρεπε να πληρούνται ώστε ένα κριτήριο οικολογικής φύσεως να μπορεί να ενταχθεί μεταξύ των κριτηρίων συνάψεως μιας δημοσίας συμβάσεως.

100. Ορισμένοι παρεμβάντες τόνισαν ότι το οικολογικό κριτήριο θα έπρεπε να έχει οικονομικό χαρακτήρα. Έτσι, κατά την Ολλανδική Κυβέρνηση, το κριτήριο πρέπει, για να είναι έγκυρο, να παρουσιάζει μια οικονομική διάσταση. Η Αυστριακή Κυβέρνηση φρονεί ότι το κριτήριο πρέπει να παρουσιάζει αντικειμενικά μετρήσιμα οικονομικά πλεονεκτήματα. Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι το κριτήριο πρέπει να συνεπάγεται άμεσο οικονομικό όφελος υπέρ της αναθέτουσας αρχής.

101. Ακόμα όμως και αν μπορώ να συμφωνήσω με τη θέση, που υποστηρίζουν διάφοροι παρεμβάντες, σύμφωνα με την οποία, εν προκειμένω, το οικολογικό κριτήριο παρουσίαζε οικονομικό όφελος για την πόλη του Ελσίνκι, η γνώμη μου είναι ότι ένα κριτήριο οικολογικής φύσεως μπορεί να ενταχθεί μεταξύ των κριτηρίων συνάψεως της συμβάσεως χωρίς να αποδεικνύεται αναγκαστικά ότι έχει οικονομική διάσταση ή παρουσιάζει, άμεσο ή όχι, οικονομικό πλεονέκτημα για τον αναθέτοντα φορέα.

102. Πρέπει βεβαίως να γίνει δεκτό ότι, με την προπαρατεθείσα απόφαση Evans Medical και Macfarlan Smith, το Δικαστήριο έκρινε ότι «η επιλογή της οικονομικά συμφερότερης προσφοράς αφήνει στα κράτη μέλη την επιλογή των κριτηρίων συνάψεως της συμβάσεως, επιλογή η οποία, πάντως, μπορεί να αφορά μόνον τα κριτήρια για τον προσδιορισμό της *οικονομικώς*[30] συμφερότερης προσφοράς»[31].

103. Κατά τη γνώμη μου, δεν μπορεί ωστόσο από το γεγονός ότι εναπόκειται στον αναθέτοντα φορέα να προσδιορίσει την *οικονομικά* συμφερότερη προσφορά να συναχθεί ότι κάθε κριτήριο πρέπει υποχρεωτικά να είναι οικονομικής φύσεως ή να παρουσιάζει μια τέτοια διάσταση.

104. Συγκεκριμένα, αν γίνει αναφορά στο άρθρο 36, παράγραφος 1, της οδηγίας 92/50, διαπιστώνεται, για παράδειγμα, ότι ο αναθέτων φορέας μπορεί να συμπεριλάβει μεταξύ των κριτηρίων τα «αισθητικά χαρακτηριστικά» ενός προϊόντος. Είμαι της γνώμης ότι ένα αισθητικό κριτήριο δύσκολα μπορεί να έχει οικονομικό χαρακτήρα, εκτός και αν ερμηνευθεί η έννοια «οικονομικό» κατά τρόπο υπερβολικά ευρύ. Κατά μείζονα λόγο, δεν προκύπτει κατά ποιο τρόπο ένα τέτοιο κριτήριο θα μπορούσε να αποφέρει άμεσο οικονομικό όφελος στην αναθέτουσα αρχή.

105. Περαιτέρω, μετά τις συζητήσεις σχετικά με το πρωτόκολλο του Κυότο, έχουμε όλοι

30 — Η υπογράμμιση δική μου.

31 — Σκέψη 42.

την επίγνωση ότι η προστασία του περιβάλλοντος αποτελεί σημαντικό ζήτημα που αφορά όλο τον πλανήτη. Δεν θεωρώ συνεπώς ότι είναι δικαιολογημένο να μη γίνεται δεκτό ένα κριτήριο οικολογικής φύσεως παρά μόνον αν παρουσιάζει οικονομικό όφελος για τον οικείο αναθέτοντα φορέα. Ένα τέτοιο κριτήριο δικαιολογείται και σε περίπτωση που παρουσιάζει όφελος για άλλους πέραν του αναθέτοντα φορέα ή για το περιβάλλον εν γένει.

106. Τέλος, ο μη προσήκων χαρακτήρας του όρου αυτού, όπως τον απαιτεί ειδικότερα η Επιτροπή, επιβεβαιώνεται, κατά τη γνώμη μου, και από την απάντηση που η Επιτροπή έδωσε σε μια ερώτηση που ετέθη κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση. Στην ερώτηση ποιο είναι το άμεσο οικονομικό όφελος της πόλης του Ελσίνκι από το γεγονός της χορηγήσεως, όπως συνέβη, πρόσθετων μονάδων στους προσφέροντες που είναι σε θέση να προτείνουν τη λειτουργία της υπηρεσίας αυτής με λεωφορεία με χαμηλωμένο δάπεδο, η Επιτροπή απάντησε ότι τούτο θα αύξανε τα έσοδα του αναθέτοντα φορέα, υπό την έννοια ότι στην περίπτωση αυτή περισσότερα ανάπηρα και ηλικιωμένα άτομα θα μπορούσαν να χρησιμοποιήσουν το λεωφορείο.

107. Πέραν του γεγονότος ότι ένα τέτοιο όφελος θα ήταν, το πολύ, έμμεσο, θα θεωρούσα μάλλον ότι η ενθάρρυνση της χρησιμοποιήσεως λεωφορείων με χαμηλωμένο δάπεδο συνιστά υπηρεσία προσφερόμενη σε ορισμένες κατηγορίες του πληθυσμού παρά μέσον αυξήσεως των εσόδων του αναθέτοντα φορέα.

108. Η Αυστριακή και η Σουηδική Κυβέρνηση, καθώς και η Επιτροπή, υποστηρίζουν επίσης ότι το κριτήριο πρέπει να έχει σχέση με το αντικείμενο της συμβάσεως. Κατά την Αυστριακή Κυβέρνηση, τούτο σημαίνει ότι το κριτήριο πρέπει να αφορά την υπηρεσία που πρόκειται να προσφερθεί ή τον τρόπο της παροχής της. Κατά την Επιτροπή, το κριτήριο πρέπει μάλιστα να συνδέεται στενά με το αντικείμενο της συμβάσεως.

109. Στην προκειμένη περίπτωση, είναι προφανές ότι το κριτήριο αυτό πληρούται.

110. Μπορεί ωστόσο να τεθεί το ερώτημα αν είναι δικαιολογημένο να τίθεται ένας τέτοιος όρος. Συγκεκριμένα, με την προπαρατεθείσα απόφαση Επιτροπή κατά Γαλλίας, το Δικαστήριο έκρινε ότι ένα κριτήριο συνάψεως της συμβάσεως που αφορά την απασχόληση και το οποίο συνδέεται με τοπική δράση καταπολέμησης της ανεργίας, συνιστούσε έγκυρο κριτήριο, υπό την επιφύλαξη των δύο περιορισμών τους οποίους ανέφερα ανωτέρω. Ομοίως, με την προπαρατεθείσα απόφαση Beentjes, το Δικαστήριο έκρινε επιτρεπτό έναν όρο συνδεόμενο με την απασχόληση μακροχρόνιων ανέργων.

111. Σε αμφότερες όμως τις περιπτώσεις επρόκειτο για σύμβαση δημοσίων έργων. Τα έργα αυτά θα μπορούσαν κάλιστα να εκτελεστούν από μη ανέργους. Ο τεθείς όρος δεν συνδεόταν συνεπώς με το αντικείμενο της συμβάσεως, ήτοι με τα χαρακτηριστικά των εκτελεστέων έργων.

112. Εντεύθεν συνάγω ότι δεν μπορεί να απαιτείται ένα κριτήριο οικολογικής φύσεως, αντίθετα προς ένα κριτήριο σχετικό με την απασχόληση, να συνδέεται, ή να συνδέεται αυστηρώς, με το αντικείμενο της συμβάσεως.

113. Τέλος, η Επιτροπή τονίζει επιπλέον ότι το κριτήριο πρέπει να είναι αντικειμενικό και να εφαρμόζεται σε όλες τις προσφορές.

114. Μολονότι μπορεί να τεθεί το ερώτημα κατά ποιο τρόπο ένα κριτήριο σχετικό με τα αισθητικά χαρακτηριστικά μιας προσφοράς, που επιτρέπεται από το άρθρο 36 της οδηγίας 92/50, μπορεί να οριστεί κατά αντικειμενικό τρόπο, αρκεί να διαπιστωθεί ότι, εν προκειμένω, τα κριτήρια σχετικά με τις εκπομπές μονοξειδίου του αζώτου και το επίπεδο θορύβου πληρούν όντως την προϋπόθεση αυτή.

115. Είναι ποσοτικοποιήσιμα ή μετρήσιμα και δεν αφήνουν κανένα περιθώριο υποκειμενικής εκτιμήσεως στην αναθέτουσα αρχή.

116. Όσον αφορά την προϋπόθεση ότι το κριτήριο πρέπει να εφαρμόζεται σε όλες τις προσφορές, η εν λόγω προϋπόθεση συγχέεται με τον πρώτο περιορισμό που θέτει το Δικαστήριο, σύμφωνα με τον οποίο το κριτήριο συνάψεως της συμβάσεως πρέπει να τηρεί όλες τις θεμελιώδεις αρχές του κοινοτικού δικαίου, *ιδίως δε την αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων,* όπως απορρέει από τις διατάξεις της Συνθήκης περί του δικαιώματος εγκαταστάσεως και της ελεύθερης παροχής των υπηρεσιών [32].

117. Από τα προεκτεθέντα προκύπτει ότι ένα κριτήριο συνδεόμενο με την προστασία του περιβάλλοντος μπορεί να περιλαμβάνεται μεταξύ των κριτηρίων συνάψεως μιας συμβάσεως, υπό τον όρο ότι το κριτήριο αυτό τηρεί τις θεμελιώδεις αρχές του κοινοτικού δικαίου, ιδίως την αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων και τις τέσσερις ελευθερίες, και εφαρμόζεται τηρουμένων όλων των διαδικαστικών κανόνων της οδηγίας, ιδίως δε των κανόνων δημοσιότητας που αυτή περιέχει.

118. Προτού καταλήξω σχετικά με το ερώτημα αυτό, πρέπει να σταθώ εν συντομία σε μια ανάλυση που κάνουν από κοινού η Ολλανδική Κυβέρνηση, η Αυστριακή Κυβέρνηση και η Επιτροπή και η οποία αφορά το αν τα κριτήρια σχετικά με τα «ποιοτικά και περιβαλλοντικά προγράμματα» των επιχειρηματιών μπορούν να λαμβάνονται υπόψη στο πλαίσιο της εκτιμήσεως της οικονομικά συμφερότερης προσφοράς.

119. Είμαι της γνώμης ότι το ζήτημα αυτό τοποθετείται εκτός του πλαισίου της παρούσας αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως.

32 — Προπαρατεθείσες αποφάσεις Beentjes, σκέψη 29, και Επιτροπή κατά Γαλλίας, σκέψη 50.

120. Πρέπει συναφώς να γίνει αναφορά στο ερώτημα όπως αυτό διατυπώθηκε από το αιτούν δικαστήριο. Το αιτούν δικαστήριο ερωτά αν η πόλη του Ελσίνκι «[...] μπορεί να περιλαμβάνει, μεταξύ των κριτηρίων για τη σύναψη της συμβάσεως βάσει της οικονομικά πλέον συμφέρουσας προσφοράς, *πέραν*[33] της προτεινομένης τιμής την οικολογική και ποιοτική διαχείριση του φορέα της εκμεταλλεύσεως ή διάφορα άλλα χαρακτηριστικά του υλικού, *καθώς επίσης και*[34] τη μείωση των εκπομπών μονοξειδίου του αζώτου ή του επιπέδου του θορύβου [...]».

121. Είναι συνεπώς πρόδηλο ότι το αιτούν δικαστήριο δεν ερωτά το Δικαστήριο σχετικά με το επιτρεπτό, ως κριτηρίου συνάψεως της συμβάσεως, «της προτεινομένης τιμής, της οικολογικής και ποιοτικής διαχείρισης του φορέα της εκμεταλλεύσεως ή διαφόρων άλλων χαρακτηριστικών του υλικού», αλλά μόνον σχετικά με το επιτρεπτό του κριτηρίου της «μειώσεως των εκπομπών μονοξειδίου του αζώτου ή του επιπέδου του θορύβου».

122. Περαιτέρω, το αιτούν δικαστήριο μας πληροφορεί ότι η HKL και η Concordia έλαβαν ίδιο αριθμό βαθμών για το κριτήριο της «οικολογικής και ποιοτικής διαχειρίσεως του φορέα της εκμεταλλεύσεως». Το ζήτημα αν το κριτήριο αυτό είναι επιτρεπτό δεν είναι συνεπώς λυσιτελές για τη λύση της διαφοράς της κύριας δίκης και συνεπώς προτείνω να μην εξεταστεί το ζήτημα αυτό.

33 — Η υπογράμμιση δική μου.

34 — Η υπογράμμιση δική μου.

123. Βάσει των προεκτεθέντων, προτείνω να δοθεί στο αιτούν δικαστήριο η απάντηση ότι η κοινοτική ρύθμιση περί των δημοσίων συμβάσεων, ειδικότερα δε το άρθρο 36, παράγραφος 1, της οδηγίας 92/50, έχει την έννοια ότι ένας δήμος ο οποίος προβαίνει, ως αναθέτων φορέας, σε πρόσκληση για την υποβολή προσφορών σχετικά με την εκμετάλλευση υπηρεσίας αστικών λεωφορείων μπορεί να περιλαμβάνει, μεταξύ των κριτηρίων για τη σύναψη της συμβάσεως βάσει της οικονομικά πλέον συμφέρουσας προσφοράς, ένα κριτήριο, όπως το προκείμενο, σχετικό με τον περιορισμό των εκπομπών μονοξειδίου του αζώτου ή του επιπέδου του θορύβου. Κατά την εφαρμογή του κριτηρίου αυτού πρέπει να τηρούνται οι θεμελιώδεις αρχές του κοινοτικού δικαίου, ιδίως η αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων και οι τέσσερις ελευθερίες, καθώς και όλοι οι διαδικαστικοί κανόνες της εφαρμοστέας οδηγίας, ιδίως δε οι κανόνες δημοσιότητας που αυτή περιέχει.

Το τρίτο προδικαστικό ερώτημα

124. Με το τρίτο ερώτημά του, το αιτούν δικαστήριο ερωτά αν το κριτήριο που συνδέεται με την προστασία του περιβάλλοντος απαγορεύεται παρ' όλ' αυτά αν προκύπτει εκ προοιμίου ότι η επιχείρηση μεταφορών που ανήκει στην πόλη η οποία προβαίνει στην πρόσκληση για την υποβολή προσφορών έχει τη δυνατότητα να προτείνει ένα υλικό που πληροί τους επιβληθέντες όρους, δυνατότητα την οποία, λόγω των περιστάσεων, έχουν μόνον ελάχιστες επιχειρήσεις του τομέα.

Οι θέσεις των παρεμβάντων

125. Η *Concordia* ισχυρίζεται ότι η δυνατότητα χρησιμοποιήσεως λεωφορείων λειτουργούντων με φυσικό αέριο, τα οποία ήσαν, στην πράξη, τα μόνα που ανταποκρίνονταν στο πρόσθετο κριτήριο μειώσεως των εκπομπών μονοξειδίου του αζώτου και του επιπέδου θορύβου, ήταν πολύ περιορισμένη. Συγκεκριμένα, κατά τον χρόνο της προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών, σε όλο το έδαφος της Φινλανδίας υπήρχε μόνον ένα πρατήριο που παρείχε φυσικό αέριο. Το δυναμικό του πρατηρίου αυτού, που είχε προσωρινό χαρακτήρα, θα επέτρεπε τον εφοδιασμό περίπου δεκαπέντε λεωφορείων λειτουργούντων με φυσικό αέριο. Πριν όμως από την επίδικη πρόσκληση για την υποβολή προσφορών, η HKL είχε παραγγείλει ένδεκα νέα λεωφορεία λειτουργούντα με φυσικό αέριο, πράγμα που σήμαινε ότι το δυναμικό του πρατηρίου χρησιμοποιούνταν πλήρως και ότι δεν του ήταν δυνατόν να εφοδιάσει άλλα οχήματα. Επιπλέον, το μοναδικό υφιστάμενο πρατήριο δεν είχε παρά προσωρινό χαρακτήρα. Κατά την Concordia, θα ήταν παράλογο να υποτεθεί ότι οι επιχειρηματίες θα επένδυαν εκατομμύρια για την αγορά καινουργών οχημάτων τα οποία θα τους ήταν αδύνατο να χρησιμοποιήσουν ή τουλάχιστον των οποίων η χρησιμοποίηση θα ήταν πολύ αβέβαιη.

126. Η Concordia συνάγει από αυτό ότι η HKL ήταν ο μοναδικός προσφέρων που είχε πράγματι τη δυνατότητα να προτείνει λεωφορεία λειτουργούντα με φυσικό αέριο. Τούτο, κατ' αυτήν, συνεπάγεται ότι η επίδικη πρόσκληση για την υποβολή προσφορών δεν είχε άλλο σκοπό, καθορίζοντας αυστηρότερα όρια απ' ό,τι ο κανόνας Euro 2, παρά να ευνοήσει τη μονάδα παραγωγής που ανήκε στον αναθέτοντα φορέα. Κατά συνέπεια, προτείνει να δοθεί στο τρίτο ερώτημα η απάντηση ότι η χορήγηση μονάδων με βάσει τις εκπομπές μονοξειδίου του αζώτου και τη μείωση του επιπέδου του θορύβου δεν μπορεί να γίνει δεκτή, τουλάχιστον στην περίπτωση κατά την οποία οι επιχειρηματίες του οικείου τομέα δεν έχουν τη δυνατότητα, ούτε καν θεωρητική, να προτείνουν υπηρεσίες για τις οποίες μπορούν να χορηγηθούν τέτοιες μονάδες.

127. Η *πόλη του Ελσίνκι* ισχυρίζεται κατ' αρχάς ότι δεν είχε καμία υποχρέωση να αναθέσει με διαγωνισμό τη λειτουργία των μεταφορών της με λεωφορεία, είτε βάσει της κοινοτικής ρυθμίσεως είτε βάσει της φινλανδικής νομοθεσίας. Συγκεκριμένα, δεδομένου ότι ο διαγωνισμός δημιουργεί πάντοτε πρόσθετες εργασίες και δαπάνες, δεν θα είχε κανένα εύλογο λόγο να προκηρύξει τον διαγωνισμό αυτόν αν γνώριζε ότι μόνον η επιχείρηση που της ανήκει είχε τη δυνατότητα να προτείνει υλικό που να πληροί τους τεθέντες όρους ή αν είχε πράγματι θελήσει να κρατήσει η ίδια την εκμετάλλευση των μεταφορών αυτών.

128. Η πόλη του Ελσίνκι τονίζει εν συνεχεία ότι η HKL είναι μέχρι σήμερα αναλογικά η μεγάλη ηττημένη των διαγωνισμών και ότι η Concordia αύξησε στον μεγαλύτερο βαθμό τα μερίδιά της στην αγορά του Ελσίνκι. Η πόλη του Ελσίνκι ισχυρίζεται επίσης ότι, την

άνοιξη του 1999, η Concordia αναδείχθηκε μειοδότης στην πρόσκληση για την υποβολή προσφορών σχετικά με τη συγκοινωνιακή γραμμή 15 του δικτύου, η οποία απαιτούσε τη χρησιμοποίηση λεωφορείων λειτουργούντων με φυσικό αέριο. Τούτο επιβεβαιώθηκε από την Concordia κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση. Έτσι, η ίδια η Concordia αποδεικνύει ότι όλοι οι μετέχοντες είχαν, ανά πάσα στιγμή, αν το επιθυμούσαν, τη δυνατότητα να αποκτήσουν λεωφορεία λειτουργούντα με φυσικό αέριο.

129. Η *Φινλανδική Κυβέρνηση* φρονεί ότι η εκτίμηση της αντικειμενικότητας των κριτηρίων που καθορίστηκαν με την επίμαχη στο πλαίσιο της κύριας δίκης πρόσκληση για την υποβολή προσφορών εμπίπτει, τελικώς, στην εκτίμηση του εθνικού δικαστηρίου.

130. Η *Ελληνική Κυβέρνηση* φρονεί ότι πρέπει να δοθεί καταφατική απάντηση στο τρίτο προδικαστικό ερώτημα.

131. Η *Ολλανδική Κυβέρνηση* ισχυρίζεται ότι από τη νομολογία του Δικαστηρίου[35] προκύπτει ότι τα κριτήρια συνάψεως μιας συμβάσεως πρέπει να είναι αντικειμενικά και ότι δεν μπορεί να γίνεται καμία διάκριση μεταξύ των προσφερόντων.

132. Ωστόσο, με τις σκέψεις 32 και 33 της προπαρατεθείσας αποφάσεώς του Fracasso και Leitschutz, το Δικαστήριο έκρινε πράγματι ότι, όταν μετά το πέρας διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως απομένει μία μόνο προσφορά, η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται να συνάψει τη σύμβαση με τον μοναδικό διαγωνιζόμενο ο οποίος κρίθηκε ικανός να λάβει μέρος στον διαγωνισμό. Εντεύθεν δεν συνάγεται ωστόσο ότι, αν δεν απομένει πλέον παρά ένας μόνο διαγωνιζόμενος λόγω των εφαρμοζομένων κριτηρίων αναθέσεως της συμβάσεως, τα κριτήρια αυτά είναι παράνομα.

133. Κατά την Ολλανδική Κυβέρνηση, εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να καθορίσει αν, στην υπόθεση της κύριας δίκης, τέθηκε σε κίνδυνο ο πραγματικός ανταγωνισμός.

134. Η *Αυστριακή Κυβέρνηση* φρονεί ότι η χρησιμοποίηση των επίμαχων στο πλαίσιο της κύριας δίκης κριτηρίων συνάψεως της συμβάσεως δεν δημιουργεί, κατ' αρχήν, πρόβλημα, τούτο δε ακόμα και στην περίπτωση κατά την οποία, όπως εν προκειμένω, μόνον ένας σχετικά περιορισμένος αριθμός προσφερόντων είναι σε θέση να ικανοποιήσει τα κριτήρια αυτά.

135. Η Αυστριακή Κυβέρνηση επισύσει ωστόσο την προσοχή στη δέκατη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 97/52/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 13ης Οκτωβρίου 1997, περί τροποποιήσεως των οδηγιών 92/50/ΕΟΚ, 93/36/ΕΟΚ και 93/37/ΕΟΚ περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, συμβάσεων δημοσίων προμηθειών και

35 — Αποφάσεις της 16ης Σεπτεμβρίου 1999, C-27/98, Fracasso και Leitschutz (Συλλογή 1999, σ. I-5697, σκέψεις 30 και 31), και Επιτροπή κατά Δανίας, όπ.π.

συμβάσεων δημοσίων έργων, αντιστοίχως [36], βάσει της οποίας οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ζητούν ή να δέχονται συμβουλές που μπορούν να χρησιμοποιηθούν για τον καθορισμό των τεχνικών προδιαγραφών μιας συγκεκριμένης σύμβασης, υπό τον όρο ότι οι συμβουλές αυτές δεν θα παρεμποδίζουν τον ανταγωνισμό.

136. Κατά την Αυστριακή Κυβέρνηση, είναι δυνατόν να συναχθεί από την αιτιολογική αυτή σκέψη, καθώς και από τις αρχές στις οποίες στηρίζονται οι οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων, ότι οι επιχειρήσεις που εμπλέκονται άμεσα ή έμμεσα στην προετοιμασία μιας προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών, καθώς και οι επιχειρήσεις που συνδέονται με αυτές, οσάκις υφίσταται μεταξύ τους σχέση κυριαρχίας, πρέπει να αποκλείονται από τον διαγωνισμό, στον βαθμό που η συμμετοχή τους θα παρεμπόδιζε τον ανταγωνισμό.

137. Συγκεκριμένα, η διασφάλιση της αρχής του ελεύθερου και έντιμου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχειρίσεως όλων των διαγωνιζομένων και των προσφερόντων, υπό την έννοια των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, θα μπορούσε να διακυβευθεί σε περίπτωση που ένας από τους μετέχοντες σε πρόσκληση για την υποβολή προσφορών εμπλεκόταν, άμεσα ή έμμεσα, στην προετοιμασία της προσκλήσεως αυτής.

138. Η Αυστριακή Κυβέρνηση συνάγει εντεύθεν ότι, στην υπόθεση της κύριας δίκης, αν οι οργανωτικοί δεσμοί που ενώνουν την πόλη του Ελσίνκι και την HKL είχαν ως συνέπεια το να μπορέσει η τελευταία αυτή να έχει κάποια επιρροή, υπό οποιαδήποτε μορφή, στον ορισμό του σχεδίου στο οποίο στηριζόταν η πρόσκληση για την υποβολή προσφορών και στον βαθμό που η εμπλοκή της HKL στην επεξεργασία της προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών θα παρεμπόδιζε τον ανταγωνισμό, θα έπρεπε να απαγορευθεί στην HKL να μετάσχει στον διαγωνισμό.

139. Η *Σουηδική Κυβέρνηση* ισχυρίζεται ότι ο τρόπος με τον οποίο στο πλαίσιο της υποθέσεως της κύριας δίκης ελήφθη υπόψη το κριτήριο σχετικά με τις εκπομπές μονοξειδίου του αζώτου είχε ως συνέπεια ότι ανταμείφθηκε ο διαγωνιζόμενος ο οποίος διέθετε λεωφορεία λειτουργούντα με φυσικό αέριο ή αλκοόλη. Κατά την εν λόγω κυβέρνηση, τίποτα ωστόσο δεν εμπόδιζε τους λοιπούς διαγωνιζομένους να αποκτήσουν τέτοια λεωφορεία. Τα οχήματα αυτά διατίθενται στην αγορά από πολλών ετών.

140. Η Σουηδική Κυβέρνηση φρονεί ότι η χορήγηση πρόσθετων μονάδων λόγω χαμηλών εκπομπών μονοξειδίου του αζώτου και χαμηλού επιπέδου θορύβου δεν συνιστά άμεση δυσμενή διάκριση, αλλά εφαρμόζεται αδιακρίτως. Επιπλέον, η χορήγηση των πρόσθετων μονάδων δεν φαίνεται να συνεπάγεται έμμεση δυσμενή διάκριση υπό την έννοια ότι θα είχε αναγκαστικά ως αποτέλεσμα να ευνοηθεί η HKL. Συνεπώς, η Σουηδική Κυβέρνηση διαπιστώνει ότι η εν λόγω χορήγηση επιπλέον μονάδων δεν εμποδίζει ούτε την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων και των υπηρεσιών ούτε την ελευθερία εγκαταστάσεως.

36 — ΕΕ L 328, σ. 1.

141. Κατά την *Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου*, η οδηγία δεν απαγορεύει τη χορήγηση πρόσθετων μονάδων κατά την αξιολόγηση των προσφορών, οσάκις είναι εκ των προτέρων γνωστό ότι λίγες επιχειρήσεις μπορούν δυνητικά να λάβουν αυτές τις πρόσθετες μονάδες, εφόσον ο αναθέτων φορέας γνωστοποίησε, κατά το στάδιο της προκηρύξεως του διαγωνισμού, αυτή τη δυνατότητα λήψεως των ως άνω πρόσθετων μονάδων.

142. Η *Επιτροπή* υπενθυμίζει ότι, κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου [37], η τήρηση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως αντιστοιχεί στην ίδια την ουσία της οδηγίας περί δημοσίων συμβάσεων, πράγμα το οποίο συνεπάγεται ότι δεν πρέπει να νοθεύονται οι όροι του ανταγωνισμού μεταξύ των προσφερόντων.

143. Λαμβανομένων ωστόσο υπόψη των διαστάσεων των απόψεων των διαδίκων στο πλαίσιο της διαφοράς της κύριας δίκης, η Επιτροπή φρονεί ότι δεν είναι σε θέση να καθορίσει αν τα κριτήρια που χρησιμοποιήθηκαν εν προκειμένω παραβιάζουν την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως. Εναπόκειται συναφώς στο αιτούν δικαστήριο να αποφανθεί επί του ζητήματος αυτού και να καθορίσει, με βάση αντικειμενικές, προσήκουσες και συγκλίνουσες ενδείξεις, αν τα εν λόγω κριτήρια θεσπίστηκαν με αποκλειστικό σκοπό να επιλεγεί η προκριθείσα τελικώς επιχείρηση ή αν καθορίστηκαν προς τούτο.

Εκτίμηση

144. Το αιτούν δικαστήριο ερωτά αν η χορήγηση μονάδων βάσει των ιδιοτήτων του υλικού όσον αφορά τις εκπομπές μονοξειδίου του αζώτου ή το επίπεδο θορύβου «απαγορεύεται [...] αν προκύπτει ευθύς εξαρχής ότι η επιχείρηση μεταφορών που ανήκει στην πόλη η οποία προβαίνει στην πρόσκληση για την υποβολή προσφορών [...] έχει τη δυνατότητα να προσφέρει υλικό που πληροί τις επιβαλλόμενες προϋποθέσεις, δυνατότητα την οποία έχουν, λόγω των περιστάσεων, μόνον ελάχιστες επιχειρήσεις του σχετικού τομέα».

145. Το ερώτημα αυτό ισοδυναμεί με το ερώτημα αν, υπό τέτοιες περιστάσεις, παραβιάζεται η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως. Θα εξετάσω διαδοχικά αν η αρχή αυτή παραβιάζεται:

— όταν μία και μόνον επιχείρηση [38] είναι σε θέση να πληροί το επίδικο κριτήριο συνάψεως της συμβάσεως·

— όταν, επιπλέον, πρόκειται για επιχείρηση ανήκουσα στην αναθέτουσα αρχή.

37 — Βλ. προπαρατεθείσες αποφάσεις Επιτροπή κατά Βελγίου και Επιτροπή κατά Δανίας.

38 — Αυτό που θα ισχύει για μία μόνον επιχείρηση, θα ισχύει κατά μείζονα λόγο στην περίπτωση κατά την οποία «ελάχιστες επιχειρήσεις» είναι σε θέση να πληρούν το κριτήριο αυτό.

146. Όσον αφορά το πρώτο σημείο, θεωρώ, όπως και η Σουηδική Κυβέρνηση, ότι, υπό περιστάσεις όπως αυτές της διαφοράς της κύριας δίκης, δεν υφίσταται ούτε άμεση ούτε έμμεση δυσμενής διάκριση μεταξύ των διαφόρων δυνητικών προσφερόντων.

147. Το επίδικο κριτήριο εφαρμόστηκε αδιακρίτως σε όλες τις προσφορές και φαίνεται ότι δημοσιεύθηκε σύμφωνα με τις απαιτήσεις της οδηγίας.

148. Εν συνεχεία, για να αποφασιστεί ότι το επίμαχο κριτήριο αποτέλεσε έμμεση δυσμενή διάκριση έναντι της Concordia, δεν αρκεί να διαπιστωθεί ότι η Concordia αντιμετωπίστηκε διαφορετικά απ' ό,τι η HKL, υπό την έννοια ότι η τελευταία αυτή έλαβε μονάδες που δεν έλαβε η Concordia.

149. Συγκεκριμένα, από πάγια νομολογία προκύπτει ότι η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως επιβάλλει παρόμοιες καταστάσεις να μην αντιμετωπίζονται κατά διαφορετικό τρόπο και διαφορετικές καταστάσεις να μην αντιμετωπίζονται με τον ίδιο τρόπο, εκτός αν μια τέτοια διαφορετική αντιμετώπιση δικαιολογείται αντικειμενικά [39].

150. Με την επιφύλαξη της εκτιμήσεως στην οποία πρέπει να προβεί το αιτούν δικαστήριο, θεωρώ ότι, εν προκειμένω, οι δύο επιχειρήσεις αντιμετωπίστηκαν κατά διαφορετικό τρόπο μόνον επειδή δεν τελούσαν σε πανομοιότυπες καταστάσεις: η μία από τις δύο ήταν σε θέση να προτείνει το απαιτούμενο υλικό, ενώ η άλλη όχι.

151. Τέλος, από το γεγονός ότι χρησιμοποιήθηκε το κριτήριο το οποίο προκάλεσε μια διαφορά κατά τη χορήγηση των μονάδων δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι προκύπτει ύπαρξη χειρισμού συνεπαγομένου δυσμενή διάκριση, παρά μόνο στην περίπτωση κατά την οποία θα προέκυπτε ότι το κριτήριο αυτό δεν ήταν αντικειμενικά δικαιολογημένο, λαμβανομένης υπόψη της φύσεως της συμβάσεως και των αναγκών της αναθέτουσας αρχής.

152. Όπως όμως προανέφερα, δεν είναι δυνατόν να μην αναγνωριστεί σε μια αναθέτουσα αρχή το δικαίωμα να απαιτεί την παροχή της επίμαχης υπηρεσίας με υλικό που να αντιστοιχεί στις βέλτιστες διαθέσιμες τεχνικές.

153. Το να γίνει δεκτό το αντίθετο θα ισοδυναμούσε με την υποβολή της υποχρεώσεως στην αναθέτουσα αρχή να καθορίσει τα κριτήρια με βάσει τους δυνητικούς προσφέροντες. Δεδομένου όμως ότι κάθε πρόσκληση για την υποβολή προσφορών περιλαμβάνει μια ολόκληρη σειρά κριτηρίων [40], η αναθέτουσα αρχή θα έπρεπε στην

39 — Βλ., π.χ., αποφάσεις της 17ης Ιουλίου 1963, 13/63, Ιταλία κατά Επιτροπής (Συλλογή τόμος 1954-1964, σ. 965, σκέψη III, 4 α).· της 13ης Δεκεμβρίου 1984, 106/83, Sermide (Συλλογή 1984, σ. 4209, σκέψη 28)· της 20ής Σεπτεμβρίου 1988, 203/86, Ισπανία κατά Συμβουλίου (Συλλογή 1988, σ. 4563, σκέψη 25), και της 13ης Δεκεμβρίου 1994, C-306/93, SMW Winzersekt (Συλλογή 1994, σ. I-5555, σκέψη 30).

40 — Εν προκειμένω, πρόσθετες μονάδες χορηγήθηκαν, για παράδειγμα, και στους προσφέροντες οι οποίοι πρότειναν λεωφορεία με χαμηλωμένο μόνο το εμπρόσθιο τμήμα του δαπέδου ή όλο το δάπεδο.

περίπτωση αυτή να καθορίζει ποια είναι τα κριτήρια τα οποία μπορεί να πληροί μόνον ένας προσφέρων και να τα αποσύρει από το σχέδιο της προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών. Μπορεί πράγματι ένας προσφέρων να είναι σε θέση να πληροί ένα κριτήριο, και ένας άλλος να μη μπορεί να πληροί ένα άλλο.

154. Μια τέτοια όμως προσέγγιση όχι μόνο θα κατέληγε σε ένα είδος «εξισώσεως από τα κάτω» των κριτηρίων συνάψεως της συμβάσεως με τον αποκλεισμό όλων των όντως επιλεκτικών κριτηρίων. Θα καθιστούσε επίσης κενό περιεχομένου το δικαίωμα που αναγνωρίζει το Δικαστήριο στην αναθέτουσα αρχή να επιλεγει τα κριτήρια συνάψεως της συμβάσεως[41] της επιλογής της. Επιπλέον, αν εξεταστεί καλύτερα, ο καθορισμός κριτηρίων με βάση τους προσφέροντες θα ισοδυναμούσε, κατά τη γνώμη μου, με την ίδια την άρνηση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως. Συγκεκριμένα, αν μια αναθέτουσα αρχή απέκλειε ένα κριτήριο από την πρόσκληση για την υποβολή προσφορών με το αιτιολογικό ότι ένας ή περισσότεροι προσφέροντες δεν είναι σε θέση να το ικανοποιήσουν, θα κατέληγε να μεταχειριστεί δυσμενώς τον προσφέροντα ο οποίος θα μπορούσε να ικανοποιήσει το κριτήριο αυτό εξουδετερώνοντας το πλεονέκτημα το οποίο αυτός θα μπορούσε να προβάλει.

155. Καταλήγω λοιπόν ως προς το πρώτο αυτό σημείο ότι το γεγονός και μόνον ότι περιελήφθη σε μια πρόσκληση για την υποβολή προσφορών ένα κριτήριο το οποίο δεν μπορεί να το ικανοποιεί παρά μόνον ένας προσφέρων δεν παραβιάζει την αρχή της ισότητας.

156. Είναι διαφορετική η κατάσταση όταν ο προσφέρων είναι, όπως η HKL, μια επιχείρηση ανήκουσα στην αναθέτουσα αρχή;

157. Στην περίπτωση αυτή, μπορεί να συμβαίνει ένα εκ των δύο:

— ή η HKL δεν διαθέτει αυτοτελή εξουσία λήψεως αποφάσεων και οικονομικής και χρηματικής διαχειρίσεως σε σχέση με την αναθέτουσα αρχή· στην περίπτωση αυτή, θα επρόκειτο για μια κατάσταση στην οποία δεν εφαρμόζεται η οδηγία, καθόσον η HKL δεν αποτελεί τρίτον με τον οποίο η πόλη του Ελσίνκι θα μπορούσε να συνάψει σύμβαση·

— ή η HKL είναι πράγματι ανεξάρτητη από την πόλη του Ελσίνκι, πράγμα το οποίο προϋπέθεσα στο πλαίσιο της απαντήσεως στο πρώτο ερώτημα· στην περίπτωση αυτή, το γεγονός ότι η HKL είναι «η επιχείρηση μεταφορών που ανήκει στην πόλη η οποία προβαίνει στην πρόσκληση για την υποβολή προσφορών» δεν μπορεί, αυτό καθεαυτό, να δημιουργήσει πρόβλημα από την άποψη της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως, εκτός αν αποδεικνύεται ότι η ενσωμάτωση του επίδικου κριτηρίου στην πρόσκληση για την υποβολή προσφορών δεν είχε άλλο λόγο παρά μόνο το να ευνοήσει την HKL[42].

41 — Προπαρατεθείσα απόφαση Evans Medical και Macfarlan Smith, σκέψη 42.

42 — Στηρίζομαι προφανώς στην υπόθεση ότι η αναθέτουσα αρχή χορήγησε τις μονάδες κατά τρόπο αντικειμενικό και αμερόληπτο.

158. Πρόκειται για ζήτημα αμιγώς πραγματικό το οποίο πρέπει να κρίνει το αιτούν δικαστήριο.

159. Στο πλαίσιο αυτό, πρέπει να εξετάσω επιπλέον τις θέσεις της Αυστριακής Κυβερνήσεως σχετικά με τη συμμετοχή ενός προσφέροντος στην προετοιμασία μιας προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών.

160. Δεν μπορώ παρά να συμφωνήσω απολύτως με τη θέση της κυβερνήσεως αυτής, σύμφωνα με την οποία μια τέτοια συμμετοχή είναι παράνομη, καθόσον συνιστά άρνηση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως μεταξύ όλων των προσφερόντων. Συναφώς, μπορεί να γίνει αναφορά στην απόφαση Ismeri Europa κατά Ελεγκτικού Συνεδρίου [43], στην οποία το Δικαστήριο χαρακτήρισε ως «σύγχυση συμφερόντων» το «να ανατίθεται το έργο το οποίο αφορά μια δημόσια σύμβαση σε πρόσωπο το οποίο συμβάλλει στην αξιολόγηση και στην επιλογή των σχετικών προσφορών» και προσέθεσε ότι η σύγχυση αυτή είναι «χαρακτηριστική μιας σοβαρής δυσλειτουργίας του εμπλεκομένου θεσμικού οργάνου ή του εμπλεκομένου οργανισμού» (σκέψη 47).

161. Από την άποψη όμως της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως μεταξύ όλων των προσφερόντων, θεωρώ ότι μια πραγματική συμμετοχή στην προετοιμασία μιας προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών ενός προσφέροντος υπέρ του οποίου κατακυρώνεται ο διαγωνισμός είναι σχεδόν το ίδιο σοβαρή όσο και η συμβολή του προσφέροντος αυτού στην αξιολόγηση και στην επιλογή των προσφορών.

162. Ωστόσο, δεν υπάρχει στη διάταξη περί παραπομπής καμία ένδειξη για το ότι η HKL μετέσχε πράγματι στην προετοιμασία της επίδικης προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών. Η πόλη του Ελσίνκι τόνισε μάλιστα κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση ότι δεν υπήρξε τέτοια συμμετοχή. Ομοίως, το αιτούν δικαστήριο δεν θέτει κανένα συναφές ερώτημα. Είμαι συνεπώς της γνώμης ότι δεν είναι προσήκουσα η διατύπωση απαντήσεως επί του σημείου αυτού.

163. Κατά συνέπεια, προτείνω να δοθεί στο τρίτο ερώτημα η απάντηση ότι το δικαίωμα ενός αναθέτοντα φορέα να συμπεριλάβει σε μια πρόσκληση για την υποβολή προσφορών, μεταξύ των κριτηρίων συνάψεως μιας συμβάσεως σχετικά με την εκμετάλλευση υπηρεσίας αστικών λεωφορείων, χαρακτηριστικά που αφορούν τις εκπομπές μονοξειδίου του αζώτου και το επίπεδο θορύβου του χρησιμοποιουμένου υλικού, όπως είναι τα επίδικα στο πλαίσιο της διαφοράς της κύριας δίκης, δεν αναιρείται από τη διαπίστωση ότι η ανήκουσα στον φορέα αυτό επιχείρηση μεταφορών έχει τη δυνατότητα, την οποία δεν έχουν παρά ελάχιστες επιχειρήσεις του τομέα, να προτείνει υλικό που να ικανοποιεί τους επιβληθέντες όρους, εκτός αν αποδεικνύεται ότι το κριτήριο αυτό εισήχθη με μοναδικό σκοπό να ευνοηθεί η εν λόγω επιχείρηση.

43 — Απόφαση της 10ης Ιουλίου 2001, C-315/99 P (Συλλογή 2001, σ. I-5281).

V — Πρόταση

164. Με βάση το σύνολο των προεκτεθέντων, προτείνω να δοθεί η ακόλουθη απάντηση στα ερωτήματα που υπέβαλε το αιτούν δικαστήριο:

«1) Οι διατάξεις σχετικά με το πεδίο εφαρμογής 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 και, ειδικότερα, το άρθρο 2, παράγραφοι 1, στοιχείο α', 2, στοιχείο γ', και 4, έχουν την έννοια ότι η εν λόγω οδηγία δεν εφαρμόζεται σε μια διαδικασία όπως η επίμαχη στο πλαίσιο της διαφοράς της κύριας δίκης.

2) Η κοινοτική ρύθμιση περί των δημοσίων συμβάσεων, ειδικότερα δε το άρθρο 36, παράγραφος 1, της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για το συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών, έχει την έννοια ότι ένας δήμος ο οποίος προβαίνει, ως αναθέτων φορέας, σε πρόσκληση για την υποβολή προσφορών σχετικά με την εκμετάλλευση υπηρεσίας αστικών λεωφορείων μπορεί να περιλαμβάνει, μεταξύ των κριτηρίων για τη σύναψη της συμβάσεως βάσει της οικονομικά πλέον συμφέρουσας προσφοράς, ένα κριτήριο, όπως το προκείμενο, σχετικό με τον περιορισμό των εκπομπών μονοξειδίου του αζώτου ή του επιπέδου του θορύβου. Κατά την εφαρμογή του κριτηρίου αυτού πρέπει να τηρούνται οι θεμελιώδεις αρχές του κοινοτικού δικαίου, ιδίως η αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων και οι τέσσερις ελευθερίες, καθώς και όλοι οι διαδικαστικοί κανόνες της εφαρμοστέας οδηγίας, ιδίως δε οι κανόνες δημοσιότητας που αυτή περιέχει.

3) Το δικαίωμα ενός αναθέτοντα φορέα να συμπεριλάβει σε μια πρόσκληση για την υποβολή προσφορών, μεταξύ των κριτηρίων συνάψεως μιας συμβάσεως σχετικά με την εκμετάλλευση υπηρεσίας αστικών λεωφορείων, χαρακτηριστικά που αφορούν τις εκπομπές μονοξειδίου του αζώτου και το επίπεδο θορύβου του χρησιμοποιουμένου υλικού, όπως είναι τα επίδικα στο πλαίσιο της διαφοράς της κύριας δίκης, δεν αναιρείται από τη διαπίστωση ότι η ανήκουσα στον φορέα αυτό επιχείρηση μεταφορών έχει τη δυνατότητα, την οποία δεν έχουν παρά ελάχιστες επιχειρήσεις του τομέα, να προτείνει υλικό που να ικανοποιεί τους επιβληθέντες όρους, εκτός αν αποδεικνύεται ότι το κριτήριο αυτό εισήχθη με μοναδικό σκοπό να ευνοηθεί η εν λόγω επιχείρηση.»